

INSTITUTET  
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING  
[LXXVI]

PER HENRIK LINDBLOM

# PROCESSHINDER

OM SKILLNADEN MELLAN  
FORMELL OCH MATERIELL RÄTT I CIVILPROCESSEN,  
SÄRSKILT VID BRISTANDE TALERÄTT

STOCKHOLM  
P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG



Denna digitala version av verket är nedladdad från [juridikbok.se](http://juridikbok.se).

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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



INSTITUTET  
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING  
[LXXVI]

# PROCESSHINDER

Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i  
civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt

AV

PER HENRIK LINDBLOM

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM  
BIBLIOTEKET



10 0076962 2

Mit einer Zusammenfassung in deutscher Sprache



P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG  
STOCKHOLM

ISBN 91-1-747201-6

© P. A. Norstedt & Söners förlag 1974

Kungl. Boktryckeriet P. A. Norstedt & Söner

Stockholm 1974 (737768)

## FÖRORD

Den här boken är till stora delar identisk med min doktorsavhandling som lades fram i stencilerat skick i maj 1972. De två avslutande kapitlen är dock nyskrivna, och avsnitt 4 A i kapitel 6 ger numera uttryck för en annan uppfattning än tidigare. Resten av framställningen har varit föremål för en grundlig översyn som resulterat i en del mindre ändringar och kompletteringar.

Många har hjälpt mig under arbetets gång. Till personförteckningen i den föregående upplagan bör nu fogas bland andra amanuensen Peter Borgström som svarat för merparten av korrekturläsningen och dessutom upprättat sakregistret.

Under doktorandtiden uppbar jag periodvis ekonomiskt understöd från Institutet för rättsvetenskaplig forskning, som nu också låtit mig komma till tals i sin skriftserie. Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet och Statens råd för samhällsforskning har bidragit till såväl tryckningskostnader som livsuppehälle.

Tack skall ni ha, alla ni som hjälpt och stött mig!

Alunda i april 1974  
*Per Henrik Lindblom*



# INNEHÅLL

|                                                                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| FÖRKORTNINGAR .....                                                                                                    | 10 |
| INLEDNING .....                                                                                                        | 11 |
| 1. Formell och materiell rätt, processförutsättningar, talerätt .....                                                  | 11 |
| 2. Avhandlingens syfte och disposition .....                                                                           | 14 |
| FÖRSTA AVDELNINGEN                                                                                                     |    |
| PROCESSFÖRUTSÄTTNINGAR OCH MATERIELLA RÄTTSAKTA .....                                                                  | 17 |
| Kap. 1. OM DISTINKTIONEN MELLAN FORMELL OCH MATERIELL RÄTT SOM INDELNINGSGRUND FÖR INVÄNDNINGAR I CIVILPROCESSEN ..... | 18 |
| 1. Svensk rätt .....                                                                                                   | 18 |
| 2. Utländsk rätt .....                                                                                                 | 23 |
| Kap. 2. DEN HISTORISKA BAKGRUNDEN OCH BÜLOWS UPPFATTNING .....                                                         | 32 |
| 1. Bakgrunden till Bülow's kritik. Processhindrande, peremptoriska och dilatoriska invändningar .....                  | 32 |
| 2. Bülow's lära och dess romerskrättsliga bakgrund ..                                                                  | 37 |
| Kap. 3. VAR SKILLNADEN MELLAN FORMELL OCH MATERIELL RÄTT AV BETYDELSE UNDER FORMULARPROCESSEN? .....                   | 41 |
| 1. Allmänt om förfarandet .....                                                                                        | 41 |
| 2. Kompetensfördelningen mellan pretor och iudex ..                                                                    | 43 |
| A. Förfarandet in iure .....                                                                                           | 43 |
| B. Förfarandet apud iudicem .....                                                                                      | 47 |
| C. Sammanfattning .....                                                                                                | 56 |
| 3. Praktiska konsekvenser i övrigt .....                                                                               | 57 |
| A. Rättskraft .....                                                                                                    | 57 |
| B. Dispositionsprincipen .....                                                                                         | 59 |
| C. Bevisbördan .....                                                                                                   | 62 |

|         |                                                                                                                                                                       |     |
|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
|         | D. Ordningsföljd för handläggning och avgörande                                                                                                                       | 63  |
|         | E. Rättsmedel och ogiltighet .....                                                                                                                                    | 67  |
|         | 4. Sammanfattning .....                                                                                                                                               | 70  |
| Kap. 4. | SVENSK LAGSTIFTNING OCH DOKTRIN FÖRE<br>OCH EFTER BÜLOW .....                                                                                                         | 73  |
|         | 1. Inledning .....                                                                                                                                                    | 73  |
|         | 2. Svensk doktrin före Bülow .....                                                                                                                                    | 73  |
|         | 3. Lagstiftningsarbetet .....                                                                                                                                         | 77  |
|         | 4. Svensk doktrin efter Bülow .....                                                                                                                                   | 82  |
| Kap. 5. | NÅGRA PRAKTISKA KONSEKVENSER AV SKILL-<br>NADEN MELLAN FORMELL OCH MATERIELL<br>RÄTT .....                                                                            | 89  |
|         | 1. Terminologi och avgränsningar .....                                                                                                                                | 89  |
|         | 2. Handläggningsregler .....                                                                                                                                          | 92  |
|         | 3. Ytterligare något om ordningsföljd vid flera samti-<br>digt föreliggande brister .....                                                                             | 96  |
|         | A. Ordningsföljd mellan grupperna .....                                                                                                                               | 96  |
|         | B. Ordningsföljd inom grupperna .....                                                                                                                                 | 102 |
|         | 4. Är det möjligt att analogisera inom, respektive mel-<br>lan, de båda regelkomplexen? .....                                                                         | 105 |
|         | 5. Bevisbörda och beviskrav .....                                                                                                                                     | 109 |
|         | 6. Kort jämförelse mellan tysk och svensk processrätt                                                                                                                 | 110 |
| Kap. 6. | AVVISNINGSLAGENS RÄTTSKRAFT .....                                                                                                                                     | 116 |
|         | 1. Tysk rätt .....                                                                                                                                                    | 116 |
|         | 2. Allmänt om avvisningsutslagens rättskraft i svensk<br>rätt .....                                                                                                   | 120 |
|         | 3. Ändamålsskäl för rättskraft vid avvisningsutslag,<br>rättskraftens begränsning till tiden samt något om<br>skillnaden mellan peremptoriska och dilatoriska brister | 125 |
|         | 4. Kan principen om gemensamma rättskraftsregler för<br>avvisningsutslag och ogillande dom upprätthållas? ..                                                          | 134 |
|         | A. Kännetecken på avvisningsutslagens rättskraft ..                                                                                                                   | 135 |
|         | B. Avvisningsutslagens prejudiciella betydelse och<br>rättskraftens "lokala" utsträckning .....                                                                       | 149 |
|         | C. Rättskraftens objektiva utsträckning .....                                                                                                                         | 155 |
|         | D. Rättskraftens subjektiva utsträckning .....                                                                                                                        | 157 |
|         | 5. Sammanfattning .....                                                                                                                                               | 165 |

## ANDRA AVDELNINGEN

|                |     |
|----------------|-----|
| TALERÄTT ..... | 167 |
|----------------|-----|

|                                                                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Kap. 7. TALERÄTT, SAKLEGITIMATION OCH PROCESSFÖRINGSRÄTT .....                                                                                                                     | 168 |
| 1. Inledning .....                                                                                                                                                                 | 168 |
| 2. Terminologi och avgränsningar .....                                                                                                                                             | 171 |
| A. Terminologi .....                                                                                                                                                               | 171 |
| B. Preliminära avgränsningar .....                                                                                                                                                 | 177 |
| Ba. Avgränsning på den formella sidan .....                                                                                                                                        | 178 |
| Bb. Avgränsning mot den materiella sidan ....                                                                                                                                      | 181 |
| 3. De äldre uppfattningarna .....                                                                                                                                                  | 181 |
| A. Före Bülow .....                                                                                                                                                                | 181 |
| B. Efter Bülow .....                                                                                                                                                               | 184 |
| 4. Kallenbergs omvändelse och den nya uppfattningen                                                                                                                                | 186 |
| 5. Kan frågan om behörighet att processa som part an-<br>gående den ifrågavarande saken skiljas från frågan<br>om parterna är subjekt i det omstämda rättsförhål-<br>landet? ..... | 189 |
| A. Talerätt och materiell rätt .....                                                                                                                                               | 189 |
| B. Påstående som grund för talerätt .....                                                                                                                                          | 193 |
| C. Talerätt rörande annans rättsställning .....                                                                                                                                    | 214 |
| 6. Talerättens funktion .....                                                                                                                                                      | 220 |
| A. Talerättsprövning av hänsyn till tredje man ....                                                                                                                                | 220 |
| B. Talerättsprövning av andra skäl .....                                                                                                                                           | 222 |

## TREDJE AVDELNINGEN

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| BÖR PROCESSHINDERINSTITUTET AVSKAFFAS? ..... | 229 |
|----------------------------------------------|-----|

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| Kap. 8. SAMMANFATTNING OCH AVVÄGNING DE LEGE<br>FERENDA .....          | 230 |
| 1. Sammanfattning .....                                                | 230 |
| 2. Processhinderinstitutets fördelar och nackdelar ....                | 234 |
| A. Fördelar .....                                                      | 235 |
| B. Nackdelar .....                                                     | 236 |
| Kap. 9. VAD KRÄVS FÖR ATT AVSKAFFA PROCESSHIN-<br>DERINSTITUTET? ..... | 243 |
| 1. Fyra hjälpmedel .....                                               | 244 |
| A. Iura novit curia .....                                              | 244 |
| B. Officialfakta .....                                                 | 246 |

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| C. Rättskraftsbegränsningar .....           | 247 |
| D. Ordningsföljd .....                      | 250 |
| 2. Erforderliga lagstiftningsåtgärder ..... | 251 |
| 3. Utvecklingstendenser .....               | 256 |

## ZUSAMMENFASSUNG

Prozessvoraussetzungen. Über den Unterschied zwischen dem formellen und dem materiellen Recht im Zivilprozess, besonders bei mangelnder Prozessführungsbefugnis 258

## LITTERATUR OCH KÄLLOR .....

I. Kommittébetänkanden o. dyl. i kronologisk ordning 276

II. Övrig litteratur .....

## OMNÄMNDA RÄTTSFALL .....

## SAKREGISTER .....

## FÖRKORTNINGAR

|        |                                                                                        |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| ABL    | Lag 14/9 1944 om aktiebolag                                                            |
| AcP    | Archiv für die civilistische Praxis (Tüb.)                                             |
| AD     | Arbetsdomstolen                                                                        |
| ADD    | Arbetsdomstolens domar                                                                 |
| CPC    | Code de procédure civile (1807, fransk)                                                |
| FB     | Föräldrabalken                                                                         |
| GB     | Giftermålsbalken                                                                       |
| HD     | Högsta domstolen                                                                       |
| HovR   | Hovrätten                                                                              |
| HR     | Häradsrätten                                                                           |
| JR     | Justitieråd                                                                            |
| JZ     | Juristenzeitung (Tüb.)                                                                 |
| KL     | Konkurslagen                                                                           |
| LAD    | Lag 22/6 1928 om arbetsdomstol                                                         |
| LagsL  | Lag 20/12 1946 om lagsökning och betalningsföreläggande                                |
| NJA    | Nytt juridiskt arkiv, avd. I                                                           |
| NJA II | Nytt juridiskt arkiv, avd. II                                                          |
| NU     | Nordisk utredningsserie                                                                |
| PK     | Processkommissionen                                                                    |
| PLB    | Processlagsberedningen                                                                 |
| RB     | Rättegångsbalken                                                                       |
| RR     | Rådhusrätten                                                                           |
| SOU    | Statens offentliga utredningar                                                         |
| SvJT   | Svensk Juristtidning                                                                   |
| TfR    | Tidskrift for Rettsvitenskap                                                           |
| TJFF   | Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland                                    |
| UL     | Utsökningslagen                                                                        |
| ZPO    | Zivilprozessordnung (1877, tysk)                                                       |
| ZRG    | Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung (Weimar) |
| ZStW   | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)                           |
| ZZP    | Zeitschrift für Zivilprozess (Köln &c)                                                 |
| ÄB     | Ärvdabalken                                                                            |
| ÄRB    | Äldre rättegångsbalken                                                                 |



# INLEDNING

## 1. Formell och materiell rätt, processförutsättningar, talerätt

Till grund för systematiken inom modern civilprocessrätt ligger — i Sverige liksom i många andra länder — en åskådning, som skiljer mellan *formell* och *materiell rätt*, och därför betecknats som dualistisk.<sup>1</sup> Enligt denna uppfattning betraktas civilrätten som en reglering av rättsförhållandenas innehåll. Vid sidan härav står de regler som bestämmer formerna för meddelande av rättsskydd, processrätten.

Processrätten kan med nyssnämnda utgångspunkt uppfattas på olika sätt. Endera ser man processen enbart som ett förfarande för vinnande av rättsskydd, som en reglering av statens verksamhet för meddelande av sådant skydd, eller också anses rättegången även innefatta ett offentligt rättsförhållande, *processrättsförhållandet*, fristående från det civilrättsliga rättsförhållande som är rättegångens föremål. Gemensamt för de båda synsätten är emellertid, att den formella och materiella rätten ej ses som ett organiskt helt utan som fristående från varandra. Detta har givit upphov till en omfattande litteratur rörande det samband, som trots allt existerar dem emellan; man har sökt finna en brygga mellan civilrätten och processrätten, mellan ”rättigheten och rättstvånget”.<sup>2</sup> Teorin om *rättsskyddsanspråket* utgör det mest kända exemplet härpå.

Den moderna debatten i dessa frågor har sin utgångspunkt i *Oskar Bülow*s berömda arbete *Die Lehre von den Processeinreden* und die *Processvoraussetzungen* (1868), där processrättsförhållandet lanseras som ett centralt processrättsligt begrepp. En huvudfråga för Bülow är vilka förutsättningar som krävs för att ett dylikt processrättsförhållande skall uppkomma. Prövningen av dessa förutsättningar, *processförutsättningarna*, är enligt hans uppfattning noga att skilja från prövningen av det rättsförhållande som är processens föremål, eller med andra ord vad som på svenska brukar kallas ”saken”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> För det följande se Olivecrona: Rätt och dom (1 uppl.) s. 11 ff och 343 ff, jfr Ekelöf i SvJT 1961 s. 359.

<sup>2</sup> Olivecrona a. a. s. 345. Se även Schwab i ZZP 1968 s. 412 ff, särskilt s. 428 f.

<sup>3</sup> Betr. sistnämnda uttryck se Ekelöf: Grundbegrepp s. 64 ff.

Av denna allmänna syn på problemen har man dragit den konsekvensen, att det i viss utsträckning måste gälla olika regler för handläggning och avgörande av frågor om processförutsättningar och materiella rättsfakta. Eftersom en prövning av själva saken förutsätter att det föreligger ett processrättsförhållande, måste processförutsättningarna prövas och avgöras före övriga i målet föreliggande frågor. Detta motiverar i sin tur särskilda regler om förberedelse, huvudförhandling, omröstning, överklagande etc.<sup>4</sup>

Teorin om processrättsförhållandet är numera övergiven,<sup>5</sup> men dess praktiska konsekvenser är fortfarande i stor utsträckning gällande rätt. I många moderna rättsordningar lever termen processförutsättningar kvar både inom lagstiftningen och i doktrinen, även om en något skiftande terminologi kommit till användning. I rättegångsbalken (RB) betecknar man avsaknaden av en processförutsättning med att det föreligger *rättegångshinder* (i doktrinen användes även den smidigare termen *processhinder*). För handläggning och avgörande av detta slags frågor gäller ett särskilt regelkomplex, som i flera avseenden avviker från vad som gäller för handläggning och avgörande av målets materiella del. Dessa regler är i stort sett gemensamma för alla frågor om processhinder.

Det kan naturligtvis vara ändamålsenligt att handlägga frågor om processhinder och själva saken på olika sätt, även om den dogmatiska utgångspunkten — läran om processrättsförhållandet — befunnits ohållbar. Men kan man vänta sig att ett så pass fastlåst system, som det här är fråga om, alltid skall leda till ändamålsenliga resultat i de enskilda fallen? Och även om detta icke är förhållandet, råkar man inte under alla omständigheter ut för vissa tillämpningssvårigheter?

Nu kan det förefalla som om det inte skulle behöva bli fråga om några svårigheter i nyssnämnda hänseende. Det gäller väl bara att undersöka om en fråga är "formell" eller "materiell" och sedan tillämpa det regelkomplex som anvisas av RB. Så lätt kommer man emellertid inte alltid undan. Stundom framgår det nämligen varken av lagstiftning el-

<sup>4</sup> Vissa särregler kan även ges en begreppsjuridisk förklaring, så t. ex. den med de flesta processhindren förenade officialprövningen, som på detta sätt kan förklaras med att det gäller förutsättningar för ett *offentligt* rättsförhållande, vilket parterna därför ej kan tillåtas disponera över.

<sup>5</sup> Uttrycken "det *materiella* rättsförhållandet", "det *materiella* rättsläget" etc. (se t. ex. Kallenberg I s. 588, Ekelöf: Grundbegrepp s. 73, Larsson i festskrift till Olivecrona s. 414 och NJA II 1943 s. 168) synes förutsätta existensen av ett icke-materiellt rättsförhållande, t. ex. ett processrättsförhållande. Men man torde härvid i allmänhet med "materiell" avse ett *existent* eller *verkligt* rättsförhållande i motsats till vad som påstås eller fastställs i rättegången, jfr Ekelöf: a. a. s. 72 och nedan s. 80 i not 2.

ler någon annan rättsskäl om en fråga är formell eller materiell. Man måste då undersöka, vilket regelkomplex som är ändamålsenligt för frågor av föreliggande slag, och låta resultatet av denna prövning vara bestämmande för frågans klassificering som formell eller materiell. Att gå den omvända vägen och låta frågans "art" eller "natur" vara avgörande är ju ett "begreppsjuridiskt" tillvägagångssätt, som numera inte kommer ifråga.<sup>6</sup>

Härmed kan allt tyckas gott och väl. I de klara fallen är man visserligen tvungen att acceptera de praktiska konsekvenser distinktionen mellan processhinder och materiella rättsfakta medför, men i de tveksamma har man däremot frihet att söka sig fram till ett ändamålsenligt resultat. Just vad gäller de frågor, som inte utan vidare låter sig fångas under någon av kategorierna formell och materiell rätt, skulle således konsekvenserna av den klassiska uppfattningen bli minst besvärande, eftersom man här kan anpassa rättsföljderna efter vad som är lämpligast i förevarande sammanhang.

Emellertid går det inte alltid att nå ett i alla avseenden tillfredsställande resultat med denna metod. Genom handläggningsreglernas läsning till kategorierna processhinder och materiella rättsfakta tvingas man att antingen acceptera ett helt regelsystem eller att avstå från det helt och hållet. RB:s uppbyggnad möjliggör ej att man för frågor av varje särskilt slag tillskapar ett skraddarsytt regelkomplex, enligt vilket en omständighet i vissa avseenden behandlas som processhinder och i andra som materiellt rättsfaktum. Den i RB stadgade ordningen har en fördel i att vara enkel att tillämpa i de klara fallen, men den leder också till besvärliga avvägningar i de situationer, då det är tveksamt om en brist i kärandens talan skall uppfattas som ett processhinder eller som ett materiellt rättsfaktum.

*Talerätten* — eller *saklegitimationen* som man också brukar säga — är en av de processförutsättningar som erbjuder svårigheter av detta slag. Visserligen råder det i stort sett enighet om att talerätt, dvs. behörighet att som part processa om den ifrågavarande saken, är en processförutsättning och att frågor härom skall handläggas och avgöras enligt reglerna för processhinder. Men det är ej lika klart vilka omständigheter som konstituerar talerätt och härigenom aktualiseras den ovan antydda problematiken.

<sup>6</sup> Wrede (s. 42) anser att frågan skall bedömas "... enligt sakens inre beskaffenhet och allmänna principer".

## 2. Avhandlingens syfte och disposition

Avsikten med den följande undersökningen är ej att uttömmande behandla ens någon enda av de ovan skisserade frågorna. Skillnaden mellan formell och materiell rätt har betydelse på många olika områden, som inte rimligen kan behandlas inom ramen för en doktorsavhandling. Även de olika processförutsättningarna erbjuder ett rikt arbetsfält; var och en av dem — rätt forum, processbehörighet osv. — rymmer tillräckligt med problematik för att fylla en traditionell monografi. Och ett studium enbart av talerätten ger snart vid handen, att reglerna härom ej låter sig formuleras i satser eller rekommendationer av mera allmän räckvidd.<sup>7</sup> Just på detta område är det nämligen särskilt svårt att upprätthålla skillnaden mellan formell och materiell rätt. Vidare måste talerätten ständigt bedömas mot bakgrund av det civilrättsliga institut, som är föremål för process. Den civilrättsliga problematiken slår igenom på den processuella och vice versa. En rekommendation om hur talerättsrekvisiten skall utformas för att denna processförutsättning bäst skall fylla sin avsedda funktion, kan därför ej lämnas utan ingående kunskap om bakomliggande civilrättsliga förhållanden.

Framställningen, som helt inriktas på civilprocessen<sup>7a</sup>, måste av dessa skäl bli fragmentarisk. Olägenheterna härav är inte heller så stora, eftersom viktiga delar av det ifrågavarande rättsområdet redan finns behandlade i andra arbeten. Förhållandet mellan formell och materiell rätt diskuteras ur idéhistorisk synpunkt i ett färskt arbete av Simshäuser<sup>8</sup> och en översiktlig framställning härom finns på svenska i Olivecronas arbete Rätt och dom.<sup>9</sup> De flesta processhindren behandlas relativt utförligt i Ekelöfs lärobok Rättegång och talerättens — eller saklegitimationens — betydelse som ett led i det civilprocessuella tredjemansskyddet ägnas en ingående studie i Welamsons arbete Domvillobesvär av tredje man.<sup>1</sup>

Jag har likaså valt att endast sparsamt redogöra för utländsk rätt, då en framställning härom lätt blir alltför omfattande på grund av de varierande lösningarna i olika rättsordningar. Komparativa undersökningar har bara företagits punktvis, och då närmast för att ge perspektiv på, och uppslag för, svensk rätt. I stället har jag uppehållit mig relativt utförligt vid en aspekt på klassisk romersk process, dels med

<sup>7</sup> Jfr Welamson: Domvillobesvär s. 112

<sup>7a</sup> Se dock nedan s. 247, 250 och 253 ff.

<sup>8</sup> Simshäuser: Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny (1965).

<sup>9</sup> Olivecrona a. a. s. 343 ff.

<sup>1</sup> A. a. s. 108 ff. Se även Ekelöf: Interventionsgrunden s. 152 ff.

samma syfte som nyss nämnts beträffande utländsk rätt, dels ock på grund av den betydelse formularprocessen haft för uppkomsten av den allmänna åskådning, som lett fram till institutet processhinder i modern rätt.

Avhandlingen har disponerats på följande sätt: *Första avdelningen* behandlar bakgrunden till processhinderinstitutets uppkomst och utveckling och leder fram till en översikt över vad som idag är gällande rätt. I *Kapitel 1* berörs svårigheterna att finna användbara kriterier för distinktionen mellan formell och materiell rätt, varefter den svenska rättens reception av processhinderinstitutet ställs i relation till systematiken i utländsk rätt. I *Kapitel 2* skisseras den historiska bakgrunden till Bülow's lära och i *Kapitel 3* granskas den uppfattning om formularprocessen, som ligger till grund för Bülow's lanserande av processförutsättningarna som ett centralt processrättsligt begrepp. *Kapitel 4* avser att visa hur Bülow's uppfattning vann insteg i den svenska doktrinen och kom att läggas till grund för lagstiftningen. I *Kapitel 5* beskrivs vad gränsdragningen mellan processhinder och materiella rättsfakta fått för praktiska konsekvenser. Första avdelningen avslutas med *Kapitel 6*, som ägnas åt frågan om avviseringsutslagens rättskraft.

I avhandlingens *andra avdelning* koncentreras framställningen till endast ett visst processhinder, nämligen bristande talerätt. Talerätten behandlas här ur allmän synpunkt i *Kapitel 7*, som innehåller en redogörelse för olika talerättsuppfattningar och en diskussion om det synsätt som är förhärskande i modern svensk doktrin.

I avhandlingens *tredje* och sista *avdelning* vidgas så framställningen åter till att avse alla processförutsättningar, och ett försök görs att besvara frågan om processhinderinstitutet bör avskaffas. *Kapitel 8* består av en sammanfattning av de resultat som uppnåtts i de två första avdelningarna och innehåller även en avvägning mellan de för- och nackdelar som är förenade med den rådande systematiken. I *Kapitel 9*, slutligen, diskuteras vilka metoder och lagstiftningsåtgärder som erfordras för en total reform på området.



FÖRSTA AVDELNINGEN  
PROCESSFÖRUTSÄTTNINGAR OCH  
MATERIELLA RÄTTSAKTA



## Kapitel 1

# OM DISTINKTIONEN MELLAN FORMELL OCH MATERIELL RÄTT SOM INDELNINGSGRUND FÖR INVÄNDNINGAR I CIVILPROCESSEN

### 1. Svensk rätt

Ätminstone i viss utsträckning torde man alltid ha skilt mellan formell rätt — processuella frågor i vid bemärkelse<sup>1</sup> — och materiell rätt. Antag t. ex. att en talan är behäftad med två brister, den har väckts vid fel forum och avser dessutom en fordran som redan är betald. Att den förra frågan hör till den formella rätten och den senare till den materiella förefaller uppenbart.

Att ange bestämda kriterier på vad som är formell och materiell rätt vållar dock svårigheter.<sup>2</sup> Närmast till hands ligger väl att anse att samtliga rättegångsbalkens regler avser formell rätt och att övriga regler är materiella.<sup>3</sup> Uppfyller en talan alla de krav RB ställer, skulle den således vara formellt oklanderlig. Så är dock uppenbarligen ej fallet. Regler av mer eller mindre klart urskiljbar formell natur återfinns på många ställen utanför RB. Dessa regler är stundom samlade i särskilda kapitel, så t. ex. i 20 kap FB och 15 kap GB, stundom insprängda — ja nästan undängömda — i andra lagar. Sålunda anses t. ex. begynnelseorden i 138 § ABL utgöra ett processuellt stadgande, ehuru detta ej framgår av ordalydelsen.<sup>4</sup>

Å andra sidan är det ej heller givet, att samtliga de institut, som behandlas i RB, tillhör den formella rätten.<sup>5</sup> Rättskraftinstitutet — eller delar av detta — anses t. ex. stundom tillhöra den materiella rätten och studeras också på sina håll utomlands som ett avsnitt av civilrätten. Ej

<sup>1</sup> Jfr nedan s. 20 vid not 4—5.

<sup>2</sup> För det följande se t. ex. Cars s. 187, Eckhoff: Sivilprosess s. 1 och Cornu—Foyer s. 3 ff med där angiven litteratur.

<sup>3</sup> I denna framställning kommer jag att diskutera skillnaden mellan formell och materiell rätt som den kommer till synes inom ämnet processrätt. Motsvarande problem föreligger naturligtvis även inom andra discipliner, så t. ex. i ämnena offentlig rätt och finansrätt.

<sup>4</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 74 f.

<sup>5</sup> Jfr Morel s. 4: "Le droit procédural comprend des règles de fond et des règles de forme." — Jag bortser dock i det följande från den skillnad man stundom gör mellan materiella och processuella regler inom vissa processuella institut, jfr t. ex. Jacobsson s. 47 och 222 samt Ekelöf: Rättegång I s. 25 i not 35, se vidare Bruns s. 2 not 5.

ens civilprocessrätten i sin helhet behöver uppfattas som ett i förhållande till civilrätten fristående ämne utan kan lika väl ses som en underavdelning därav.<sup>6</sup>

Skillnaden mellan formell och materiell rätt går ej heller att föra tillbaka på lagstiftarens val mellan att uttrycka en rättsregel som en handlingsregel för medborgarna respektive som en handlingsregel för domaren.<sup>7</sup> Brottsbalken är i stort sett uppbyggd som handlingsregler för domaren, men de däri förekommande straffbuden anses vara av materiellrättslig natur. En handlingsregel för medborgarna går i allmänhet att formulera om till en handlingsregel för domaren (och vice versa) utan att detta medför någon ändring av gällande rätt.

Man får vidare komma ihåg att processreglerna även har betydelse för den materiella rätten. Och detta gäller ej endast de regler, som blott efter viss tvekan kan föras till de formella, utan det processuella regelsystemet i sin helhet. Så är t. ex. möjligheten att få betalt för en fordran till icke ringa del beroende på processens effektivitet och därigenom på de regler som bestämmer processens utformning.<sup>8</sup>

Formella och materiella regler lever således i ett invecklat ömsesidigt förhållande. De går dock grovt sett att skilja åt och även i detta arbete kommer uttryck som formella och materiella frågor samt de termer, som går tillbaka på distinktionen häremellan, att begagnas. Avgörande blir härvid den systematik som präglar modern doktrin och lagstiftning på detta område. De oklarheter som råder gör inte systematiken oanvändbar.

Den s. k. klassiska eller dualistiska åskådningen, som fäster så stor vikt vid skillnaden mellan formell och materiell rätt, är — som jag inledningsvis berört — grundläggande för den moderna processdoktrinen i Sverige liksom i många andra europeiska länder. Den ligger också till grund för vår gällande rättegångsbalk.<sup>9</sup> Särskilt kommer detta till synes i den skillnad som göres mellan *processhinder* (*rättegångshinder*) och materiella rättsfakta. Till denna distinktion anknyter

<sup>6</sup> I Frankrike har civilprocessen länge betraktats som en del av privaträtten, se härom Morel s. 7 f och Solus s. 14 f, jfr även Ekelöf i festskrift för Ekeberg s. 176.

<sup>7</sup> Se härom Ekelöf: Grundbegrepp s. 20 ff och densamme i festskrift för Olivecrona s. 166 ff.

<sup>8</sup> "I realiteten äro rättsreglerna de handlingsregler vilka framgå av materiella och processrättsliga regler i förening", Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 158. — Betr. det förhållandet att processuella avgöranden kan ha materiell betydelse (och vice versa) jfr nedan s. 139 ff och (betr. straffprocessen) Peters i ZStW 1956 s. 378 ff. Se även Nehrman s. 389 (citerat nedan s. 73 ff) och Schrevelius i sitt förord (citerat nedan s. 76).

<sup>9</sup> Olivecrona: Rätt och dom s. 11, ovan s. 11 ff och nedan s. 81 f.

skillnaden mellan *processinvändningar* och *sakinvändningar*.<sup>1</sup> Att svaranden framställer en processinvändning innebär att han åberopar en grund för *avvisning* av käromålet, dvs. gör gällande, att det föreligger ett processhinder. En sakinvändning däremot hänför sig till existensen av materiella rättsfakta eller deras rättsliga betydelse. Svarandens avsikt med en sakinvändning är att få käromålet *ogillat*.

Som jag skall beröra närmare längre fram, har RB byggt upp delvis helt olika regelkomplex för handläggning och avgörande av frågor om processhinder och om materiella rättsfakta.<sup>2</sup> Vissa bestämmelser om rättegångshinder har samlats i ett särskilt kapitel (34 kap), andra finns spridda i ett stort antal av RB:s övriga kapitel. De betydande skillnader i rättsföljder, som distinktionen mellan processhinder och materiella rättsfakta medför, understryker behovet av att man drar en så klar gräns som möjligt häremellan. Detta erbjuder emellertid betydande svårigheter, svårigheter som inte sällan föranlett process ända upp i högsta instans.<sup>3</sup>

Eftersom processhindren inte har några gemensamma egenskaper på rättsfaktumsidan, är det svårt att lämna en sammanfattande beskrivning på vilka omständigheter, som konstituerar processhinder i svensk rätt.<sup>4</sup> Den definition RB ger i 34: 1 hänför sig inte heller till rättsfaktum utan till rättsföljden. Rättegångshinder är "hinder för målets upptagande", eller med andra ord grund för avvisning.<sup>5</sup> Alla invändningar av processuell innebörd är således ej invändningar om rättegångshinder. Detta är t. ex. ej fallet med invändning om jäv eller bristande domförhet, enär en sådan invändning ej kan leda till avvisning.<sup>6</sup>

Vad man i Sverige i allmänhet menar med formell rätt omfattar således även många andra frågor än sådana om processhinder. Som ytterligare exempel kan anges regler om talans utförande och bevisningens förebringande. Men då ej annat framgår av sammanhanget, menar jag

<sup>1</sup> Se även nedan s. 89 ff.

<sup>2</sup> Se nedan s. 92 ff i kapitel 5. Som där framgår har dock skillnaderna minskat genom 1971 års ändringar av RB.

<sup>3</sup> Se t. ex. de nedan s. 23 vid not 3 anmärkta rättsfallen, jfr även NJA 1971 s. 453.

<sup>4</sup> Jfr dock Larsson i festskrift för Olivecrona s. 407 f. Betr. begreppet processhinder se Ekelöf i festskrift för Halldén s. 57 ff.

<sup>5</sup> Den citerade definitionen intogs på anmodan av lagrådet, se NJA II 1943 s. 442 och Ekelöf: Rättegång II s. 10 f. Hassler anser att avvisningspåföljden bör anges mer explicit i RB, se Hassler i festskrift för Herlitz s. 137 f. Betr. det ur språklig synpunkt missvisande med termerna processhinder och processförutsättningar, se nedan s. 89 i not 5 och Ekelöf: Rättegång II s. 9 f.

<sup>6</sup> Reinikainen (s. 156 ff) hänför även vissa omständigheter, vars icke-existens ej medför avvisning, till processförutsättningarna. Hassler (Specialprocess s. 128 i not 6) synes anse att jäv i skiljemål kan vara processhinder.

i fortsättningen med formella frågor endast sådana omständigheter som har betydelse som processhinder enligt gällande svensk rätt.

Bestämmelser om vilka rättsfakta, som medför avvísning av käromålet, finns spridda över stora delar av RB (se t. ex. 13: 6, 17: 11 st 3 och 42: 4 st 1) och återfinnes även insprängda i andra lagar. I de tidigare nämnda kapitlen i FB och GB anges således vissa rättsfakta, vars icke-existens anses utgöra grund för avvísning,<sup>7</sup> liksom 138 § ABL brukar fattas som en bestämmelse om talerätt.<sup>8</sup>

I allmänhet anges ej i lagen vad som är hinder för målets upptagande utan i stället de förutsättningar som gäller för att ta upp ett mål till saklig prövning, så t. ex. i RB 13: 2 och i ovanberörda familjerättsliga stadganden. Man talar som redan nämnts i sådana fall om *processförutsättningar*, ehuru denna term ej brukas i själva lagtexten.<sup>9</sup> Saknas en processförutsättning föreligger motsvarande processhinder.<sup>1</sup>

Ibland framgår det ej av lagtexten om en omständighet har betydelse som processhinder eller materiellt rättsfaktum. Kanske kan detta förhållande ses som ett resultat av Bülows uppfattning om det självklara i dinstinktionen mellan formell och materiell rätt.<sup>2</sup> I 11 kap RB anges t. ex. vilka samfälligheter som kan vara part i en rättegång, men det går ej att utläsa av lagtexten att käromålet skall avvísas då angivna rättsfakta saknas.<sup>3</sup>

De oklarheter, som uppstår genom att lagen ej anger vad som kännetecknar processhinder, skulle kunna undanröjas genom en uppräknings av alla de hinder, som kan föreligga för att ta upp ett mål till saklig prövning. Någon sådan uppräknings finns dock inte i RB, vilket satts i samband med svårigheten att åstadkomma en uppräknings, som fyller rimliga krav på fullständighet.<sup>4</sup> Vid arbetet på den norska pro-

<sup>7</sup> Se t. ex. GB 15: 2, 3, 4, 7 och 8 samt FB 20: 1—5, 7, 9, 11 och 14.

<sup>8</sup> Se ovan s. 18 vid not 4. — I lageditionen (under 75 § ABL) betecknas 138 § 1 mom 4 st som en särskild bestämmelse om "klanderrett".

<sup>9</sup> PLB använder termen processförutsättningar i en vidare betydelse än vad som numera vanligen är fallet, jfr NJA II 1943 s. 441 och Ekelöf: Rättegång II s. 9 not 3. Enligt Hassler representerar begreppet processförutsättning en onödig (jfr däremot Boman i SvJT 1971 s. 639 i not 14), om också inte direkt skadlig, konstruktion. Eftersom frågor om processförutsättningar sällan kommer upp i en rättegång, bör man hellre arbeta med begreppet processhinder, anser Hassler, som emellertid även vill undvika sistnämnda term i lagtexten, dels på grund av dess språkliga inadekvans, dels ock för att doktrinära begrepp och definitioner enligt hans uppfattning ej bör ingå i själva lagtexten. Se härom Hassler i festskrift för Herlitz s. 134 och densamme i SvJT 1963 s. 83 ff, jfr även betr. det sistnämnda argumentet Olivecrona i SvJT 1940 s. 180 f.

<sup>1</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 9 samt nedan s. 89, jfr dock s. 213 not 3.

<sup>2</sup> Jfr nedan s. 39.

<sup>3</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 11.

<sup>4</sup> Jfr Hassler: Specialprocess s. 128 not 6.

cessordningen hade man för avsikt att åstadkomma en utförlig uppräkn-  
ning, men man tvingades så småningom att ge upp försöket.<sup>5</sup> I ZPO  
räknas vissa processhinder upp i § 274, men som Hassler påpekat ma-  
nar exemplet ej till efterföljd.<sup>6</sup> I schweizisk lagstiftning finns uppräkn-  
ningar av här aktuellt slag i processordningarna för vissa kanton-  
er, medan de saknas i andra.<sup>7</sup> Följande uttalande i 1849 års förslag till  
Rättegångsbalk är måhända representativt för den svenska lagstifta-  
rens inställning till det här berörda problemet:

”Det kan ej blifva föremål för lagen, att beskrifva alla de mångfaldiga  
invändningar, som i en rättegång möjligen kunna göras, men lagen skall  
säga, huru de . . . böra behandlas . . .”<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Jfr PK i SOU 1926: 33 s. 66 och Hassler i festskrift till Herlitz s. 134. Följande  
uppräknning gör ej heller anspråk på fullständighet men kan tjäna som en översikt:  
*A. Allmänna processhinder*

I. Talans väckande

1. 13: 4 fel sätt att anhängiggöra talan
2. 42: 1, 2, 3, 4; brister i stämningen
3. 32: 2 part har ej fullgjort sin delgivningsskyldighet
4. 13: 1, 2 — förutsättningarna för fastställelse- resp. fullgörelsetalan ej  
uppfyllda
5. 13: 3 — ändring av talan

II. Domstolen

1. Brist i lokal behörighet
2. Brist i funktionell behörighet
3. Brist i saklig behörighet
4. Saken hör ej under svensk domsrätt

III. Parterna

1. Bristande partshabilitet
2. Bristande processbehörighet
3. Bristande talerätt (saklegitimation)

IV. Saken

1. Res judicata
2. Lis pendens

*B. Speciella processhinder* (aktuella endast i vissa slags mål)

ex: KL 7 och 9 §§ samt LagsL 1 och 18 §§.

Jag betecknar således samtliga omständigheter som leder till avvisning av käre-  
ndens talan (betr. fullföljdshinder se nedan s. 94) som processhinder. Jfr däremot  
RB 42: 4 st 2, där den under I: 1 ovan angivna bristen ej uppfattas som ett rätte-  
gångshinder.

<sup>6</sup> Hassler a. a. s. 136 not 4, jfr Baumbach—Lauterbach s. 566 f. Här kan inflikas,  
att ZPO begagnar termen ”Prozesshindernde Einreden” i §§ 274—275 och att det  
ej är givet, att uttrycket ”processhinderande” invändningar ursprungligen enbart  
inrymde vad vi idag kallar processinvändningar, jfr härom nedan s. 32 ff och  
betr. tysk terminologi även nedan s. 24 i not 9 och 111 i not 6.

<sup>7</sup> Se Guldener s. 178 ff.

<sup>8</sup> 1849 års förslag till Rättegångsbalk s. 35. Uttalandet, som ju tillkom före  
Bülows arbete, torde f. ö. avse såväl formella som materiella invändningar, jfr  
nedan s. 79.

I *doktrinen* — även den svenska — återfinner man relativt ofta mer eller mindre fullständiga uppräknningar av de omständigheter som konstituerar processhinder (resp. processförutsättningar).<sup>9</sup> Men man nöjer sig i allmänhet härmed och anger inte skälen för att en omständighet är processhinder ens då det är tveksamt om så är fallet.<sup>1</sup>

Även i de fall frågan, huruvida en viss omständighet skall uppfattas som ett processhinder eller som ett materiellt rättsfaktum, kommit upp till bedömning i *praxis*, går det sällan att utläsa av det meddelade avgörandet efter vilka grunder klassificeringen skett. Överhuvudtaget är motiveringarna i frågor av här aktuellt slag knapphändigare än vid avgöranden i saken. Enligt RB 17: 12 st 1 p 2 är det ej heller alltid erforderligt att avvisningsutslag<sup>2</sup> motiveras, medan motsatsen är fallet beträffande ogillande dom.

I de fall någon motivering ges, nöjer man sig i allmänhet med några skäliggen innehållslösa uttalanden. Ej heller här står således några kriterier att finna på den ifrågavarande distinktionen. Man konstaterar blott, att ett spörsmål icke är "att behandla som en fråga huruvida i målet föreligger rättegångshinder" (eller tvärt om), så t. ex. i *NJA* 1956 s. 554 och 1960 s. 23 samt HovR och HD i *NJA* 1966 s. 3.<sup>3</sup>

## 2. Utländsk rätt

Den dualistiska åskådning, som kommit till uttryck i RB:s uppbyggnad, är som tidigare nämnts inte någon isolerad svensk företeelse. Vad först angår de nordiska länderna, tillmäts distinktionen mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta avsevärd betydelse även i *Finland*, trots att lagstiftningen i stort sett står kvar på en äldre ståndpunkt.<sup>4</sup> I *Danmark* och *Norge* utnyttjar lagstiftaren visserligen ej som

<sup>9</sup> Se t. ex. Kallenberg I s. 1173 ff och Hassler: Svensk Civilprocessrätt s. 126 ff. Än vanligare är kanske dylika uppräknningar i utländsk doktrin, se t. ex. Tirkkonen s. 133 f, Skeie I s. 506 f, Hurwitz s. 86 f, Rosenberg s. 463 f, Blomeyer s. 191, Schönke s. 207 och Guldener s. 178 f.

<sup>1</sup> Se dock t. ex. Larsson i festskrift till Olivecrona s. 407 ff, Peters s. 374 f och — vad gäller talerätt — Ekelöf: Civilprocessen II s. 18 ff.

<sup>2</sup> Avvisning av talan sker genom slutligt beslut (17: 1). I det följande föredras dock i allmänhet termen avvisningsutslag, trots att den ej begagnas i RB. Betr. termen avvisningsbeslut, se Cars s. 110.

<sup>3</sup> Ett exempel på en ovanlig utförlighet i detta avseende utgör JR Alexanderssons dissens i *NJA* 1962 s. 545, se även JR Ulveson i *NJA* 1973 s. 1.

<sup>4</sup> Se Reinikainen s. 155 och 166 ff, Wrede—Palmgren s. 329 ff och Tirkkonen s. 130 ff.

i Sverige begreppet rättegångshinder utan går s. a. s. direkt på avvsningspåföljden.<sup>5</sup> Men skillnaden mellan processhinder och materiella rättsfakta ligger till grund även för detta betraktelsesätt och ägnas också betydande uppmärksamhet i doktrinen.<sup>6</sup>

Även på kontinenten fäster man i de flesta länder avseende vid skillnaden mellan processhinder och materiella rättsfakta. Således var det, som jag berört i inledningen, i *Tyskland* den här aktuella uppfattningen först kom till uttryck genom Oskar Bülow's arbete *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*. Bülow's uppfattning vann dock ej omedelbar anslutning i lagstiftningsarbetet. I förarbetena till ZPO arbetar man fortfarande i stor utsträckning enligt det betraktelsesätt som Bülow vände sig emot i sina arbeten.<sup>7</sup> Denna processlag innehåller ej heller begreppet "Prozessvoraussetzung" och reglerna är ofullständiga på det här behandlade området.<sup>8</sup> I doktrinen tillmäts däremot distinktionen ifråga ungefär samma betydelse som i svensk rätt, även om en reaktion häremot har börjat göra sig gällande under senare år.<sup>9</sup> Jag skall återkomma till detta i kapitel 5 och 6.

I *Österrike* intar begreppet processförutsättningar en betydande plats inom processrätten<sup>1</sup> och som tidigare nämnts gäller detta också schweizisk rätt. I de kantonen, där någon uppräknig av processförutsättningar ej ges i processlagstiftningen, arbetar man ändå utifrån samma betraktelsesätt.<sup>2</sup>

<sup>5</sup> Se Hassler i festskrift till Herlitz s. 135.

<sup>6</sup> Beträffande norsk rätt, se t. ex. Augdahl s. 378 ff, Eckhoff: *Sivilprosess* s. 1 och 84 ff samt Alten i festskrift för *Württemberg* s. 1 ff. Enligt Alten var det Hagerup som år 1895 införde begreppet processförutsättningar i norsk doktrin. Beträffande dansk rätt, se Hurwitz s. 84 ff, betr. 4 uppl. se Boman i *SvJT* 1971 s. 639 med not 14.

<sup>7</sup> Simshäuser s. 17. Enligt Jürgen Blomeyer (*ZZP* 1968 s. 21) skiljer ZPO ej mellan "Zulässigkeit" och "Begründetheit" vad gäller talan utan endast vid rättsmedlen (ZPO §§ 519 b och 554 a).

<sup>8</sup> Simshäuser a. st. samt ovan s. 22 vid not 6, och nedan s. 110 ff.

<sup>9</sup> Jfr härom nedan s. 111. Betr. tidigare uppfattning se t. ex. Rosenberg § 97 med där anförd litteratur och vidare Blomeyer s. 191 ff, Schönke s. 205 ff och Bruns s. 231 ff. — I tysk doktrin har man i allmänhet reserverat termen *Prozessvoraussetzungen* för vad vi kallar *tvingande* processförutsättningar (se nedan s. 89) dvs. dem som domstolen skall beakta *ex officio*, medan termen *Prozesshindernisse* används för att beteckna motsvarigheten till våra *dispositiva* processhinder, se härom Simshäuser s. 16 f och Baumbach—Lauterbach s. 566 ff.

<sup>1</sup> Se Petschek—Stagel s. 90—178, där begreppet processförutsättningar givits en framträdande systematisk betydelse och tagits till utgångspunkt för framställningen i högre grad än vad som vanligen är fallet i svensk och tysk processrättslig litteratur. Kallenberg synes vid planeringen av sitt stora arbete om civilprocessen ha varit inne på liknande tankar men genomförde dem ej, jfr Kallenberg I s. 1133 ff m. not 58. Betr. österrikisk rätt, se även Reinikainen s. 149 not 12.

<sup>2</sup> Guldener s. 178 ff.

Det hittills diskuterade synsättet är naturligtvis ej det enda möjliga. Som jag skall beröra närmare i kapitel 3, tillmätte man i den klassiska romerska processen ej skillnaden mellan formell och materiell rätt samma vikt som den numera har i modern rätt.<sup>3</sup> Formell och materiell rätt var på ett naturligt sätt sammanbundna i det s. k. actiosystemet. Cappelletti har i sin framställning om *italiensk* civilprocessrätt beskrivit förhållandet på följande sätt:

"In both Rome and England, substantive law was created through procedural expedients; the administrators of the law became lawgivers. Proceeding from formulae or forms of actions, they created new actions, new defenses, and procedural fictions for concrete grievances deemed worthy of redress. The modern Italian system, like other civil law systems, reflects an opposite approach; rights of action follow from, rather than create, substantive law. The Italian Constitution, by stating that 'everyone may proceed at law for the protection of his rights and legitimate interests' (art 24) indicates that a right of action in modern Italy presupposes a pre-existing substantive right or legitimate interest.

Because Roman Lawyers, like common-law lawyers 'viewed the law mainly from the standpoint of actions' there was 'no complete isolation of private substantive law from procedural law'."<sup>4</sup>

Emellertid må skillnaden mellan de båda synsätten ej överdrivas. Cappellettis formuleringar ter sig väl tillspetsade mot bakgrund av en realistisk uppfattning om rättighetsbegreppet. Vad som skiljer ett rättsläge från andra intresselägen är ju just de processuella möjligheterna; uttrycket "pre-existing right or legitimate interest" bör ej fattas alltför bokstavligt ens för de rättssystem, som liksom det svenska, förefaller att ha avlägsnat sig mest från det romerska. Enligt min mening är det här mera fråga om en skillnad i uttryckssätt än rörande rättslivets realiteter.<sup>5</sup>

En homogen syn på förhållandet mellan formell och materiell rätt förutsätter sålunda ej ett romerskrättsligt betraktelsesätt. Tendensen att skilja mellan formell och materiell rätt förefaller emellertid att ha ökat i takt med att actiosystemet minskat i betydelse.<sup>6</sup> I de länder, där actiosystemet efterlämnat de starkaste spåren, i *England* och — kanske framför allt — i *USA*, betonas således ej skillnaden mellan formell och materiell rätt på samma sätt som i de länder jag hittills berört. Offi-

<sup>3</sup> Se nedan s. 41 ff, jfr även Morel s. 7 not 1.

<sup>4</sup> Cappelletti s. 30 f.

<sup>5</sup> Jfr ovan s. 19, se även Fehr s. 265 ff.

<sup>6</sup> Se nedan vid not 1—2.

ciellt har man visserligen för länge sedan övergivit actiosystemet<sup>7</sup>, men det äldre synsättet utövar fortfarande en märkbar påverkan.<sup>8</sup> Trots att man — åtminstone i engelsk rätt — möjligen kan spåra vissa tecken, som tyder på att man något närmat sig den uppfattning som är förhärskande i t. ex. modern svensk processrätt<sup>9</sup>, kan man dock knappast tala om någon reception av den kontinentala uppfattningen, såsom den formulerats av Bülow.

I *Italien* har däremot, som framgår av citatet på föregående sida, närmandet till den tyska uppfattningen gått längre. Även här fortsatte visserligen actiosystemet att utöva inflytande under lång tid sedan det övergivits officiellt, men fr. o. m. början av 1900-talet har utvecklingen gått snabbare och man har, under påverkan av tysk processrättslig doktrin, alltmer anslutit sig till den uppfattning denna företräder.<sup>1</sup> Enligt Cappelletti är detta ett exempel på en ökad benägenhet i Europa att skilja mellan formell och materiell rätt.<sup>2</sup>

Det skulle föra för långt att här gå in på vilken betydelse distinktionen mellan formell och materiell rätt har för indelningen av invändningar i alla ovan berörda rättssystem. I fortsättningen kommer jag därför i stort sett att begränsa mig till tysk och svensk processrätt härvidlag. Men låt mig först stanna något vid förhållandena i *Frankrike*. Afzelius har för drygt ett halvsekel sedan påstått att man i fransk rätt inte skiljer strängt mellan formella och materiella invändningar.<sup>3</sup> Finns det även idag täckning för detta påstående?

Nej, det kan man knappast säga. Även i Frankrike skiljer man numera klart mellan formell och materiell rätt också på det område vi sysslar med. Således behandlar t. ex. Solus skillnaden mellan "la recevabilité et le bien fondé de la demande", och begreppet processförutläggningar har sin franska motsvarighet i "conditions de recevabilité", som domaren skall pröva innan han övergår till att avgöra om kärandens talan är välgrundad ("fondée").<sup>4</sup>

När det gäller att skilja mellan frågor av dessa båda slag har man emellertid stött på svårigheter också i fransk rätt. Solus synes anse, att

<sup>7</sup> I England 1873 (se Potter s. 343 f) och i USA med början 1848 (New York Code), jfr Cappelletti s. 145 not 8. Det engelska actionssystemet är ej av romerskt ursprung, Polloch—Maitland s. 559 f, jfr även Anners: Europas rättshistoria 1 s. 88 ff.

<sup>8</sup> Så enligt Cappelletti a. st.

<sup>9</sup> Se t. ex. Strömholm: Torts s. 91 ff.

<sup>1</sup> Beträffande denna utveckling se Cappelletti s. 145 f.

<sup>2</sup> A. a. s. 146 not 9. — Som kommer att framgå senare synes dock utvecklingen vara på väg att vända, jfr nedan s. 94 f och s. 111 f.

<sup>3</sup> Afzelius s. 17 not 1. Jfr Wrede s. 31.

<sup>4</sup> Solus s. 194 ff.

man i praxis "avvisat" även på grund av rättsfakta som bort leda till ogillande.<sup>5</sup> Till en del torde detta bero på föreställningar som hänger ihop med actiosystemet, i en del fall har man kanske rent av valt att förklara en talan "irrecevable" för att undgå vidare utredning av själva saken.<sup>6</sup>

Indelningen i "processförutsättningar" och materiella rättsfakta spelar dock inte samma huvudroll i fransk som i svensk doktrin. I stället talar man om olika sorters invändningar eller försvar ("défenses"), som svaranden kan utnyttja. Och intressant är att distinktionen mellan formell och materiell rätt ej alltid är avgörande i detta sammanhang. Så indelar t. ex. Cornu—Foyer i sin lärobok svarandens försvar i tre grupper: *défenses au fond* (eller enbart *défenses*), *exceptions* och *fins de non recevoir*.<sup>7</sup> Den första gruppen motsvarar ungefär våra sakinvändningar och den andra, "exceptions", våra processinvändningar; "l'exception s'attaque, non au droit lui-même, mais à la procédure."<sup>8</sup> Hit räknas enligt lagtexten invändning att kändanden ej ställt säkerhet för rättegångskostnaderna (CPC art. 166), foruminvändningar och invändning om lis pendens (CPC art. 168—172), invändning om bristande delgivning (CPC art. 188—191) samt invändning om att hela processen eller en enskild processhandling är en nullitet (CPC art. 173).<sup>9</sup> Men klassificeringen i lagtexten är ej fullständig, således räknas t. ex. invändning om bristande processbehörighet vanligen också till "exceptions".<sup>1</sup>

Då svaranden framställer en "défense au fond" går han med på att inlåta sig på saken, medan han genom att anföra en "exception" framställer en invändning, som ej står i direkt samband med det omstämnda rättsförhållandet.<sup>2</sup> Den tredje gruppen av invändningar, "fins de non-recevoir", sägs ligga någonstans mitt emellan de båda förstnämnda grupperna i detta hänseende; "... le fin de non-recevoir est un moyen de défense de nature mixte, à mi-chemin entre la défense au fond et les exceptions..."<sup>3</sup> En invändning av detta slag kan, som namnet antyder, få till följd att rätten förklarar sig icke vidare kunna pröva

<sup>5</sup> För detta och det följande se Solus s. 281 ff, Cornu—Foyer s. 314 ff, Morel s. 49 ff, Blanc s. 107 ff och Herzog s. 268 ff.

<sup>6</sup> Jfr betr. svensk rätt nedan s. 185 f och Kallenberg I s. 583 f.

<sup>7</sup> Cornu—Foyer s. 314 f.

<sup>8</sup> Morel s. 51. I civilrättslig lagtext och litteratur användes däremot termerna exception och défense som synonyma, a. a. s. 50.

<sup>9</sup> Inga exempel anges i CPC art. 173. Jfr RB 59: 1 p 1.

<sup>1</sup> Morel s. 55 samt Herzog s. 277 och 243 ff.

<sup>2</sup> Cornu—Foyer s. 314.

<sup>3</sup> Solus s. 290, jfr Cornu—Foyer s. 315 ("... la fin de non-recevoir, au caractère intermédiaire ...") och Morel s. 55.

målet.<sup>4</sup> Till denna grupp räknar Cornu—Foyer ungefär vad vi betraktar som invändningar om bristande talerätt (qualité) eller "rättsligt intresse" (absence d'intérêt)<sup>5</sup>, res judicata och "illicéte de la prétention."<sup>6</sup>

Gränserna är flytande mellan dessa tre grupper av invändningar.<sup>7</sup> Av särskilt intresse är emellertid att Cornu—Foyer ej nöjer sig med denna indelning av invändningar efter deras "nature"<sup>8</sup> — vad nu detta kan innebära. Invändningarna indelas också efter sina verkningar, sin rättsliga betydelse. Och härvid sammanför Cornu—Foyer, under påstående att detta är vanligt i fransk rätt, "fins de non-recevoir" med "défenses au fond" och ställer denna grupp i motsats till "exceptions".<sup>9</sup>

Skillnaden består i att "exceptions" är *dilatoriska*, de medför att svaranden vinner tid men hindrar ej käranden att senare, då bristen botats, på nytt väcka samma talan.<sup>1</sup> Den andra gruppen, "défenses au fond" och "fins de non-recevoir", har en starkare verkan; ny prövning är ej möjlig på grund av rättskraften.<sup>2</sup> "Fins de non-recevoir" är såle-

<sup>4</sup> Kärandens talan förklaras "irrecevable", Cornu—Foyer a. st.

<sup>5</sup> Frågorna om qualité och intérêt hänger intimt samman; frågan om qualité gäller s. a. s. det rättsliga intressets subjektiva anknytning, se Solus s. 244 ff och Bruns s. 72 och 76. I Norge anlägger man ett liknande betraktelsesätt, medan däremot frågan om "rättsligt intresse" spelat en underordnad roll i svensk tale-rättsdebatt, se härom nedan s. 222 ff.

<sup>6</sup> Cornu—Foyer a. st. Enligt Herzog (s. 555) råder oenighet om res judicata skall systematiseras som "défense au fond" eller "fin de non-recevoir". Det centrala stadgandet om res judicata finns upptaget i Code Civil art. 1351. Betr. denna placering ur systematisk synpunkt, se Herzog s. 555 not 1. — Det kan här påpekas, att res judicata ej beaktas ex officio i fransk rätt, vilket enligt Herzog (s. 555) beror på att det offentliga intresset av att rättskraften beaktas ej är tillräckligt starkt. — Solus (s. 290) tar ej upp res judicata som fin de non-recevoir, men hänför däremot preskription till denna grupp, jfr Morel s. 51.

<sup>7</sup> Herzog s. 269. Enligt Morel (s. 55) beskriver Glasson—Tissier skillnaden på följande sätt: "La défense s'attaque au droit prétender, l'exception s'attaque à la procédure, la fin de non-recevoir au droit d'action. Le défendeur qui oppose une fin de non-recevoir ne dit donc pas au demandeur: 'Votre droit n'existe pas' (défense), ni: 'Votre instance a été mal engagée' (exception); il lui dit: 'Vous n'avez pas d'action' parce que vous êtes décourvu d'intérêt ou sans qualité, ou parce que votre droit d'action est éteint."

<sup>8</sup> Cornu—Foyer s. 314.

<sup>9</sup> A. a. s. 315.

<sup>1</sup> Jfr Morel s. 49 och 51 f. Betr. dilatoriska och peremptoriska invändningar, se även t. ex. CPC art. 174 ff, Solus s. 286 f och nedan s. 34 f och 125 ff.

<sup>2</sup> Cornu—Foyer a. st., se även Solus s. 288 och 291. Detta gäller dock, åtminstone vad beträffar fins de non-recevoir, ej utan undantag, jfr Cornu—Foyer s. 315 f. Å andra sidan kan somliga exceptions ha en peremptorisk verkan, så t. ex. vissa "exceptions de nullité", vilka för övrigt tidigare kallades *exceptions péremptoires de forme*, Morel s. 51.

des *peremptoriska*, de kallas också ibland *exceptions péremptoires*. Denna skillnad anser Cornu—Foyer vara viktigare än det som är gemensamt för "exceptions" och "fins de non-recevoir", nämligen att de ej föranleder domaren att underkänna kändens yrkande utan blott att vägra att upptaga detta till prövning.<sup>3</sup> Även Solus kommer till ungefär samma resultat; en "fin de non-recevoir" skiljer sig enligt hans uppfattning från "défenses au fond" till sitt "objet" och sin "technique procédurale" samt från "exceptions" vad gäller "résultats".<sup>4</sup>

Även om "exceptions" och "fins de non-recevoir" skiljer sig till sin rättsliga verkan, tillämpas således, som nyss framgått av Solus' yttrande, ändå normalt sett samma regler vid handläggning och avgörande av dessa två slags frågor. De skall, i motsats till "défenses au fond", framställas i en viss inbördes rangordning och avgöras i rättegångens början, varigenom ett bifall till invändningen befriar svaret från (ytterligare) utredning av saken.<sup>5</sup> Vissa av de brister det här är fråga om får domstolen beakta ex officio,<sup>6</sup> men officialprövningen förefaller äga tillämpning på färre frågor än i svensk rätt.<sup>7</sup> Praxis är dock vacklande i samtliga här nämnda avseenden.<sup>8</sup>

Inom doktrinen har man anvisat olika vägar att komma ur de svårigheter, som rättsfiguren "fins de non-recevoir" erbjuder ur systematisk och handläggningsmässig synpunkt. Morel ställer sig kritisk till att uppfatta "fins de non-recevoir" som en särskild grupp av invändningar och hänför de frågor det här gäller antingen till "exceptions" eller "défenses au fond". Och han vidhåller denna uppfattning, trots att begreppet "fins de non-recevoir" sedan 1935 förekommer även i CPC (art. 192).<sup>9</sup> Solus använder däremot motsatt metod, men kommer ändå till ungefär samma resultat vad gäller den praktiska tillämpningen. I stället för att förneka gruppens existens företar han en ytterligare indelning av densamma och använder sig därvid av distinktionen mellan formell och materiell rätt. "Fins de non-recevoir" indelas i *fins de non-recevoir de procédure* och *fins de non-recevoir liées au fond*.<sup>1</sup> De senare

<sup>3</sup> Cornu—Foyer s. 315 f.

<sup>4</sup> Solus s. 290. Som kommer att framgå senare (nedan s. 125 ff) är den anmärkta skillnaden av värde även vid en diskussion av svensk rätt, nämligen vad gäller frågan om avvisningsutslagens rättskraft.

<sup>5</sup> CPC art. 192, Cornu—Foyer s. 316 f, Solus s. 283, 288 ff och 291, Morel s. 53 f och Herzog s. 269 f. De exceptions som uppbärs av ett offentligt intresse får dock framställas även senare, Cornu—Foyer s. 317, vilket synes innebära en väsentlig inskränkning i den ovannämnda regeln.

<sup>6</sup> Officialprövningen synes vara fakultativ i vissa fall, se t. ex. Solus s. 294.

<sup>7</sup> Se a. a. a. st. och, beträffande exceptions de nullité, a. a. s. 388 f.

<sup>8</sup> Se i not 3 och 4 ovan a. st. samt Solus s. 288 ff.

<sup>9</sup> Morel s. 55 ff, jfr Solus s. 294. Morels här begagnade arbete utkom 1949.

<sup>1</sup> Solus s. 293 ff.

är enligt Solus egentligen sakinvändningar, som förts över till en särskild grupp för att kunna hindra vidare utredning av saken utöver den del av denna, som den ifrågavarande invändningen hänför sig på.<sup>2</sup>

Varför har man då företagit denna uppdelning av "fins de non-recevoir" i två grupper, varför inte betrakta alla sådana invändningar som helt processuella? Svaret på denna fråga torde få sökas mot bakgrund av den utformning art. 192 i CPC fick genom 1935 och 1958 års ändringar, varigenom det bl. a. bestämdes att "fins de non-recevoir" skall framställas i rättegångens början.<sup>3</sup> Då det ej är ändamålsenligt att upprätthålla detta krav beträffande vissa invändningar, har man avskilt dessa till en särskild grupp — "fins de non-recevoir liées au fond" — för att kunna betrakta dem som sakinvändningar och handlägga dem enligt det för "défenses au fond" gällande regelkomplexet i detta hänseende.<sup>4</sup> De processuella konsekvenserna har fått bestämma om en fråga skall uppfattas som formell eller materiell. Ett annat exempel härpå är att man genom att systematisera res judicata som en "fin de non-recevoir liée au fond" lyckats undvika en officialprövning, som ej ansetts motiverad i detta fall.<sup>5</sup> Och att talerätt uppfattats som en "processförutsättning" ("condition de recevabilité") har ej fått hindra, att frågor härom handlägges enligt det regelkomplex, som ansetts mest ändamålsenligt, dvs. som en sakinvändning.<sup>6</sup>

Som vi ser intar skillnaden mellan formell och materiell rätt en betydelsefull plats även i fransk doktrin, även om det inte som i Sverige tjänar som dominerande utgångspunkt vid indelningen av svarandens invändningar. Och lagstiftningen anknyter sina handläggningsregler till en gruppindelning som — åtminstone vad beträffar "fins de non-recevoir" — har utförts relativt oberoende av distinktionen mellan formell och materiell rätt. I Frankrike har denna i stället använts till att undvika olämpliga konsekvenser av CPC:s systematik.

Om skillnaden mellan formell och materiell rätt är mindre framträdande i fransk än svensk doktrin och lagstiftning, synes däremot motsatsen vara fallet beträffande praxis. Vid en genomläsning av franska rättsfall finner man att domstolarna — framför allt i högre instans — ofta uttalar sig om en talans (resp. en vadetalans) formella beskaffen-

<sup>2</sup> A. a. s. 294.

<sup>3</sup> Jfr härom Blanc s. 107 ff.

<sup>4</sup> Jfr Herzog s. 269 f, se däremot vad gäller möjligheten till delavgörande ovan vid not 2.

<sup>5</sup> Jfr ovan s. 28 not 6.

<sup>6</sup> Jfr Solus s. 294: "... bien que la qualité soit une *condition de recevabilité* de la demande, le défaut de qualité est sanctionné par une fin de non-recevoir *liée au fond*." (min kurs.)

het, om den är "recevable", även då motsatsen ej gjorts gällande under rättegången.<sup>7</sup> I svensk praxis synes man däremot i allmänhet uttala sig härom endast då denna fråga är kontroversiell, något som sällan blir förhållandet om ej svaranden framställt invändning om rättegångs- eller fullföljdshinder.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Uttalandet sker i själva "domslutet". Se t. ex. beträffande underrätt, *Dalloz-Sirey 1968: 2 s. 652*: "... Par ces motifs, en la forme, reçoit Bourjoulet..." och s. 704: "... Par ces motifs, dit et juge recevable et bien fondée l'action introduite par les époux ...", och betr. högre instans *Dalloz 1964 s. 14*: "... Par ces motifs, reçoit les époux Lafon en leur appel, les dit bien fondée ...", s. 16: "... Par ces motifs, en la form reçoit l'appel...", s. 44: "... Par ces motifs... déclare les princes Karim Aga Khan et Aryn Khan recevables et mal fondés en leur appel ..." och s. 61: "... Par ces motifs: dit Broner recevable et bien fondé en son appel principal; dit Manet et la Société idéal Hôtel recevables, mais mal fondés en leur appel ..." etc.

<sup>8</sup> Jfr RB 34: 1 st 1 och Ekelöf: *Rättegång II* s. 12. — Betr. skillnaden mellan rättegångs- och fullföljdshinder i svensk rätt, se Larsson: *Partshandlingar* s. 88 not 3.

## Kapitel 2

# DEN HISTORISKA BAKGRUNDEN OCH BÜLOWS UPPFATTNING

I detta kapitel skall jag kortfattat redogöra för hur man såg på här aktuella problem i äldre europeisk — dock ej romersk — rätt. Avsikten är att ge en historisk bakgrund till Bülow's våldsamma kritik av tidigare läror om invändningar. Framställningen under 1. följer i huvudsak Wredes arbete "Processinvändningarna enligt finsk allmän civilprocessrätt",<sup>1</sup> där utvecklingen ägnas ett mera ingående studium än vad som här kan bli fallet. Under 2. skall jag, också helt kort, presentera Bülow's uppfattning, varpå det blir anledning att diskutera dess romerskrättsliga bakgrund relativt utförligt i nästa kapitel.

### 1. Bakgrunden till Bülow's kritik. Processhindrande, peremptoriska och dilatoriska invändningar

*Den äldre germanska processen* bestod av tre stadier, av vilka det första ägnades åt prövning av svarandens skyldighet att ingå i svaromål. De grunder svaranden härvidlag kunde åberopa till sin befrielse var av såväl formell som materiell natur om man — som Wrede — med formella frågor menar sådana som hänför sig till rättegången och sättet för väckande av talan och med materiella sådana omständigheter, som hänför sig till rättsförhållandet mellan parterna.<sup>2</sup> Som exempel på här aktuella invändningar kan nämnas foruminvändningar, invändningar om "att käranden ej var rätt målsegande", eller att han vänt sig mot "orätt svarande" och invändning om att "... själva saken var 'oriktig', d. ä. af sådan beskaffenhet att den ej medförde ett rättsligt anspråk".<sup>3</sup> Sådana invändningar skulle framställas under den första delen av förfarandet och kunde resultera i ett avgörande, som befriade svaranden från vidare rättegång. Detta avgörande var likalydande oavsett om det grundats på en formell eller på en materiell invändning.

Enligt Wrede utgjorde det första stadiet i den germanska processen "... förebilden till behandlingen av de sedermera så kallade *process-*

<sup>1</sup> Wrede s. 12 ff. Se även Bülow s. 18 ff.

<sup>2</sup> Wrede s. 12 f.

<sup>3</sup> A. a. a. st. Av ovannämnda invändningar är endast foruminvändningar formella enligt Wredes uppfattning.

*hindrande invändningarna*".<sup>4</sup> Det finns här anledning påpeka att termen "processhindrande invändning" ej använts helt entydigt i doktrin och förarbeten. I allmänhet avses därmed endast sådana invändningar som — eventuellt genom en vilandeförklaring — hindrar *handläggning* av målets övriga delar till dess invändningsfrågan avgjorts.<sup>5</sup> Men termen har även begagnats för att beteckna invändningar, som endast kan förhindra ett *avgörande* av målet i övrigt.<sup>6</sup> I båda fallen kan den processhindrande effekten antingen inskränkas till att gälla blott till dess domstolen — eventuellt i form av särskilt avgörande — fattat ståndpunkt i invändningsfrågan eller utsträckas till dess ett dylikt utslag, eventuellt efter särskild fullföljd, vunnit laga kraft. Jag har ej ansett det motiverat att försöka utröna i vilken av nyssnämnda betydelser man i varje särskilt fall använt termen ifråga.

Värt att understryka — och som redan framgått av exemplen från den äldre germanska processen — är däremot att gruppen av processhindrande invändningar periodvis även avsett vad vi numera betecknar som materiella frågor.<sup>7</sup> Det är lätt att bortse från detta förhållande om synfältet inskränkes till senare svensk rätt, eftersom de processhindrande invändningarna här ej omfattat uppenbart materiella frågor i samma utsträckning som t. ex. i äldre germansk rätt.<sup>8</sup>

Att man i germansk rätt ej fäste avseende vid distinktionen mellan formell och materiell rätt betecknar Wrede som att man ". . . under en gemensam synpunkt (sammanförde) tvänne begrepp, hvilka i själva verket voro oförenliga . . .", och fortsätter: "Denna sammanblandning af formella och materiella försvarsgrunder blev sedermera ett utmärkande kännetecken för de processsystem, hvilka uppstodo genom den romerske rättens omflyttning till land med germanisk befolkning."<sup>9</sup>

Vad Wrede här kallar en "sammanblandning" var emellertid, som jag skall beröra närmare i nästa kapitel, ett utmärkande drag även för den klassiska romerska processen. Detsamma kan också sägas om *den kanoniska rätten*, där man, som Wrede påpekar, i stället fäste avseende

<sup>4</sup> A. a. s. 12, min kurs. Betr. denna term se även nedan s. 77 ff.

<sup>5</sup> Så synes ha varit fallet i äldre germansk process liksom vid invändning enligt 16: 1 och 3 ÄRB, se nedan s. 77.

<sup>6</sup> Jfr nedan s. 80 vid not 4. — Här kan också inflikas, att regler av ifrågavarande slag kan vara antingen fakultativa eller obligatoriska. Jfr även det nedan s. 36 (och nedan i not 9) omnämnda förhållandet, att man ibland tillmätt en invändning processhindrande effekt blott om den genast kunde styrkas.

<sup>7</sup> Jfr även nedan s. 77 ff.

<sup>8</sup> Jfr dock nedan s. 77 f betr. ÄRB 16: 3 samt NJA II 1918 s. 173, där man synes utgå från att invändning om att ett yrkande är ogrundat kunde få en processhindrande — i detta fall processavbrytande — effekt t. ex. i de fall då ett ersättningsanspråk var "alldeles orimligt". Jfr f. ö. även RB 17: 5 st 2.

<sup>9</sup> Wrede s. 13 f.

vid skillnaden mellan *dilatoriska* och *peremptoriska* invändningar.<sup>1</sup> Alla dilatoriska invändningar, men bara vissa peremptoriska, skulle framställas och avgöras i rättegångens början. Invändning om res judicata hörde till de peremptoriska invändningar, som i detta avseende behandlades på samma sätt som de dilatoriska.

Termerna *dilatorisk* och *peremptorisk* förekommer i skilda historiska sammanhang och har definierats på olika sätt.<sup>2</sup> Helt allmänt kan emellertid sägas, att utmärkande för en dilatorisk invändning är att den endast kan göras gällande under viss tid, såsom t. ex. invändning om att den omstämda fordringen ej är förfallen eller att kåranden saknar processbehörighet på grund av underårighet. Peremptoriska invändningar — som t. ex. invändning om svek eller res judicata — är däremot ej tidsmässigt bundna på detta sätt.<sup>3</sup>

I likhet med termen processhinderande invändning äger distinktionen mellan dilatoriska och peremptoriska invändningar inte något nödvändigt samband med skillnaden mellan formell och materiell rätt. Som kommer att framgå av det följande, föreligger dock ofta överensstämmelse mellan de processhinderande invändningarna och de dilatoriska, men så är ej alltid fallet.<sup>4</sup>

Termerna "dilatoriska" och "peremptoriska" invändningar begagnas också av *glossatorerna*, men de synes därjämte ha uppmärksammat skillnaden mellan formella och materiella frågor. Denna distinktion lades nämligen till grund för en indelning av de dilatoriska invändningarna i två grupper.<sup>5</sup> Sistnämnda systematisering var dock enligt Wrede ej betingad av några skillnader i rättsföljder; alla dilatoriska invändningar handlades och avgjordes på samma sätt och bevisbördan för existensen av en dilatorisk brist vilade alltid på svaranden.

Även senare romanister ansåg att samtliga dilatoriska invändningar skulle handläggas på samma sätt. Man gjorde, som Wrede uttrycker saken, "... alla exceptiones dilatoriae ... till *processinvändningar* med uppgift att förekomma inledandet af rättegången rörande hufvudsaken ...", och härmed "... hade man kommit till begreppet *processhinderande invändning*".<sup>6</sup> Sådana invändningar gav den instämde rätt att

<sup>1</sup> A. a. s. 14.

<sup>2</sup> Se förutom i det följande nedan s. 73 ff och 125 ff. I Eek—Bergström—Arnheim (s. 50) ges termen dilatorisk invändning en ovanligt snäv innebörd.

<sup>3</sup> Jfr dock nedan s. 129 betr. res judicata.

<sup>4</sup> Delldén (jfr nedan s. 75 f) — liksom för ett särskilt fall Lihné (s. 253) — sammanför begreppen dilatorisk och processhinderande (jfr även ovan i not 4 a. st.), medan Albrecht (enligt vad Wrede anför) begagnar termen dilatoriska för alla invändningar av processuellt innehåll och endast på dessa, Wrede s. 24 f.

<sup>5</sup> Wrede s. 16.

<sup>6</sup> A. a. a. st., ordet *processinvändningar* kursiverat av mig.

undandra sig svaromål i huvudsaken till dess invändningsfrågan blivit avgjord.

Eftersom de dilatoriska invändningarna även omfattade vissa sakinvändningar, kunde således de sistnämnda — liksom i äldre germansk rätt — ha en processhinderande effekt i nyssnämnda bemärkelse.<sup>7</sup> Här bör påpekas det för oss paradoxala förhållandet att vissa sakinvändningar — dvs. invändningar som hänförde sig till rättsförhållandet mellan parterna och som numera läggs till grund för ogillande dom — var "processinvändningar" i den betydelse man i tidigare processinvändningsläror lade in i detta begrepp. Så var fallet hos glossatorerna,<sup>8</sup> och detsamma kan, som framgår nedan, sägas om processinvändningsläran i nästan alla dess varianter fram till slutet av 1800-talet. Med "processinvändningar" synes man alltså ej ha avsett endast de invändningar av formellt innehåll som idag kallas processinvändningar, utan *invändningar i process*<sup>9</sup> i en vidare bemärkelse, invändningar som påverkade processens följande förlopp, dvs. framför allt de invändningar, som här tidigare betecknats som "processhinderande".<sup>1</sup>

Nästa steg i processinvändningslärans utveckling togs på *1500-talet* av två framstående franska jurister, Cujacius och Donellus, vars teorier i hithörande frågor fick betydelse även för den tyska processrättens utveckling.<sup>2</sup> Enligt den förre utmärktes de dilatoriska invändningarna av att de blott förorsakade uppskov med avgörande av saken och ej som de peremptoriska innebar att kärandens yrkande förkastades. Det är detta Cujacius menar, då han säger att de dilatoriska invändningarna endast hänför sig till själva rättegången.<sup>3</sup>

Donellus arbetar med en gemensam reglering av alla dilatoriska invändningar, men han påpekar särskilt att vissa av dem hänför sig till formella brister, dvs. rör själva processen.<sup>4</sup> I motsats till Cujacius anser han att de dilatoriska invändningarna ej blott skall framställas, utan även avgöras, i rättegångens början. På ungefär detta sätt uppfattades läran om processinvändningarna också i *den tyska 1600-talslitteraturen*. I stort sett samtliga dilatoriska invändningar hade således en processhinderande effekt i så måtto att de gav svaranden rätt att avböja

<sup>7</sup> Jfr ovan s. 32 f.

<sup>8</sup> Wrede s. 15.

<sup>9</sup> Jfr rubriken till 16 kap. ÄRB: "Om hvarjehanda invändningar i rättegång . . .", varom nedan s. 77 ff, särskilt s. 78 f.

<sup>1</sup> Se ovan s. 33.

<sup>2</sup> Wrede s. 21. — Beträffande ovannämnda författares användning av begreppet *translatio* se a. a. s. 17 f och 20, jfr Bülow s. 237 ff.

<sup>3</sup> Wrede s. 18.

<sup>4</sup> Jfr a. a. s. 19 f.

all förhandling beträffande målet i övrigt.<sup>5</sup> Härigenom förelåg en möjlighet för svaranden att uppskjuta målets avgörande i det oändliga genom att gång på gång framställa dilatoriska invändningar. Detta missbruk blev en av orsakerna till att *eventualmaximen* infördes, varefter blott några få invändningar fick behålla sin processhinderande karaktär.<sup>6</sup>

I *tysk 1800-talsdoktrin* står man i stort sett kvar på den äldre ståndpunkten. Skillnaden mellan dilatoriska ("verzögerliche") och peremptoriska ("zerstörliche") invändningar är fortfarande den dominerande indelningsgrunden; de dilatoriska invändningarna används för att uppnå ett uppskov med anspråket utan att angripa dess grund, medan de peremptoriska innebär ett bestridande av grunden till anspråket.<sup>7</sup> De flesta av dagens processinvändningar återfinnes som en underavdelning till de dilatoriska invändningarna och intar ej någon särställning i förhållande till övriga invändningar — bl. a. sakinvändningarna — i denna grupp. Däremot utvidgades gruppen av "processhinderande" invändningar till att omfatta vissa *peremptoriska* sakinvändningar, som dock endast förhindrade förhandling om resten av målet i de fall, då de genast kunde bevisas.<sup>8</sup> Man gjorde vidare undantag från den tidigare tillämpade principen att alla dilatoriska invändningar skulle framställas i rättegångens början. I de fall invändningen grundades på omständigheter, som uppkom eller blev kända först senare under rättegången, fick de framställas även på detta stadium. Och vissa brister, som gjorde förfarandet ogiltigt, fick läggas till grund för en invändning under processens senare skede, även om det varit möjligt att framställa invändningen tidigare.<sup>9</sup>

Sammanfattningsvis kan sägas att skillnaden mellan formell och materiell rätt fört en relativt undanskymd tillvaro i den processrättsliga litteraturen fram till slutet på 1800-talet, åtminstone vad gäller indelningen av invändningar. Innan Bülow framträdde med sitt epokgörande arbete om processförutsättningarna hade visserligen ett par författare, främst Gesterding, höjt sin röst för ett synsätt liknande Bülows. Gesterding hade dock ej nämnvärd framgång, vilket enligt Wrede berodde på att han "... hvarken (förmådde) rätt uppfatta den romerska processens exceptiones, ej håller gifva läran om processinvändningarna

<sup>5</sup> A. a. s. 21.

<sup>6</sup> Se härom a. a. s. 21 f.

<sup>7</sup> Wrede s. 23, jfr t. ex. Endemann s. 648 ff och Wetzell (2:a uppl.) s. 140 f, som dock påpekar att de dilatoriska invändningarna har en processuell karaktär.

<sup>8</sup> Wrede s. 26.

<sup>9</sup> A. a. s. 28.

dess rätta grund”.<sup>1</sup> Då Bülow grep sig an med sitt arbete torde det ha varit just denna målsättning han hade för ögonen.

## 2. Bülows lära och dess romerskrättsliga bakgrund

Vid tiden för publiceringen av Bülows klassiska verk *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* (1868) fanns det ännu inte någon enhetlig rättsordning i Tyskland. Olika processlagar gällde i de olika delstaterna, och i den mån lagbestämmelser saknades i den egna rättsordningen tillämpades *Gemeines Recht*.

Vad gäller processrätten bestod *Gemeines Recht* främst av den processrätt som utformats i Italien på 1200-talet, vilken i sin tur bl. a. byggde på den klassiska romerska processen — formularprocessen — som denna beskrivs i *Corpus Iuris Civilis*.<sup>2</sup> I detta sammanhang finns det kanske anledning att erinra om den skolastiska metod, som ursprungligen kom till användning vid den romerska rättens pånyttfödelse i Italien. Man ansåg att de antika skrifterna hade absolut auktoritet, ”... under antikens vetenskapliga guldålder hade de stora sanningarna redan uppnått och formulerats i de klassiska skrifterna ...”, ”... i dem fanns sanningen om verkligheten”.<sup>3</sup> *Gemeines Recht* hänvisade på detta sätt indirekt till formularprocessen, man hade i denna s. a. s. ett uttryck för processen i dess renaste form.<sup>4</sup> Och i den mån man i tysk 1800-talsdoktrin hyste en uppfattning, som ej lät sig förenas med den italienska 1200-talsjuridiken, fanns alltså en möjlighet att anföra en nytolkning av de klassiska skrifterna, inte bara som ett inlägg i den rättshistoriska debatten, utan även som ett argument de lege lata.

Nu kan man emellertid ändå fråga sig, varför Bülow i så hög grad koncentrerat sin framställning till formularprocessen. I justinianisk rätt hade ju denna processform ersatts av cognitionsprocessen, som i flera avseenden avvek från vad som gällde i klassisk process.<sup>5</sup> Till det förhållandet att formularprocessen stundom tillmättes ett närmast naturrättsligt färgat intresse, kommer dock som en ytterligare förklaring till Bülows inriktning, att de åsikter han avsåg att angripa ytterst gick till-

<sup>1</sup> A. a. s. 29.

<sup>2</sup> Se Grenander s. 41. Formularprocessen anses ha varit den dominerande processformen i Rom under de tre första århundradena efter Kristi födelse, jfr a. a. s. 16 och 29 samt Anners: Europas rättshistoria 1 s. 38 ff och 61.

<sup>3</sup> Anners: Europas rättshistoria 1 s. 72.

<sup>4</sup> Jfr nedan s. 38 vid not 9 samt s. 113 och 118 vid not 6.

<sup>5</sup> Se härom t. ex. Grenander s. 29 ff.

baka på vissa, enligt Bülow's förmenande felaktiga, uppfattningar om formularprocessen.<sup>6</sup> Och härtill skall, som strax kommer att framgå, läggas det förhållandet att formularprocessens uppbyggnad för Bülow framstod som ett förebildligt uttryck för det riktiga i hans dogmatiska utgångspunkter.

Vad nyss sagts kan möjligen förklara varför Bülow's arbete — lik-som en stor del av övrig tysk processlitteratur från 1600-talet och fram till utfärdandet av ZPO (1877) — domineras så starkt av romersk rätt och då framför allt den klassiska processen, formularprocessen. Att man, som framgått av den tidigare framställningen, ändå kunde komma till skilda uppfattningar förklaras av att de romerska källorna ej alltid gav klart besked. Vidare tycks man ej ha dragit sig för att företa relativt våldsamma omtolkningar av källorna i de fall dessa ej stämde överens med författarens mera personligt färgade uppfattning.<sup>7</sup> Kan även Bülow beskyllas för att ha gått tillväga på detta sätt?

Bülow gjorde gällande att den första delen av formularprocessen — förfarandet *in iure* — uteslutande avsåg prövning av formella spörsmål. Under processens andra del — förfarandet *apud iudicem* — ägnade man sig å andra sidan enbart åt materiella frågor.<sup>8</sup> Denna princip för tudelningen av förfarandet är enligt Bülow "von einer universellen Bedeutung", den ligger "so tief im Wesen des Processes begründet, dass jedes Processsystem zu demselben hingedrängt wird . . .".<sup>9</sup>

Bülow's framställning formar sig till en uppgörelse med den vid tiden för hans arbete förhärskande processinvändningsläran. Anhängarna av denna lära utgick bl. a. från den uppfattningen att i romersk rätt somliga dilatoriska *exceptiones*<sup>1</sup> (dvs. i formulan införda invändningar) avsåg *formella* brister i kärandens talan. I formularprocessen avgjordes emellertid invändningar i *exceptio*form under den andra delen av förfarandet (*apud iudicem*). Att en *exceptio* skulle kunna vara av formell natur gick således ej att förena med Bülow's uppfattning om principen för tudelningen av förfarandet. Bülow ägnar också huvuddelen av sin framställning åt att visa att samtliga dilatoriska *exceptiones* var av materiell natur, de riktade sig enligt Bülow ej mot en talans form utan mot dess innehåll och hade en materiell verkan, svarandens befrielse från anspråket (och således ej endast från processen).<sup>2</sup> Bülow ville

<sup>6</sup> Jfr nedan s. 39 och Wrede s. 36. Se dock Wrede (s. 41 f) och Goldschmidt (s. 31) som synes betrakta Bülow's kritik som alltför ensidig i ovan berörd bemärkelse.

<sup>7</sup> Se t. ex. det av Wrede (s. 20 f) anförda exemplet.

<sup>8</sup> Se t. ex. Bülow s. 8 och 289 (sist a. st. återgivet nedan s. 43).

<sup>9</sup> A. a. s. 295.

<sup>1</sup> Närmare om begreppet *exceptio* nedan s. 52 ff.

<sup>2</sup> Se t. ex. a. a. s. 257, 272 och 284. Jfr Wrede s. 41.

härmed, som nyss anförts, göra gällande, att processinvändningsläran grundade sig på en rad missuppfattningar om den romerska rätten:

”Es stellt sich heraus, dass die ganze Lehre von den Processeinreden nur aus einer Verkeltung der verschiedenartigsten Missverständnisse des römischen Rechts hervorgegangen ist. Es ist nachweisbar, dass es im römischen Recht gar keine Processeinreden gegeben hat, sondern dass alle Einreden . . . das materielle Streitverhältniss betreffen.”<sup>3</sup>

Bülow menade vidare att man ej — som i processinvändningsläran — borde systematisera de formella betingelserna för processen i invändningsform, eftersom detta omöjliggjorde en riktig förståelse av bl. a. bevisbördefrågorna vid formella brister. Det äldre synsättet kunde dessutom leda tanken till att formella fel måste åberopas av parterna — termen ”Einrede” hade nämligen i normala fall en sådan innebörd — medan de i själva verket ofta skulle beaktas av domstolen oberoende av invändning.<sup>4</sup> Processinvändningsteorin var enligt Bülow även begreppsmässigt sett en felaktig utgångspunkt som ledde till förvirring.<sup>5</sup>

Med sin uppfattning att den första delen av formularprocessen — om man bortser från frågan om tillämplig formula — ägnades enbart åt formella frågor, blev det för Bülow naturligt att betrakta endast den andra delen av förfarandet som process i egentlig mening.<sup>6</sup> Förfarandet in iure var avsett att pröva förutsättningarna för konstituerande av ett *processrättsförhållande*, en processrättslig motsvarighet till civilrättsliga rättsförhållanden, med parterna och domstolen som subjekt.<sup>7</sup> Om någon av förutsättningarna för processrättsförhållandet — *processförutsättningarna* — saknades, förvägrades den begärda formulan, varigenom någon ”process” i egentlig mening aldrig kom till stånd.

Begreppen processrättsförhållande och processförutsättningar lanse-  
rade sålunda Bülow på grundval av sin uppfattning om den romerska  
formularprocessen, en uppfattning som kom att utgöra utgångspunkten  
för hans starkt dogmatiska betraktelsesätt i processuella frågor. Åt-

<sup>3</sup> Bülow s. 17. — Då Bülow förnekar processinvändningarnas existens, bör detta ses mot bakgrund av att Bülow ej betraktade förfarandet inför pretorn som process i egentlig mening (jfr nedan vid not 6).

<sup>4</sup> A. a. s. 305. Betr. bevisbördan se även Wrede s. 25 i not 9.

<sup>5</sup> Bülow s. 298 f.

<sup>6</sup> A. a. s. 293. Därmed blir också de termer Bülow lanse-  
rade skyddade mot den  
språkliga inadekvans som numera vidlåder termen rättegångshinder, jfr nedan  
s. 89 i not 5, samt Rimmelpacher: Prüfung s. 78 i not 12.

<sup>7</sup> A. a. s. 1 ff.

skillnaden mellan formell och materiell rätt var härvid av grundläggande betydelse och hade kommit till konsekvent uttryck i formularprocessens uppbyggnad. Det synes ej ens ha föresvävat Bülow att det skulle medföra några svårigheter att klart skilja mellan formell och materiell rätt på här aktuella område. I förordet till sin bok om processförutsättningarna påstår han sig ha åstadkommit "... eine *beständige* Grenzregulierung zwischen Privatrecht und Civilprocessrecht".<sup>8</sup>

Läran om processrättsförhållandet kom till en början att utgöra ett viktigt element i de tyska processualisternas systembyggande kring selskiftet<sup>9</sup> men får numera anses allmänt övergiven.<sup>1</sup> Som jag redan berört, är däremot Bülows uppfattning om vikten av åtskillnad mellan formella och materiella frågor fortfarande av stor betydelse. Termen processförutsättningar anammades snabbt inom doktrinen,<sup>2</sup> inte bara den tyska,<sup>3</sup> och togs sedermera utan närmare motivering bl. a. upp i förarbeten till vår gällande rättegångsbalk.<sup>4</sup> Medan den *dogmatiska* utgångspunkten för Bülows uppfattning är allmänt övergiven, präglar således de praktiska konsekvenserna av hans synsätt fortfarande i hög grad gällande rätt. Jag skall återvända till detta förhållande längre fram.<sup>5</sup> Vad jag närmast skall undersöka är om skillnaden mellan formell och materiell rätt verkligen kan antagas ha varit av praktisk betydelse under formularprocessen, eller om läran om processförutsättningarna även saknar den *historiska* förankring Bülow påstod föreligga.<sup>6</sup>

<sup>8</sup> Bülow i förordet s. VI, min kurs.

<sup>9</sup> Rümelin i AcP 103 (1908) s. 12 och Wrede s. 38, jfr nedan s. 71 f.

<sup>1</sup> Jfr Hassler i SvJT 1963 s. 83, se dock Kallenberg (II s. 1292 f, se även nedan s. 87 i not 7 a. st.) som så sent som 1935 bekände sig till läran om processrättsförhållandet, jfr även Lüke i ZZP 1963 s. 29 och Nakano i ZZP 1966 s. 99 ff.

<sup>2</sup> Se t. ex. Wetzell (3:e uppl. 1878 s. 136 not 92), som prisar Bülows arbete.

<sup>3</sup> Jfr härom ovan s. 23 ff.

<sup>4</sup> Se nedan s. 81 f.

<sup>5</sup> Se nedan s. 89 ff i kap. 5 och i viss mån även därpå följande kapitel.

<sup>6</sup> Formularprocessen är det enda historiska exempel Bülow anför till stöd för sin teori om processrättsförhållandet och processförutsättningarna, jfr Schott s. 67.

## Kapitel 3

# VAR SKILLNADEN MELLAN FORMELL OCH MATERIELL RÄTT AV BETYDELSE UNDER FORMULARPROCESSEN?

Avsikten med detta kapitel är ej att redogöra för hur Bülow's arbete rent allmänt mottagits i den romerskrättsliga doktrinen.<sup>1</sup> I stället skall jag med utgångspunkt från denna doktrin diskutera om man i den romerska formularprocessen kan skönja några praktiska konsekvenser av en eventuell åtskillnad mellan formell och materiell rätt. Att Bülow ansåg detta vara fallet har understrukits i det föregående. Någon samlad framställning som tar sikte på att visa motsatsen känner jag ej till. Jag skall därför försöka utnyttja vissa resultat inom senare rättshistorisk forskning till att diskutera Bülow's uppfattning mera i detalj. Några direkta studier av omtvistade romerskrättsliga källställen har jag däremot ej bedrivit.

### 1. Allmänt om förfarandet

Redan vid den första inställelsen inför pretorn hade käranden<sup>2</sup> att presentera utkast till en formula.<sup>3</sup> Efter att ha försökt förlika parterna, prövade pretorn den föreslagna formulans tillämplighet på kärandens fall. Härefter avgav pretorn muntligen ett dekret,<sup>4</sup> som antingen innebar att han tillät fortsatt prövning av kärandens anspråk (*actionem dare*)<sup>5</sup> eller att han vägrade detta (*actionem denegare*). Om *denegatio*

<sup>1</sup> Se härom översikter hos Wrede s. 39 f och Schott s. 13 ff. — Här kan dock inflikas, att Bülow's romerskrättsliga forskning knappast kan uppfattas som en utflykt till ett för honom främmande ämnesområde: Bülow var vid tiden för publiceringen "ordentlicher Professor des Civilprocess — und des römischen Civilrechts an den Universität zu Giessen".

<sup>2</sup> Denna term, liksom övriga på den romerska processen applicerade moderna processrättsliga uttryck, används naturligtvis endast i ungefärlig betydelse, jfr Bekker: Streiffragen s. 374. Och då jag talar om formella frågor etc. menar jag — om ej annat framgår av sammanhanget — omständigheter som vi idag systematiserar under denna beteckning.

<sup>3</sup> Wlassak: Prozessformel s. 57 ff. Ang. förhållandet att parterna tog aktiv del i formulans utformning, se även Wenger: Praetor s. 28 och 33.

<sup>4</sup> Wenger: Praetor s. 41 not 2.

<sup>5</sup> Dare = *permittere* (Wlassak: Prozessformel s. 163 f.) *Actio* i detta sammanhang = förhandling (Wlassak: Einrede s. 44). Enligt Schott s. 144 f, bör däremot *dare actionem* översättas med "giva en formula".

ej skedde, och svaranden ej heller motsatte sig fortsatt rättegång — vilket torde ha varit mindre vanligt, då en sådan vägran eller passivitet bl. a. kunde leda till att svaranden betraktades som "indefensus"<sup>6</sup> — sökte parterna och pretorn gemensamt komma fram till en formula, som kunde bilda grundval för förfarandet och avgörandet apud iudicem. Och om enighet härvidlag uppnåddes — och denegatio således ej behövde tillgripas — avslutades förfarandet in iure med *litis contestatio*, vars betydelse och innebörd varit föremål för en omfattande diskussion. Här skall endast erinras om att den tidigare, av Wlassak hävdade, åsikten går ut på att betona *litis contestatio*s "Vertragscharakter", medan man numera verkar vara mer benägen att framhålla pretorns roll i sammanhanget och i viss mån fränkänna *litis contestatio* den avgörande betydelse den tidigare tillmätts. För Bülow var *litis contestatio* det moment i förfarandet, varigenom processrättsförhållandet konstituerades.<sup>7</sup>

Den lekmannadomare,<sup>8</sup> *judex*, som ledde den andra delen av förfarandet, utsågs officiellt av pretorn, men valet skedde i allmänhet i enlighet med parternas önskemål.<sup>9</sup> På grundval av pretorns "judifikationsbefallning" förpliktades lekmannen att åta sig domaruppgiften. Genom denna pretorns auktorisation av *judex* blev även den andra delen av förfarandet "statlig" och kom härigenom att skilja sig från privata skiljeförfaranden.<sup>1</sup>

Formulan angav de förutsättningar, under vilka *judex* skulle bifalla resp. ogilla käromålet, och bildade sålunda utgångspunkt för förfarandet apud iudicem. Eftersom *judex* var underställd pretorn ansågs han inte kunna ta hänsyn till omständigheter som ej angivits i formulan, en princip som dock ej torde ha gällt utan undantag.<sup>2</sup> Förfarandet apud iudicem var kontradiktoriskt och präglades av muntlighet, omedelbar-

<sup>6</sup> Se härom Keller s. 325 ff. Ang. sanktioner mot illojal processföring, se Kaser s. 212 och Gaudemet s. 631 f.

<sup>7</sup> Bülow s. 296. Betr. diskussionen kring *litis contestatio*, se Jahr: *Litis Contestatio* (1960), Wenger: *Institutionen* s. 165 f och s. 131 med noterna 17 och 18 samt Gaudemet s. 637 ff.

<sup>8</sup> Ofta gavs naturligtvis domaruppdraget till samma personer, varigenom dessa lekmän kom att bli väl insatta i juridisk problematik. Bekker (*Streitfragen* s. 37 not 1) antyder rent av att *judex* kunde vara överlägsen pretorn som jurist, ej heller pretorn var ju yrkesdomare i modern mening. Såväl pretorn som *judex* omgav sig dock i allmänhet med ett "consilium", vari ingick en eller flera yrkesjurister, jfr Anners: *Europas rättshistoria* 1 s. 41 och Gaudemet s. 613 och 639.

<sup>9</sup> Grenander s. 23.

<sup>1</sup> Wenger: *Abriss* s. 377.

<sup>2</sup> Keller s. 165. Se vidare nedan s. 49 och 52.

het och offentlighet.<sup>3</sup> Fri bevisprövning tillämpades.<sup>4</sup> Det var åtminstone under formularprocessens första skede ej möjligt att angripa domen (sententia) med något ordinärt rättsmedel.<sup>5</sup>

## 2. Kompetensfördelningen mellan pretor och judex

Enligt Bülow rådde, som inledningsvis omtalats, en strikt *kompetensfördelning mellan pretor och judex*. Pretorn hade således uteslutande att avgöra formella frågor — framför allt processförutsättningarna — medan judex enbart handlade och avgjorde materiella frågor:

”Die Zweitheilung des römischen Civilgerichtsverfahrens beruht auf einem innerlichen, qualitativen Unterschiede des processualischen Verhandlungsstoffes. Sie gründet sich auf den Gegensatz, in welchen die eine desselben, der *Thatbestand des Processverhältnisses*, zu der anderen, dem *Thatbestand des materiellen Streitverhältnisses*, tritt. Die erstere Hälfte, die *Processvoraussetzungen*, bildete den ausschliesslichen Gegenstand des in iure vor sich gehenden *Vorbereitungsverfahrens* und wurde hier ohne jede *Ausnahme vollständig und endgültig absolvirt*. Für das Hauptverfahren, in iudicio, blieb bloss die Verhandlung und Entscheidung über das materielle Streitverhältniss übrig.”<sup>6</sup>

Denna princip för tudelningen av förfarandet är den bärande tanken i Bülows arbete. Går den att förena med senare rättshistorisk forskning?

### A. Förfarandet in iure

Så långt har Bülow fått stå oemotsagd att det allmänt anses att formella spörsmål *kunde* avhandlas och avgöras in iure.<sup>7</sup> Men ägnades

<sup>3</sup> Jfr Grenander s. 26.

<sup>4</sup> Anners: Europas rättshistoria 1 s. 41.

<sup>5</sup> Se nedan s. 67 ff.

<sup>6</sup> Bülow s. 289.

<sup>7</sup> Så t. ex. Keller s. 256 ff och Schott s. 25 f. — Wenger (Institutionen s. 95 och Abriss s. 374) använder sig i detta sammanhang på så sätt av Bülows terminologi, att han som denegationsgrund bl. a. anger brist i ”processförutsättningarna”. Jfr Jahr s. 68, som även han applicerar en liknande terminologi på den romerska formularprocessen, ”... das frühere Verfahren ist primär Prozesshinderniss”, vilket f. ö. stämmer mindre väl överens med att frågan om rättskraft kunde intagas i formulan och avgöras apud iudicem, se nedan s. 53 f.

förfarandet in iure *enbart* sådana frågor? Kunde materiella frågeställningar avhandlas och avgöras endast apud iudicem?

Man kan utgå från att den materiella frågan åtminstone var föremål för *uppmärksamhet* redan in iure. Förutom det förhållandet att prövning av en processuell fråga kan kräva kännedom även om den materiella,<sup>8</sup> skall här endast erinras om att en stor del av förfarandet in iure förmodligen ägnades åt förhandlingen om formulans utformning.<sup>9</sup> Härvid torde ha krävts att den materiella frågan penetrerades tämligen ingående. Redan valet av tillämplig formula innefattar ju ett ställningstagande i rättsfrågan och utgör följaktligen i viss mening ett materiellt avgörande.<sup>1</sup> Och det var ej endast kändens talan som måste klargöras utan även svarandens; för att kunna beaktas apud iudicem skulle åtminstone vissa av de invändningar denne hade mot kändens anspråk vara infogade i formulan.<sup>2</sup> Pretorn hade alltså även att ta ställning till invändningarnas rättsliga betydelse.

Men har Bülow haft rätt åtminstone så långt som att — även om förhandling om den materiella frågan visserligen förekom i viss utsträckning — skillnaden mellan formell och materiell rätt kom till uttryck på så sätt att den materiella frågan ej fick *avgöras* in iure? Kunde denegatio ej ske på materiell grund?<sup>3</sup>

Längst från Bülow står Schott, som — i linje med sin uppfattning att pretorns denegationsrätt var *oinskränkt*<sup>4</sup> — anser att denegatio även kunde ske på materiella grunder. Som exempel härpå anför Schott att denegatio kunde grundas på att svaranden inför pretorn erbjöd sig betala vad kändanden begärde eller att kändens anspråk var "contra bonos mores".<sup>5</sup>

Vad gäller materiella denegationsgrunder av detta slag har Schott rönt instämmanden från flera håll.<sup>6</sup> Emellertid är dessa omständigheter av sådant slag att man med ett dogmatiskt betraktelsesätt skulle

<sup>8</sup> Jfr Wlassak: Praescriptio s. 100.

<sup>9</sup> Jfr Bülow s. 288.

<sup>1</sup> Jfr Olivecrona: Rätt och dom s. 154 och nedan s. 47.

<sup>2</sup> Jfr vidare nedan s. 49 ff. — Som exempel på pretorns materiella processledning kan nämnas pretorns frågor till svaranden: "interrogationes in iure", jfr Gaudemet s. 132.

<sup>3</sup> Bülow s. 288 ("... in iure zur keiner Feststellung des status causae et controversiae kam ..."). Jfr dock a. a. s. 127 not 8, där Bülow betecknar det som självklart att denegatio kunde ske om kändanden medgav det svaranden ville ha infört i formulan som en exceptio. Wrede (s. 41) synes anta att Bülow har denna uppfattning, men verkar ej ha uppmärksammat att den finns klart uttalad i Bülow's eget arbete. Se även Schott s. 13 not 26.

<sup>4</sup> Se t. ex. Schott s. 124.

<sup>5</sup> Schott s. 68 ff.

<sup>6</sup> Se t. ex. Wlassak: Einrede s. 36 och Wenger: Institutionen s. 126.

kunna hävda att de samtliga är av formell natur; så t. ex. att käranden i de angivna fallen ej har något giltigt "rättsskyddsanspråk" och att det således i själva verket är fråga om bristande processföresättningar.<sup>7</sup> Denegatio skulle då trots allt ske på formella grunder även i dessa fall.

Trots det intresse man numera tillmäter distinktionen mellan formell och materiell rätt, är de grunder för denegatio jag senast diskuterat även idag systematiskt svårplacerade. Detsamma kan sägas om rättskraftsfrågor. Men rättskraften kan ändå tas till intäkt för att det ej gällde någon kompetensfördelning mellan pretor och iudex på det sätt Bülow gjorde gällande. Att saken var res iudicata kunde nämligen läggas till grund för ett avgörande såväl in iure som apud iudicem,<sup>8</sup> något som svårligen låter sig förenas med den av Bülow lanserade principen för tudelningen av förfarandet. Anledningen till att Bülow ej berört detta förhållande torde vara att han med sitt arbete främst avsåg att vederlägga processinvändningsläran, som bl. a. grundade sig på uppfattningen att vissa *dilatoriska* exceptiones var av processuell natur. Och eftersom rättskraftsinvändningar är *peremptoriska* intresserade sig Bülow ej för dem i förevarande sammanhang.<sup>9</sup>

För samtliga hittills diskuterade denegationsgrunder torde man kunna finna förespråkare för att de icke är att hänföra till materiell utan till formell rätt. Men var då pretorns möjlighet att avgöra "materiella" frågor begränsad till spörsmål av den typ som hittills berörts? Schott anser inte det: "Der Prätor konnte vielmehr auch vom sog. materiellen Streitverhältniss alles, was er wollte, in iure schon untersuchen und daraufhin eventuell die Denegatio aussprechen."<sup>1</sup> Och enligt Schott var pretorn härvid ej hänvisad till lättbedömbara fall utan även en ingående saklig prövning var möjlig.<sup>2</sup>

Det får numera anses vara den förhärskande meningen att denegatio kunde ske också på materiella grunder,<sup>3</sup> även om inte alla har accepte-

<sup>7</sup> Jfr Lüke i ZZP 1963 s. 21 och Simshäuser s. 165. — Här bör dock nämnas att alla rättsskyddsföresättningar ej är formella, se Olivecrona: Rätt och dom s. 381 och Kallenberg: Föreläsningar 2 s. 65 i not 2.

<sup>8</sup> Se Wenger: Institutionen s. 168 ff och nedan s. 53 f. Detsamma synes ha gällt saklegitimationsfrågor, a. a. s. st.

<sup>9</sup> Av Bülows framställning framgår dock indirekt att han anser rättskrafts- och saklegitimationsfrågor vara att hänföra till materiell rätt. — Beträffande uttrycken *dilatorisk* och *peremptorisk*, se ovan s. 33 f och nedan s. 73 ff samt Bülow s. 74 f och 290 ff.

<sup>1</sup> Schott s. 67. — Se även ovan s. 44 i not 3 betr. medgivande.

<sup>2</sup> Schott s. 86.

<sup>3</sup> Se — förutom nedan i not 4 anförda arbeten — t. ex. Gaudemet s. 634 f och Rimmelpacher: Prüfung s. 94 med not 142, jfr även Agge s. 67 f i not 3. Vad gäller äldre litteratur, se t. ex. Pauly—Wissowa: art. "denegare actionen" och Goldschmidt s. 6 f med not 39.

rat den av Schott lanserade uppfattningen helt och hållet.<sup>4</sup> Vidare förefaller det som om pretorn brukade överlåta till judex att avgöra den materiella frågan då denna krävde omfattande bevisning, medan denegatio följde om käromålet var uppenbart oggrundat.<sup>5</sup>

Emellertid förelåg det såtillvida en inskränkning i pretorns möjlighet att avgöra den materiella frågan, att han endast kunde åstadkomma ett definitivt avgörande *till förmån för svaranden*. För den händelse pretorn ansåg kärandens anspråk befogat och svarandens invändningar grundlösa, kunde rättegången ej avslutas redan in iure; ett positivt utslag i själva saken var sålunda ej möjligt under detta skede av processen. Käranden var tvungen att fortsätta rättegången inför judex.<sup>6</sup> Pretorn kunde emellertid, i de fall han ansåg svaranden uppenbarligen sakna fog för en invändning, bana väg för ett förfarande apud iudicem med nära nog endast en möjlig utgång. Genom att vägra svaranden en exceptio av det innehåll denne begärde blev ju processens utgång apud iudicem i vissa fall så gott som bestämd på förhand.

Det kan vidare påpekas, att blott ett *antagande* om att käromålet var oberättigat stundom kan ha varit den faktiska orsaken till denegatio. Antag t. ex. att svaranden framställde en materiell invändning, som pretorn visserligen fann skäl att införa i formulan, men ej ansåg tillräckligt styrkt för att omedelbart kunna resultera i denegatio. Om käranden då vägrade att acceptera en formula med en exceptio av ifrågasvarande innehåll, torde pretorn ha blivit tvungen att tillgripa denegatio.<sup>7</sup> Litis contestatio förutsatte ju enighet mellan parterna ifråga om formulans innehåll och utformning.<sup>8</sup> På så sätt kunde denegatio även grundas på en *påstådd*, men ej utbredd, materiell brist i kärandens talan.

På några ställen i litteraturen<sup>9</sup> anges som grund för denegatio att det ej fanns någon formula som motsvarade kärandens anspråk. Under den romerska formularprocessens tidigare skeden torde så ofta ha varit fallet. Möjligheterna till processuell prövning med utsikt till bifall synes dock med tiden ha ökat i väsentlig utsträckning. Av särskilt intresse härvidlag är att pretorn i kraft av sitt imperium kunde tillskapa

<sup>4</sup> Wlassak (Einrede s. 6 not 5) synes dock i stort sett ha anslutit sig till Schott, så även Wenger: Praetor s. 54.

<sup>5</sup> Wlassak a. a. s. 29, Schott s. 90 och Gaudemet s. 635.

<sup>6</sup> Eftersom rättskraft inträdde först vid litis contestatio (nedan s. 57 ff) skulle ett avgörande, som fällt dessförinnan, naturligtvis ej heller ha ägt samma värde för käranden som en sententia.

<sup>7</sup> Jfr Wenger: Praetor s. 9 och 31.

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 41 f.

<sup>9</sup> Se t. ex. Wenger: Institutionen s. 98 f, Gaudemet s. 634 och Anners: Europas rätts historia 1 s. 39.

en ny formula och därigenom göra ett faktum eller händelseförlopp, som tidigare saknat rättslig betydelse, användbart som processunderlag.<sup>1</sup> I vilken omfattning pretorn ägde denna möjlighet är emellertid oklart.

Pretorns befogenhet att tillskapa en ny formula för ett anspråk, som tidigare ej varit möjligt att genomdriva på processuell väg, liksom hans möjlighet att av billighetsskäl denegera även då det fanns en för kärandens anspråk avsedd formula,<sup>2</sup> tjänade som en anpassning av gällande rätt till nya förhållanden och värderingar.<sup>3</sup> Avsaknaden av en passande formula synes utgöra ytterligare ett exempel på denegationsgrunder som svårligen låter sig klasificeras som en formell brist. Åtminstone enligt dagens sätt att se har vi här att göra med en materiell fråga, som kan göras till föremål för en rättsinvändning. Har svaranden framgång med en invändning om att åberopade rättsfakta ej har påstådd rättslig betydelse skall ju käromålet ogillas.<sup>4</sup> Och att denegatio följde även i sådana fall innebär alltså enligt vårt sätt att se ytterligare ett belägg för att materiella frågor inte bara kunde handläggas utan även avgöras redan *in iure*.<sup>5</sup>

### B. Förfarandet *apud iudicem*

I detta avsnitt skall jag diskutera huruvida den av Bülow lanserade principen för tudelning av förfarandet ägde giltighet vad beträffar förfarandet *apud iudicem* eller m. a. o. om inte formella frågor förekom också på detta stadium av processen. Dessförinnan bör emellertid området för *judex'* verksamhet beröras i ett mera allmänt avseende.

Det är en vanlig uppfattning att förfarandet *apud iudicem* främst ägnades åt bevisfrågor och att *judex'* huvuduppgift var att bedöma den bevisning parterna förebringade.<sup>6</sup> Här finns emellertid anledning att peka på några omständigheter, som torde ha bidragit till att komplicera den andra delen av förfarandet.

Förfarandet *apud iudicem* var naturligtvis starkt beroende av hur pass noggrant målet förberetts inför pretorn och i vilken utsträckning det förberedande förfarandet avspeglat sig i formulan — pretorns

<sup>1</sup> Wenger: Institutionen s. 99, 126 och 152.

<sup>2</sup> Jfr Wenger: Praetor s. 103 med där anförd litteratur samt ovan s. 44.

<sup>3</sup> Jfr "equity" i engelsk rätt, Cappelletti s. 29 ff och Annens i Kompendium i romersk rätt s. 2 ff.

<sup>4</sup> Se dock nedan s. 193 ff.

<sup>5</sup> Så synes f. ö. ha varit fallet redan under legisactioprocessen, se Keller s. 177, jfr Endemann s. 640.

<sup>6</sup> Se t. ex. Ekelöf: Grundbegrepp s. 160 med där angiven litteratur, jfr Wenger: Institutionen s. 183 och Olivecrona: Rätt och dom s. 154.

kommunikation med judex.<sup>7</sup> Formulans betydelse som processprogram apud iudicem understryks ytterligare av att judex ej ägde att gå in på omständigheter som ej angivits i formulan, även om undantag förekom från denna princip.<sup>8</sup> Vidare var parternas möjligheter att ändra sina yrkanden och åberopanden begränsade.<sup>9</sup> Formulan framstår till följd härav som ett hypotetiskt bifall till käromålet med endast bevisfrågorna obesvarade. För att fylla dessa anspråk måste den emellertid vara utförlig, entydig och väl anpassad till den aktuella rättssvisten. Uppfyllde formulan dessa krav?

De flesta formler synes ha varit relativt kortfattade — ofta endast en eller ett par meningar förutom sedvanliga inledningsfraser.<sup>1</sup> Av bevarade formler att döma synes man ej ens alltid ha angivit grunden för käromålet i formulan.<sup>2</sup> Och även om man ej är beredd att acceptera uppfattningen, att formlerna genomgående var starkt schabloniserade och tämligen intetsägende,<sup>3</sup> finns det anledning att erinra sig att den formula pretorn valde i det speciella fallet oftast var hämtad ur ett "album", ur ett förråd av allmänt erkända formler. Den omständigheten att pretorn hade möjlighet att tillskapa en helt ny formula kan inte undanskymma att de flesta formler ägt en tämligen vidsträckt tillämplighet och snarare tjänat som ett återgivande av gällande rättsregler än som ett individuellt utformat processprogram. Formulan var för judex ungefär vad lagtexten är för en domare i modern tid.<sup>4</sup>

Det må vidare understrykas att vad som i formulan ytligt sett kan ha framstått som en ren bevisfråga i själva verket även kan ha inrymt en invecklad rättsfråga. En formula avseende köp besvarar visserligen frågan hur judex skall döma om han finner utrett att ett köpeavtal ingåtts. Det kan emellertid väl tänkas fall, då samtliga omständigheter kring

<sup>7</sup> Över förfarandet in iure upprättades troligen även ett protokoll, Wlassak: Prozessformel s. 185 och 199 samt Wenger: Praetor s. 27. Huruvida judex regelmässigt ägde taga del av dess innehåll synes dock ovisst.

<sup>8</sup> Jfr nedan s. 49 f.

<sup>9</sup> Ekelöf a. a. s. 159.

<sup>1</sup> Så t. ex. "Titius iudex esto. Si paret N.MN.MA.ºA.ºC dare oportere, N.MN.MA.ºA.ºC condemnato, si non paret absolvito." (Wenger: Institutionen s. 133). Annerns (Kompendium i romersk rätt s. 3) synes dock anse att formulan noggrant återgav den aktuella konflikten.

<sup>2</sup> Jfr t. ex. de hos Dulceit s. 152 ff återgivna exemplen, se även Gaudemet s. 635 med i not 2 angivna hänvisningar till Wlassak. — Å andra sidan kunde formulan i vissa fall innehålla en avsevärd precisering av parternas åberopanden och invändningar i form av exceptio, replicatio, duplicatio, triplicatio etc., jfr nedan s. 51 ff och Annerns: Europas rättshistoria 1 s. 39.

<sup>3</sup> Se t. ex. Bülow s. 288.

<sup>4</sup> Jfr ovan s. 44. — Beträffande skillnaden mellan aktionssystem (processtypssystem), som t. ex. det romerska, och rättighetssystem, se Annerns: Europas rättshistoria 1 s. 35 f och ovan s. 24 f.

parternas mellanhavande visserligen är fullt klarlagda, men frågan huruvida vad sålunda framkommit konstituerar ett köp i den mening formulan avser, ändå inte låter sig besvaras utan vidare. Parternas avtal kan t. ex. ha drag av såväl pantsättning som köp, och detta kan framkomma först genom den apud iudicem förebragta bevisningen. Efter bevisbedömningen återstår det då för judex att avgöra om de rättsfakta, som han har att lägga till grund för domen, enligt hans uppfattning konstituerar ett köp i formulans mening eller om han — trots att så icke är fallet — ändå skall bifalla käromålet i enlighet med formulan. Oavsett vilken metod judex härvid använde sig av, synes hans juridiska verksamhet inte alltid ha kunnat inskränkas till enbart bevisvärdering.<sup>5</sup> Formulan torde i de flesta fall ej ha varit utformad på ett sådant sätt att detta var möjligt.

Vidare förutsattes inte att alla frågeställningar skulle vara angivna i formulan, även om man i huvudsak strävade i denna riktning. Sålunda anses svaranden i viss — i litteraturen ej preciserad — omfattning ha kunnat framställa "rättsförnekande, rättsupphävande och rättshindrande" invändningar apud iudicem, även om de ej angivits i formulan.<sup>6</sup> Vad gällde vissa rättsfakta ålåg det således judex inte bara att upptaga och bedöma bevisning kring dem utan även att avgöra deras rättsliga betydelse.<sup>7</sup> Och inte nog härmed, judex tvingades även att avgöra om invändningen i det enskilda fallet fick framställas utan att ha varit införd i formulan. Judex måste ägna sig åt rättstillämpning på ungefär samma sätt som en modern domare.<sup>8</sup>

Det finns således en hel del som talar för att judex' verksamhet sträckte sig längre än till enbart bevisvärdering. Var då denna verksamhet helt inriktad på materiella frågor? I föregående avsnitt har jag kunnat konstatera att Bülows princip för tudelning av förfarandet sannolikt är oriktig vad gäller förfarandet in iure; även vissa *materiella* frågor kunde handläggas och avgöras under detta stadium av proces-

<sup>5</sup> Judex hade naturligtvis även att avgöra bevisbördefrågor, jfr nedan i not 8 och s. 62 f.

<sup>6</sup> Jfr Wenger: Institutionen s. 127 f. — Det ligger måhända nära till hands att sätta denna möjlighet i samband med frågan om invändningen stödde sig på gällande civilrätt (jus civile) och anta att invändningen måste infogas i formulan endast om så ej var fallet. Som jag skall återkomma till nedan (s. 52) synes det dock ha varit andra — av mig okända — principer som var bestämmande härvidlag.

<sup>7</sup> Jfr Kaser s. 273.

<sup>8</sup> I denna riktning talar även att judex kunde införskaffa yttrande (responsum) från auktoriserade yrkesjurister och att han omgav sig med ett consilium, vari yrkesjurister brukade ingå (se ovan s. 42 not 8), något som förefaller överflödigt om verksamheten endast bestod i bevisvärdering.

sen. Men är då Bülow's uppfattning åtminstone såtillvida riktig att *formella frågor* ej kunde förekomma eller avgöras *apud iudicem*? Hade Bülow rätt då han påstod att processförutsättningarna "... ohne jede Ausnahme vollständig und endgültig (in iure) absolviert (wurden)"?<sup>9</sup>

Schott har i så måtto givit Bülow rätt att det även enligt hans förmenande fanns några formella frågor som endast fick avgöras in iure, så t. ex. domstolens kompetens och parternas processbehörighet.<sup>1</sup> Antag nu att en sådan fråga aktualiseras först efter *litis contestatio*.<sup>2</sup> Enligt Schott skulle *iudex* i så fall avhålla sig från vidare befattning med målet; gjorde han det ej utan avkunnande dom blev denna ogiltig.<sup>3</sup>

Antag emellertid att svaranden först *apud iudicem* framställer en helt grundlös invändning av nyssnämnt slag; han påstår t. ex. att käranden är underårig, trots att så uppenbarligen ej är fallet. Det förefaller föga troligt att *iudex* i ett sådant läge skulle känna sig tvungen att avbryta förfarandet och avhålla sig från vidare befattning med målet. Svaranden skulle ju då genom att framställa ogrundade processuella invändningar *apud iudicem* kunna göra det omöjligt för käranden att få till stånd en giltig dom.<sup>4</sup> Följer *iudex* den skisserade principen och avhåller sig från vidare befattning med målet, måste käranden börja om från början och på nytt avhängiggöra sitt anspråk hos *pretorn*.<sup>5</sup> Och eftersom käranden måste genomdriva även ett förfarande *apud iudicem* för att kunna få bifall till sin talan,<sup>6</sup> kan svaranden vid detta andra försök inför *iudex* på nytt framställa samma — eller om detta ej skulle vara möjligt — någon annan grundlös processuell invändning. På så sätt skulle svaranden kunna fördröja ett slutligt avgörande hur länge som helst.

Det förefaller följaktligen knappast sannolikt att domen blev ogiltig om *iudex* befattat sig med en formell fråga genom att lämna en uppenbart ogrundad invändning utan avseende, dvs. om han ogillat en pro-

<sup>9</sup> Bülow s. 289 (återgivet ovan s. 43).

<sup>1</sup> Schott s. 26 ff, se även Bülow s. 77 och Wlassak: Prozessformel s. 200 f.

<sup>2</sup> Wenger (Praetor s. 84 not 3) synes förutsätta, att vissa formella frågor kunde aktualiseras först *apud iudicem*, men avstår uttryckligen från att gå närmare in på frågan om "processförutsättningarna".

<sup>3</sup> Schott s. 28, jfr Goldschmidt s. 8 och 65 ff.

<sup>4</sup> Fall kan naturligtvis förekomma, då även *käranden* kan tänkas vilja utnyttja denna möjlighet, så t. ex. om käranden först efter *litis contestatio* kommer till insikt om att han är på väg att förlora målet och därför vill ha tid att undanröja den brist som vidlåder hans talan.

<sup>5</sup> I och för sig skulle man kunna hävda att ett andra försök var omöjligt på grund av att *litis contestatio* kommit till stånd; rättskraft inträdde ju redan på detta stadium av processen. Jfr dock nedan s. 55 f om *praescriptio*.

<sup>6</sup> Jfr ovan s. 46.

cessinvändning enligt vårt sätt att uttrycka saken.<sup>7</sup> Är denna förmodan riktig urholkas emellertid i väsentlig grad Bülows grundläggande princip att formella frågor aldrig avgjordes apud iudicem. Svarandens nyss antydda kollusionsmöjligheter torde ha avhållit iudex från att schablonmässigt återförvisa alla formella spörsmål till pretorns prövning.

Fanns det då någon annan möjlighet att — om man nu ansåg detta önskvärt — förhindra att formella frågor blev föremål för bedömning först på ett sent stadium av processen? Bülows princip framstår ju ej som sannolik, om det inte fanns medel att förhindra att formella frågor kom upp först efter litis contestatio. Ja, vad som närmast kommer i åtanke härvidlag är den i våra dagar vanliga metoden att låta vissa invändningar få rättslig betydelse endast om de framställs redan i processens början, eller m. a. o., att tillämpa den s. k. eventualmaximen.<sup>8</sup> Men eventualmaximen torde ha införts först i justiniansk rätt, och härvid blev inte distinktionen mellan formella och materiella frågor utan skillnaden mellan dilatoriska och peremptoriska invändningar avgörande.<sup>9</sup> Man torde under formularprocessens tid överhuvudtaget ej ha haft processuella medel att framtvinga den av Bülow antagna ordningen i samma utsträckning som numera är fallet.<sup>1</sup>

Men om man nu inte kunde *förhindra* att formella frågor kom under iudex' bedömande, *försökte* man då inte åtminstone att i görligaste mån avgöra dem in iure? Eller existerade det även fall, då man *avsiktligt* hänsköt en processuell fråga till bedömning apud iudicem? Och om så var fallet, i vilken utsträckning hade pretorn denna möjlighet?

<sup>7</sup> En annan fråga är i vilken utsträckning domen blev ogiltig, om det verkligen förelegat en brist av ifrågavarande slag, dvs. om iudex (eller pretorn) felaktigt lämnat invändningen utan avseende eller frågan aldrig aktualiserats. Se härom nedan s. 69 f.

<sup>8</sup> Se t. ex. RB 34: 2. Jfr ovan s. 35 f.

<sup>9</sup> Wenger: Institutionen s. 280 f och Wetzell s. 965. A. m. Ekelöf: Grundbegrepp s. 161 not 13. — Eventualmaximen kan f. ö. knappast tillämpas vid alla invändningar. Om man t. ex. anser att en fysisk person bör besitta vissa andliga resurser för att kunna anförtros processbehörighet, skulle det vara inkonsekvent att fästa avseende vid en brist i processbehörigheten blott om samma person förmår sköta sin processföring på ett exemplariskt sätt genom att i rätt tid framställa invändning. Vidare skulle en generell eventualmaxim de facto förvandla indispositiva regler till dispositiva och parterna således få möjlighet att disponera över intressen som de ej representerar. Däremot möter det inte samma betänkligheter att — som enligt RB — tillämpa en eventualmaxim i så måtto, att tiden för framställande av invändning får betydelse för rätten till särskilt avgörande och särskild fullfölj, eller m. a. o. för invändningens processhindrande effekt.

<sup>1</sup> Således kunde t. ex. ej heller ersättning för rättegångskostnader utdömas (Kaser s. 288). Beträffande processuella sanktioner se även ovan s. 42 med not 6.

För att vara säker på att en invändning beaktades och avgjordes apud iudicem hade pretorn att infoga frågeställningen i formulan.<sup>2</sup> Detta kunde ske på i huvudsak två sätt: genom en *exceptio* eller genom en *praescriptio*.<sup>3</sup> Frågan blir då om dessa beståndsdelar i formulan kunde avse invändningar av processuell natur.

*Exceptio* användes när svaranden visserligen inte förnekade att intentio, dvs. processtypen eller, från våra utgångspunkter, rättighetstypen, var aktuell i och för sig — t. ex. att ett köpeavtal ingåtts eller att det förelåg en försträckning — men ändå önskade framställa en sådan invändning som måste infogas i formulan för att kunna beaktas apud iudicem, t. ex. att han fått uppskov med fullgörande av sin prestation.<sup>4</sup> Det är dock, som jag tidigare påpekat, oklart när så var fallet; vissa invändningar ansågs vara så nära förknippade med intentio, att de ej behövde införas i formulan för att kunna beaktas apud iudicem.<sup>5</sup> Jag har ej kunnat få klarhet i hur man drog gränsen i detta avseende.

Alltnog, *exceptio* hade sin plats i formulan efter intentio och om den senare kan sägas ha angivit de positiva förutsättningarna för "condemnatio", angav *exceptio* de negativa; så t. ex. ". . . Om A föreligger (intentio), och om B ej föreligger (*exceptio*), så skall du, domare, döma X att betala . . ." (condemnatio).

Som tidigare nämnts, ägnar Bülow huvuddelen av sitt arbete åt att visa att alla dilatoriska exceptiones hade materiellt innehåll, detta i linje med att alla processuella frågor enligt Bülow avgjordes redan in iure. Bülow inriktade sig härvid naturligtvis i första rummet på de dilatoriska exceptiones som enligt processinvändningsläran grundades på formella brister. Enligt Bülow gällde t. ex. *exceptio procuratoria* och *exceptio cognitoria* (ställföreträdar- och fullmaktsfrågor) ej formella brister i kärandens talan.<sup>6</sup> Processuella representanter hade ej, anser

<sup>2</sup> Se ovan s. 48 f.

<sup>3</sup> Jfr dock även den ovan s. 48 i not 2 antydda möjligheten.

<sup>4</sup> Keller s. 167 och Wenger: Institutionen s. 145.

<sup>5</sup> Jfr ovan s. 49 och nedan s. 60 f. — Enligt Keller a. st. var det vid somliga actiones överflödigt, eller rent av felaktigt, att införa en *exceptio* av visst innehåll, eftersom det var underförstått att actio gällde endast för det fall att underlag ej fanns för invändningen ifråga, så kunde t. ex. *exceptio doli* ej förekomma vid actio venditi. Här kan nämnas, att *exceptio* visserligen bl. a. användes för att genombryta den stränga ius civile (jfr ovan s. 49 i not 6 och Olivecrona: Rätt och dom s. 154) och således var ett led i pretorns rättsskapande verksamhet, eller en anknytning till tidigare pretorers verksamhet i detta avseende. Men *exceptio* torde även ha kunnat inrymma en invändning som stödde sig på ius civile, jfr Gaude-met s. 626.

<sup>6</sup> Bülow s. 53 ff. Vissa fullmaktsfrågor betraktade Bülow f. ö. som peremptoriska, a. a. s. 70 ff.

Bülow, såsom i modern rätt huvudmannen bakom sig som part i processen utan processade i eget namn; det var snarare fråga om en processföring som s. a. s. grundade sig på överlåtelse. Invändningar av förevarande slag innebar därför ett förnekande av att det omstämda rättsanspråket övergått på motparten och gällde således — menar Bülow — saklegitimationen, dvs. en materiell fråga enligt Bülows uppfattning.<sup>7</sup> På liknande sätt "förvandlade" Bülow även andra formella exceptiofrågor till materiella. Denna metod gick däremot ej att tillämpa vad gäller *exceptio (vel praescriptio) fori*, eftersom frågan om domstolens kompetens även enligt Bülows uppfattning ovedersägligen är "eine rein processualische Frage".<sup>8</sup> Men Bülow lät sig ej hindras härav. Han ägnade i stället ett kapitel åt att visa vad som från hans utgångspunkter ter sig som den enda möjliga lösningen: "Eine echte exceptio oder praescriptio fori hat nie existiert."<sup>9</sup> Genom att pressa materialet på detta sätt sökte Bülow bevisa att inga formella frågor förekom apud iudicem.

Utan att tränga närmare in i Bülows fascinerande argumentation och kritiken mot denna kan konstateras att teorin om exceptios utslutande materiella natur ej vunnit många anhängare. Den allmänna uppfattningen är att pretorn även ägde skjuta över avgörandet av vissa processuella frågor på judex och att detta kunde ske bl. a. i form av en exceptio.<sup>1</sup>

Som ovan berörts, var Bülows undersökning inriktad på dilatoriska, dvs. tidsmässigt inskränkta eller på annat sätt reparabla invändningar i exceptioform.<sup>2</sup> Men hur var det då med invändningar, som för all framtid hindrade kärandens anspråk och som hänsköts till avgörande apud iudicem i form av en exceptio? Kunde även en sådan "exceptio peremptoria" avse en formell fråga?

En invändning, som är av intresse i detta sammanhang, är *exceptio rei iudicatae* (egentligen "exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae"). Anser man — liksom i modern svensk processrätt — att res judi-

<sup>7</sup> A. a. s. 58 och 291. — Beträffande processuella representanter, jfr Gaudemet s. 629 ff.

<sup>8</sup> Bülow s. 85.

<sup>9</sup> A. a. s. 86.

<sup>1</sup> Se sålunda Wlassak: Prozessformel s. 203 not 132, Wenger: Praetor s. 84 med not 3, Goldschmidt s. 8 och 33 samt Agge s. 67 f i not 3. Hellwig (System I s. 247) synes dock ha anslutit sig till Bülows uppfattning liksom i viss mån Wrede (s. 40 f.).

<sup>2</sup> Se ovan s. 38 f och 45. Bülow synes dock utgå från att även samtliga peremptoriska exceptiones hade materiellt innehåll, se t. ex. Bülow s. 74 och 273.

cata är en formell brist i kändens talan, har man alltså här ett belägg för att Bülow's åsikt om formularprocessen är felaktig; rättskraftsfrågor kunde ju tydligen hänskjutas till avgörande apud iudicem.<sup>3</sup> Goldschmidt grundar delvis sin kritik av Bülow's arbete på detta förhållande.<sup>4</sup> Men för Bülow förelåg inte någon motsägelse härvidlag. Han ansåg nämligen att res judicata var en materiell fråga.<sup>5</sup>

Tidigare har påvisats att pretorn troligen ägde handlägga och avgöra såväl processuella som materiella frågor. Jag har nu även kunnat konstatera att processuella frågor i viss utsträckning handlades och avgjordes av iudex, och att detta i vissa fall rent av torde ha skett på pretorns befallning genom att denne införde den formella frågeställningen i formulan som en exceptio.<sup>6</sup>

Man torde vidare kunna konstatera, att *samma brist* — t. ex. res judicata — dels kunde leda till denegatio actionis, dels ock införas som en exceptio i formulan och leda till en ogillande dom.<sup>7</sup> Valfrihet för pretorn i detta hänseende synes ha förekommit vid såväl formella som materiella frågor och ej heller skillnaden mellan peremptoriska och dilatoriska invändningar synes ha varit av någon betydelse härvidlag. Man får snarast ett intryck av att det avgörande var omfattningen av den bevisning som erfordrades för att utreda den påstådda bristen i kändens talan.<sup>8</sup>

Pretorns valfrihet kan tyckas anmärkningsvärd mot bakgrund av att rättsföljderna vid ett "ogillande" under första, respektive andra, delen av förfarandet skilde sig i väsentliga avseenden, främst ur rättskraftssynpunkt.<sup>9</sup> Som jag skall återkomma till senare, torde dock dessa differenser framstå i en mindre anmärkningsvärd dager om de ses mot bakgrund av parternas dispositionsmöjligheter under processen.<sup>1</sup>

Innan jag lämnar förfarandet apud iudicem bör även *praescriptio*

<sup>3</sup> Res judicata kunde även leda till denegatio, jfr Liebs s. 182 och ovan s. 45.

<sup>4</sup> Goldschmidt s. 31 f.

<sup>5</sup> Bülow s. 273.

<sup>6</sup> I litteraturen har tidigare hävdats, att pretorn denegerade i de fall bristen skulle beaktas ex officio och överlät avgörandet på iudex i de fall, då en prövning förutsatte invändning från svarandens sida. Även denna åsikt synes emellertid vara övergiven, se Keller s. 175 not 390, jfr dock Liebs s. 182.

<sup>7</sup> Se ovan s. 45, Keller s. 175, Weiss s. 207, Wenger: Institutionen s. 126 f och Liebs s. 191. Wlassak (Prozessformel s. 226) anser att pretorn ej alltid hade denna valfrihet då svaranden motsatte sig pretorns önskemål.

<sup>8</sup> Keller a. st. och Kaser s. 179, jfr även Wrede s. 9.

<sup>9</sup> Se nedan s. 57 ff.

<sup>1</sup> Se nedan s. 58 f.

beröras något. *Praescriptio* utgjorde — liksom *exceptio* — en beståndsdel i formulan, men förekom endast mera sällan.<sup>2</sup> Den var, som namnet utvisar, placerad före *intentio* och användes för att förhindra vissa för svaranden eller kåranden icke önskvärda rättsföljder.<sup>3</sup> Man brukar skilja mellan två slags invändningar av detta slag: *praescriptio pro actore* och *praescriptio pro reo*. Den förra hade till ändamål att begränsa processföremålet, så att — t. ex. i ett kravmål — endast den omprocessade delen av skulden drabbades av rättskraftsverkningarna.<sup>4</sup>

Av större intresse för vårt ämne är *praescriptio pro reo*, som i motsats till *praescriptio pro actore*, användes till förmån för svaranden. Liksom *exceptio* innehöll *praescriptio pro reo* (som jag i fortsättningen kallar endast *praescriptio*) en peremptorisk eller dilatorisk invändning, men det är oklart vilka brister det härvidlag kunde vara fråga om.<sup>5</sup>

*Praescriptio* skulle handläggas först av alla frågor *apud iudicem*, medan däremot en *exceptio* — i enlighet med sin plats i formulan — togs upp till handläggning först efter det att förhandlingen om *intentio* hade avslutats. Om *praescriptio* befanns välgrundad så var förhandlingen *apud iudicem* avslutad i och med detta, och någon handläggning av målet i övrigt fick ej äga rum.<sup>6</sup>

Avbröts processen på grund av *praescriptio*, ansågs kåranden ha möjlighet att senare återkomma med samma anspråk utan att hindras av de rättskraftsverkningar, som annars var förknippade med *litis contestatio*. Man har i doktrinen sökt förklara detta fenomen med att *litis contestatio* i sådana fall kom till stånd under förutsättning att den i

<sup>2</sup> Termen *praescriptio* används dock även i andra betydelser, bl. a. som en allmän beteckning på svarandens försvar utan anknytning till formulan eller förfarandet (så i *extraordinario cognitio* och kriminalprocessen). I det följande användes emellertid termen i sin betydelse av en viss beståndsdel i formulan, jfr Bülow s. 95 ff.

<sup>3</sup> Wenger: Institutionen s. 143.

<sup>4</sup> Jfr Dulceit s. 154 och Gaudemet s. 624 f.

<sup>5</sup> Keller s. 212. — Ett exempel är "*praescriptio quod praeiudicium non fiat*" som var en prejudicialinvändning av innebörd att processen borde avbrytas, emedan man genom en *sententia* i den pågående processen skulle skapa ett avgörande med otillåten prejudicialverkan på en väntad framtida process i en närliggande — men viktigare — fråga. *Praescriptio* synes även ha kunnat inrymma en forumfråga, jfr det av Bülow (s. 85) begagnade uttryckssättet "*exceptio vel praescriptio fori*".

<sup>6</sup> Keller (s. 215) synes anse, att det föreligger nära överensstämmelse mellan dagens processhinderande invändningar och de invändningar som kunde läggas till grund för en *praescriptio*.

praescriptioform aktualiserade invändningen senare skulle befinnas vara ogrundad.<sup>7</sup>

Praescriptio upphörde emellertid redan i klassisk tid att existera som en särskild del i formulan.<sup>8</sup> Exceptio kom härvid att omfatta även de frågor, som tidigare inrymts i praescriptio, varigenom ifrågavarande invändningar förlorade sina karaktäristiska rättsföljder. Överhuvudtaget synes ej tillräckligt mycket vara känt om praescriptio för att en ingående diskussion skall kunna föras kring frågan om denna hade formellt eller materiellt innehåll.<sup>9</sup> Bülow har naturligtvis förnekat att praescriptio kunde inrymma en formell frågeställning,<sup>1</sup> medan Wlassak<sup>2</sup> synes anse motsatsen. Även Steinwenter<sup>3</sup> har uppfattat praescriptio som en processuell invändning.

### C. Sammanfattning

Av det föregående har framgått att Bülows princip för tudelningen av förfarandet ej torde ha ägt tillämpning under formularprocessen, åtminstone inte i den utsträckning Bülow gjorde gällande. Uppdelningen av förfarandet kan ej sättas i samband med skillnaden mellan formell och materiell rätt. Frågor av båda slagen upptogs och avgjordes under såväl det första som det andra stadiet av processen och ledde till samma slags avgöranden, denegatio respektive sententia. I många fall synes pretorn haft möjlighet att välja mellan att själv avgöra en viss fråga eller hänskjuta den till avgörande apud iudicem. Denna valfrihet torde ha gällt såväl formella som materiella frågor.

Man torde dock kunna anta, att formella frågor *vanligen* avgjordes in iure. Att så skedde förklaras av att detta i många fall innebar prak-

<sup>7</sup> Wenger: Institutionen s. 144 och Wlassak: Praescriptio s. 109. Jfr häremot Bülow (s. 105 f), som anser att rättskraftsverkningarna gällde även vid ogillande grundat på en praescriptio, emedan frågan avgjordes efter litis contestatio. Keller (s. 215 f) anser det vara oklart, om litis contestatio rättskraftsverkningar gällde även för här ifrågavarande fall. Motsvarande problem torde ha förelegat i den ovan s. 50 f diskuterade situationen.

<sup>8</sup> Dulckeit s. 153 f. — Så hade skett redan vid tiden för Gaius' framställning (Institutiones: IV § 133). Jfr dock Jägerskiölds påpekande (Komp. i romersk rätt. Interpolationsforskningens metod och resultat s. 12) att många numera hävdar att Gaius icke var en klassiker!

<sup>9</sup> Betr. uppkomst och utveckling för praescriptio, se framför allt Wlassak: Praescriptio s. 1 ff.

<sup>1</sup> Se t. ex. Bülow s. 103 och 107 samt Wrede s. 36. Anmärkas kan att Bülow ägnar en tredjedel av sitt arbete åt att diskutera prejudicialfrågor av den art, som förekom i den ovan i not 5 beskrivna praescription.

<sup>2</sup> Wlassak: Praescriptio s. 81 ff.

<sup>3</sup> Steinwenter s. 101.

tiska fördelar och kan ej tas som bevis för en medveten strävan att i princip bedöma sådana frågor på detta stadium av processen.<sup>4</sup> Förfarandets tudelning synes för övrigt ej heller ha varit avhängig av skillnaden mellan dilatoriska och peremtoriska invändningar. Först under justiniansk tid torde denna distinktion ha fått större betydelse för att sedan inta en betydelsefull plats i diskussionen ända fram till dess Bülow's inflytande började göra sig gällande.<sup>5</sup>

### 3. Praktiska konsekvenser i övrigt

I föregående avsnitt har jag funnit att skillnaden mellan formell och materiell rätt ej torde ha legat till grund för tudelningen av förfarandet på det sätt Bülow påstått. I det följande skall jag diskutera om distinktionen var av praktisk betydelse i något annat avseende under formularprocessen. Det blir här främst anledning att beröra några av de områden där skillnaden mellan formell och materiell rätt idag tillmätts praktiska konsekvenser.

#### A. Rättskraft

I svensk rätt har avvisningsutslag enligt allmän uppfattning en mera begränsad rättskraftsverkan än ogillande dom.<sup>6</sup> Distinktionen mellan formell och materiell rätt anses således vara av betydelse i rättskraftshänseende.<sup>7</sup>

Så synes däremot ej ha varit fallet under formularprocessen. Av betydelse i rättskraftshänseende var i stället om avgörandet fällt in iure eller apud iudicem. I stort sett råder nämligen enighet om att denegatio actionis ej hindrade käranden att väcka samma talan på nytt i en senare rättegång och detta även om den brist, som legat till grund för denegatio, kvarstod oförändrad.<sup>8</sup> Det var således ej uteslutet, att frågan härvid bedömdes på ett annat sätt än i den första rättegången, även om kärandens andra försök ägde rum omedelbart efter det första och inför

<sup>4</sup> Wlassak: Prozessformel s. 203 och Kaser s. 171.

<sup>5</sup> Se ovan s. 32 ff och Kipp s. 322 ff samt nedan s. 118 ff.

<sup>6</sup> Se Ekelöf: Rättegång II s. 15 med not 29.

<sup>7</sup> Jfr dock nedan i kap. 6 betr. det diskutabla i denna uppfattning.

<sup>8</sup> Jfr Wenger: Institutionen s. 99 med not 21, Schott s. 127 ff, Liebs s. 179, Bekker: Stretitfragen s. 369, Wlassak: Einrede s. 35 f samt densamme i Praescripto s. 138 och 157. A. m. antyds av Keller s. 176.

samma pretor som tidigare denegerat.<sup>9</sup> Pretorn torde dock ha påverkats av sitt (eller sin kollegas) tidigare utslag, även om han ej var bunden av det.<sup>1</sup>

Denegatio actionis kunde, som tidigare berörts, grundas på såväl formella som materiella brister i kärandens talan. Att denegatio helt saknade rättskraftsverkningar torde ha gällt i båda fallen.<sup>2</sup> Distinktionen mellan formell och materiell rätt hade således ej någon betydelse för det denegerande utslaget betydelse i rättskraftshänseende.

Den tidpunkt, till vilken man i klassisk romersk process anknöt rättskraftsverkningar, var slutpunkten på förfarandet in iure, tiden för litis contestatio.<sup>3</sup> Då litis contestatio kommit till stånd ansågs käranden ha förbrukat eller "konsumerat" sin actio; väckte han ny talan kunde denna antingen denegeras av pretorn eller ogillas av iudex på grund av en exceptio rei iudicatae.<sup>4</sup> Det avgörande som fälldes efter litis contestatio — dvs. sententia — blev alltså slutgiltigt även om rättskraftsverkningarna ej som idag var anknutna till själva domen. Och eftersom konsumtionen inträtt redan innan förfarandet apud iudicem tagit sin början, kunde rättskraftens utsträckning ej vara beroende av huruvida den invändning, som lagts till grund för en "ogillande" sententia, hade formellt eller materiellt innehåll.<sup>5</sup>

Det kan förefalla överraskande att även en kärande, som förlorat processen på formell grund, för all framtid hindrades att göra sitt anspråk gällande på processuell väg.<sup>6</sup> För oss framstår det vidare som främmande att också distinktionen mellan peremptoriska och dilatoriska invändningar saknade relevans i detta hänseende. En kärande, som fått

<sup>9</sup> Bülow s. 282, Wenger: Institutionen s. 99 med not 21 och Schott s. 130. Jfr dock Wach (Handbuch s. 27 not 6), som anser att en på en materiell brist grundad denegatio förhindrade ny prövning under samma ämbetsår.

<sup>1</sup> Så Wenger a. st., Schott s. 128, Wlassak: Einrede s. 36 och Liebs a. st.

<sup>2</sup> Goldschmidt s. 60, jfr dock Wach ovan i not 9.

<sup>3</sup> Kaser s. 229. — Beträffande skillnaden mellan "Ausschluss- und Konsumtionswirkungen", se Wenger: Institutionen s. 229.

<sup>4</sup> Jfr ovan s. 44 f och 54. — Den konsumtionsverkan som inträdde vid litis contestatio omfattade således såväl litispendens som res iudicata enligt vårt sätt att se. — Enligt Liebs (s. 180 ff) var det ej möjligheten att väcka talan utan den materiella fordringsrätten som konsumerades: "... die Klagekonsumption müsste also eigentlich Forderungskonsumption genannt werden". Såvitt jag kan förstå är det emellertid fruktlöst att göra en sådan distinktion vad gäller romersk rätt, se ovan s. 25, jfr dock vad gäller fordringspreskription i svensk rätt Larsson i festskrift till Olivecrona s. 405 ff.

<sup>5</sup> Kaser s. 292. Jfr dock ovan s. 54 ff betr. praescriptio. Intressant är att vid s. k. "pluspetitio", dvs. då käranden yrkat ett för högt belopp, ogillades hans talan helt och ny talan var ej heller möjlig i detta fall, se t. ex. Grenander s. 22.

<sup>6</sup> Jfr dock nedan s. 125 ff betr. peremptoriska formella brister i gällande svensk rätt.

sitt anspråk ogillat inför judex på grund av att den omstämnda fordringen ännu ej förfallit till betalning, saknade sålunda möjlighet att återkomma med ny process när förfallodagen inträtt!<sup>7</sup>

Att en sådan ordning var genomförbar sammanhänger med de processuella dispositionsmöjligheter kåranden hade i formularprocessen. Litis contestatio kunde ej komma till stånd utan båda parternas medverkan och samtycke.<sup>8</sup> Om svaranden begärt att få en invändning införd i formulan och pretorn givit sitt samtycke, kunde kåranden endera vägra sin medverkan till litis contestatio och därigenom tvinga pretorn att denegera, eller samtycka till att en exceptio av det slag svaranden begärt infördes i formulan. I det förra fallet blev ny prövning av hans anspråk möjlig, i det senare icke. Om den begärda invändningen var tidsmässigt bunden, eller på annat sätt reparabel, fanns det naturligtvis särskild anledning för kåranden att noga överväga om han borde driva förfarandet ända fram till sententia. Ansåg han att invändningen hade vissa utsikter att vinna bifall apud iudicem, var det ju säkrare att framtvunga denegatio och väcka ny talan när bristen undanröjts. Kåranden kunde genom sina möjligheter att förhindra litis contestatio helt eliminera rättskraftsverkningarna i de fall han fann att svarandens invändningar kanske hade fog för sig.<sup>9</sup>

### B. Dispositionsprincipen

I dispositiva tvistemål råder som bekant enligt RB den principen, att rätten till grund för dom endast äger lägga sådana materiella rättsfakta som åberopats av part, och att domstolen ej får gå utöver parternas yrkanden.<sup>1</sup> Däremot kan avvisning i allmänhet ske utan att yrkande framställts härom och de rättsfakta, som kan leda till denna utgång av målet, behöver då ej heller åberopas av parterna; endast två process-

<sup>7</sup> Först i justiniansk rätt kom rättskraften att bli tidsbegränsad vid ogillande på grund av en dilatorisk invändning. Ny talan blev då möjlig viss tid efter det att bristen avhjälpes (i vårt exempel *dubbla* den tid som återstod till förfallodagen). En förutsättning för ny talan i dessa fall var vidare att kåranden först ersatte svaranden dennes kostnader i den första rättegången, Wrede s. 10 f med not 6.

<sup>8</sup> Jfr härom ovan s. 42.

<sup>9</sup> Jfr Wlassak: Einrede s. 32 och Grenander s. 18 (se däremot betr. gällande svensk rätt RB 13: 5). Kårandens berörda processuella dispositionsmöjligheter gör det ovan s. 44 ff omtalade förhållandet att pretorn i många fall torde ha ägt att fritt välja mellan denegatio och exceptio mindre anmärkningsvärt.

<sup>1</sup> RB 17: 3. Angående det förhållandet att vissa materiella rättsfakta beaktas ex officio i för övrigt dispositiva tvistemål, se Ekelöf: Rättegång I s. 38 ff och nedan s. 92 i not 3.

hinder är dispositiva enligt svensk rätt.<sup>2</sup> Distinktionen mellan formell och materiell rätt har således praktisk betydelse vad gäller *dispositionsprincipens utsträckning*. Var skillnaden mellan formell och materiell rätt av betydelse i detta avseende även i formularprocessen?<sup>3</sup>

Det är troligt att dispositionsprincipen endast ägde begränsad tillämpning *in iure* vad gäller *formella* frågor. Enligt Bülow var visserligen några processförutsättningar dispositiva även i formularprocessen, men eftersom pretorn skulle pröva förutsättningarna för uppkomsten av ett processrättsförhållande, hade pretorn, menar Bülow, att beakta de flesta processförutsättningarna *ex officio*.<sup>4</sup> Även med Schotts uppfattning kommer man till i huvudsak samma resultat. Anser man som Schott att pretorns denegationsrätt var oinskränkt,<sup>5</sup> var ju pretorn ej heller beroende av invändning för att få beakta en formell brist i kärandens talan. Möjligen avviker Schotts uppfattning från Bülows såtillvida att pretorn enligt Bülow hade *skyldighet* att denegera i dessa fall, medan denegatio med Schotts uppfattning kan ha varit fakultativ.

Hur var det då med pretorns möjlighet att *ex officio* beakta *materiella* brister i kärandens talan? Ja, enligt den av Bülow lanserade principen för tudelningen av förfarandet kunde en sådan brist aldrig resultera i denegatio actionis; materiella frågor skulle ju enligt Bülow alltid avgöras *apud iudicem*. En förutsättning för att en fråga skulle komma upp till behandling där var dock i allmänhet att den införts i formulan.<sup>6</sup> Frågan om materiella omständigheter fick beaktas *ex officio* blir alltså med Bülows utgångspunkter beroende av om en *exceptio* förutsatte en invändning från svaranden, eller om pretorn på eget initiativ kunde verka för att en *exceptio* infördes i formulan. Bülow har uttalat sig för den förstnämnda åsikten<sup>7</sup> och konsekvenserna av hans uppfattning blir alltså att *in iure* rådde dispositionsprincipen fullt ut vad gäller materiella frågor, medan motsatsen var fallet med avseende på de flesta formella spörsmål.

Mot denna uppfattning finns det två vägande invändningar. För *det första* anser man inte längre att *exceptio* kunde införas i formulan en-

<sup>2</sup> Så skiljeavtal och vissa forumbestämmelser, jfr RB 34: 1 st 2 och NJA II 1943 s. 442. För ett särskilt fall se Boman s. 251, jfr även nedan s. 171 not 3.

<sup>3</sup> Frågan om domstolen, då den har anledning att antaga att ett processhinder föreligger, icke blott *äger* utan även är *förpliktad* att *ex officio* verka för en komplettering av parternas utredning får här lämnas åsido. Se härom Bülow s. 303 ff och Ekelöf: Rättegång II s. 13 samt nedan s. 99 med not 1.

<sup>4</sup> Bülow s. 292 och 293 med not 45.

<sup>5</sup> Se ovan s. 44.

<sup>6</sup> Se ovan s. 52.

<sup>7</sup> Bülow s. 159, se a. a. även s. 60 och 268.

dast på svarandens initiativ. Keller<sup>8</sup> förnekar att officialprincip och exceptionsförfarande uteslöt varandra under formularprocessen, Wlassak<sup>9</sup> anser att icke blott svaranden utan även pretorn kunde ta initiativ till en exceptio och Wengler<sup>1</sup> har gjort gällande att detta till och med kunde ske mot svarandens vilja. Den förhärskande åsikten är sålunda att en exceptio väl kunde komma till genom att pretorn ingrep ex officio. Att så skulle ha kunnat vara fallet blott när exception hade formellt innehåll är ej troligt. Pretorn kunde sannolikt genomdriva även en materiell exceptio på eget initiativ och detta t. o. m. mot svarandens vilja.<sup>2</sup>

För det andra kan i detta sammanhang erinras om det tidigare berörda förhållandet att pretorns denegationsrätt synes ha varit oinskränkt. Detta innebär *dels* att även en materiell brist kunde läggas till grund för denegatio, *dels ock* att denegatio ej förutsatte invändning från svarandens sida.

Pretorns möjlighet att ex officio beakta materiella brister till nackdel för käranden kunde således antingen resultera i denegatio actionis eller i att en exceptio med materiellt innehåll infördes i formulan. Såväl det ena som det andra torde ha varit vanligt förekommande. En relativt långtgående officialmaxim synes nämligen ha tillämpats in iure till svarandens förmån.<sup>3</sup>

Vad gäller dispositionsprincipens utsträckning *apud iudicem* ligger problemet något annorlunda till. På grund av judex' principiella, men ej undantagslösa, bundenhet av formulan fanns det här endast begränsat utrymme för officialprövning. Man kan dock utgå ifrån att judex stundom tvingades beakta formella brister i kärandens talan, även om dessa ej upptagits i formulan eller aktualiserats genom invändning från part.<sup>4</sup> Frågan om judex ägde beakta även materiella brister under samma förutsättningar är svårare att besvara. Det torde dock ej kunna betraktas som uteslutet att detta var möjligt i vissa fall. Som tidigare berörts<sup>5</sup> fanns det materiella invändningar, som ej behövde införas i

<sup>8</sup> Keller s. 175 not 390, a. m. Bülow s. 60.

<sup>9</sup> Wlassak: Einrede s. 28 och 31.

<sup>1</sup> Wenger: Institutionen s. 145.

<sup>2</sup> Jfr Kaser s. 193 not 25.

<sup>3</sup> Så Wlassak: Prozessformel s. 105 ff och Wenger: Praetor s. 9, jfr däremot Grenander s. 17 ff. Pretorn synes f. ö. ha agerat kraftigare ex officio då svaranden ej hade rättegångsombud, a. a. s. 20.

<sup>4</sup> Jfr ovan s. 47 ff.

<sup>5</sup> Ovan s. 49 och 52. I de fall intentio endast ofullständigt återgav grunden för kärandens talan uppstår frågan om judex även ägde lägga icke åberopade rättsfakta till grund för bifall, ett spörsmål som jag dock får lämna åt sidan i här förekommande sammanhang.

formulan för att komma under beaktande apud iudicem. Wenger<sup>6</sup> synes vara av den uppfattningen att brister av ifrågavarande slag verkade ipso iure, vilket skulle innebära att dispositionsprincipen inte ägde generell tillämpning apud iudicem ens i fråga om materiella rättsfakta.

Distinktionen mellan formell och materiell rätt torde således ej ha varit av avgörande betydelse för dispositionsprincipens utsträckning. Såväl formella som materiella brister i kändens talan kunde beaktas ex officio och ledde i båda fallen till antingen denegatio eller en ogillande sententia. I detta sammanhang kan tillfogas att inte heller skillnaden mellan peremptoriska och dilatoriska brister synes ha varit av betydelse för rättens möjligheter till officialprövning.<sup>7</sup>

### C. Bevisbörden

Enligt Bülow följs bevis- och åberopsbörden åt: "... wer behaupten muss, der muss auch beweisen." Och då invändningar (i detta fall "Einreden") "... Behauptungen von Umständen sind, die der Beklagte, damit sie zur gerichtlichen Cognition gelangen, vorbringen muss, so ergiebt es sich von selbst, dass er, falls sie streitig sind, auch den Beweis für dieselben vorbringen muss".<sup>8</sup> Om man — som i processinvändningsläran — arbetar med processinvändningar, "Processeinreden", som begreppsmässig utgångspunkt, leder därför detta, menar Bülow, till antagandet att svaranden har bevisbörden för alla de omständigheter, som kan läggas till grund för en processinvändning. Så ansågs dock ej vara fallet i Tyskland vid tiden för publiceringen av Bülows arbete, och något sådant gjordes inte heller gällande av förespråkarna för processinvändningsläran. Ur bevisbördesynpunkt behandlade således ej ens lärans egna anhängare de omständigheter det här var fråga om som "Einreden", vilket Bülow anförde som ett exempel på hur förvirrande gängse betraktelsesätt var.<sup>9</sup>

Bevisbördefrågan vid processförutsättningarna måste enligt Bülow avgöras särskilt för varje processförutsättning med processrättsförhållandet som utgångspunkt. Man kunde lika litet vänta sig att finna någon mekaniskt tillämpbar formel för processförutsättningarna som för materiella frågor i detta avseende; bevisbörden för vissa processförut-

<sup>6</sup> Wenger: Institutionen s. 128, 145 och 152. Se även Keller s. 171.

<sup>7</sup> Såväl bristande processbehörighet (se Schott s. 28) som res iudicata kunde således beaktas ex officio. Att kändens anspråk tidigare varit föremål för processuell prövning skulle dock ej alltid beaktas ex officio, se härom Wlassak: Einrede s. 8 f, Wenger: Institutionen s. 205 och 299, Liebs s. 182 samt Weiss: Rechtskraft s. 208 ff.

<sup>8</sup> Bülow s. 306 f.

<sup>9</sup> A. a. a. st., jfr dock Endemann s. 642 ff.

sättningar åvilat svaranden och bevisbördan för andra käranden.<sup>1</sup> Processförutsättningarnas gemensamma egenskap att vara *formella* förutsättningar för bifall till kärandens talan föranledde alltså ej Bülow att anta en likartad behandling i bevisbördehänseende.<sup>2</sup>

Bülow synes mena, att hans jämförelsevis förutsättningslösa åsikter i bevisbördefrågan ägde relevans även för formularprocessens del<sup>3</sup> och i samma riktning talar Wengers uttalanden i ämnet.<sup>4</sup> Att en invändning var formell resp. materiell synes således lika litet som dess peremptoriska eller dilatoriska natur ha varit av självständig betydelse för bedömningen av bevisbördefrågan.<sup>5</sup>

#### D. Ordningsföljd för handläggning och avgörande

Enligt svensk gällande rätt<sup>6</sup> förutsätter ett avgörande i den materiella frågan — dvs. en bifallande eller ogillande dom — att det icke föreligger någon formell brist, eller m. a. o. att processförutsättningarna är för handen.<sup>7</sup> Härigenom har inte bara en viss turordning för *avgörande* åstadkommits, utan till följd därav bör domstolen också börja med att *handlägga* den formella frågan. En handläggning av själva saken är ju inte till någon nytta, om det sedermera visar sig att käromålet måste avvisas.<sup>8</sup> Detta gäller oberoende av om käromålet är materiellt välgrundat eller ej. I båda fallen skall avvisning ske utan att domstolen utlåter sig angående huvudsaken.

Skillnaden mellan formell och materiell rätt har således i svensk rätt betydelse vad gäller turordning för handläggning och avgörande av

<sup>1</sup> Bülow s. 312, jfr Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 13 ff.

<sup>2</sup> På ett annat ställe i sitt arbete antyder dock Bülow att processförutsättningarnas formella karaktär motiverar att bevisbördefrågan löses efter ett speciellt schema, varvid vikt skall fästas vid om den ifrågavarande processförutsättningen är "processbegründande" eller "processhindernde" (a. a. s. 9). Denna tanke utföres dock ej närmare.

<sup>3</sup> A. a. s. 303 ff.

<sup>4</sup> Wenger: Institutionen s. 186 f med not 21.

<sup>5</sup> Betr. bevisbördefrågor under formularprocessen, se även av Gaudemet (s. 641 i not 1) omnämnd litteratur. I fråga om gällande tysk rätt, se Rosenberg: Beweislast s. 391 ff, särskilt s. 392 om skillnaden i bevisbördehänseende mellan rätts-handlingsförmåga och processbehörighet. Jfr även nedan s. 109 f och Wrede s. 167 ff.

<sup>6</sup> Se vidare nedan s. 96 ff, jfr däremot nedan s. 101 f betr. tysk rätt.

<sup>7</sup> Anledningen härtill kan — bortsett från den dogmatiska tyngd som ligger i begreppet processförutsättning — möjligen vara att förefintligheten av processshinder utgör domvillogrund enl. 59: 1 p 1, varom mera nedan s. 97 ff.

<sup>8</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 14 f.

flera samtidigt föreliggande brister i kändens talan. Var detta fallet även under formularprocessen?

Av Bülows princip för tudelningen av förfarandet följer att en sådan ordning enligt hans uppfattning tillämpades under formularprocessen. Alla formella frågor, och endast sådana, prövades *in iure*. Den materiellt frågan däremot avgjordes alltid *apud iudicem*; *sententia* var således enligt Bülows uppfattning ett avgörande som förutsatte att kändens talan ej var behäftad med någon formell brist.

Som framgått tidigare är Bülows åsikter i dessa hänseenden ej förenliga med senare rättshistorisk forskning. Tvärtom tycks det ha förhållit sig så att pretorns utslag också kunde avse en materiell fråga, liksom *judex*' dom även kunde grundas på processuella rättsfakta. Det fanns visserligen två olika utslag, *denegatio actionis* och *sententia*, men dessa var ej reserverade för någon särskild kategori frågor på det sätt som är fallet med avvisningsutslag och domar i gällande svensk rätt.<sup>9</sup> Förfarandets tudelning behöver således inte nödvändigtvis ha medfört en kategoribunden turordning för handläggning och avgöranden.

Liksom handläggning och avgörande av en viss grupp frågeställningar ej alltid torde ha varit förlagd till den ena av processens två stadier, kan man ej heller utan vidare förutsätta att det rådde någon bestämd ordningsföljd enligt kategorierna formell och materiell rätt *inom* förfarandet *in iure*. *Denegatio* kunde, som nyss nämnts, ske även på materiella grunder. Och lika väl som förhandling om den materiella frågan var onödig, om det sedermera befanns att en formell brist förelåg, var ju förhandling om den formella frågan onödig, om det sedermera visade sig att käromålet var materiellt ogrundat. Ogillas den först handlagda invändningen, måste handläggningen fortsätta oberoende av om det var en formell eller materiell fråga som avgjorts först. Och var den först handlagda invändningen välgrundad, kunde domstolen i båda fallen skilja sig från målet utan att behöva utreda och taga ställning till den andra.

Låt oss göra det hypotetiska antagandet att pretorns avgöranden var giltiga endast under vissa formella förutsättningar.<sup>1</sup> Även om så skulle ha varit fallet, behöver detta ej ha medfört att det alltid var mest ändamålsenligt att börja med att handlägga och avgöra den formella frågan. Handlades den materiella invändningen först, skedde *denegatio* om invändningen var välgrundad. Ingen av parterna torde i detta fall haft intresse av att söka visa att pretorns utslag härvidlag var ogiltigt på

<sup>9</sup> Beträffande äldre svensk rätt, se däremot nedan s. 86 i not 4.

<sup>1</sup> Beträffande *sententia*, se vidare nedan s. 68 f.

grund av att en formell brist vidlådde käromålet.<sup>2</sup> Och befanns den materiella invändningen vara ogrundad, kunde i alla händelser denegatio ske om den formella invändningen hade fog för sig.

Mot bakgrund av vad som ovan anförts finns det skäl anta att pretorn — i en situation då flera brister gjordes gällande — kunde träffa sitt val med utgångspunkt från vilken fråga som hade den största utsikten till framgång eller var lättast att bedöma.<sup>3</sup> Distinktionen mellan formell och materiell rätt synes ej ha ägt självständig betydelse för den ordningsföljd pretorn tillämpade härvidlag. I de fall den formella frågan handlades först, torde ej detta ha skett av tvång utan emedan en sådan ordning föreföll mest praktisk i det föreliggande fallet.<sup>4</sup>

Vad beträffar förfarandet *apud iudicem* gällde däremot en obligatorisk ordning, fastän i ett annat avseende än vad som är fallet i modern rätt. Eftersom iudex i sin processledande verksamhet hade att följa formulan,<sup>5</sup> kom intentio regelmässigt att handläggas först. En exceptio kunde, som tidigare berörts, ha såväl formellt som materiellt innehåll. Det synes således ha kunnat inträffa att en formell fråga handlades sist även apud iudicem.<sup>6</sup> I den mån formella frågor förekom under förfarandets andra del skulle detta rent av regelmässigt ha varit fallet, dock med undantag för de fall då den formella frågan var införd i formulan som en praescriptio. Praescriptio handlades ju, som tidigare berörts, först av alla frågor apud iudicem och den materiella frågan kom upp till bedömande endast om praescriptio befanns vara ogrundad.<sup>7</sup> Den om våra dagars processhinder erinrande särställning, som praescriptio intog i detta hänseende,<sup>8</sup> synes dock ej ha fyllt någon mera betydande funktion i en rättsordning, som tydligen stod likgiltig inför skillnaden mellan formell och materiell rätt. Praescriptio kom ju efter en tid att förlora sin särställning och ingå i exceptiobegreppet.<sup>9</sup> Det fåtal formella frågor, som under formularprocessens tidigare skeden med

<sup>2</sup> Betr. sambandet mellan ordningsföljd och rättskraft se nedan s. 66 f.

<sup>3</sup> Dessa båda faktorer behöver naturligtvis ej sammanfalla. Lättbedömdheten rekommenderas av Ekelöf (Rättegång II s. 14) som urvalsgrund i en del fall, då det samtidigt föreligger flera frågor om processhinder, se vidare nedan s. 102 ff.

<sup>4</sup> Jfr ovan s. 57 med not 4. Wenger: Institutionen s. 95 ff synes dock (ehuru utan källhänvisningar eller andra belägg) utgå ifrån att "processförutsättningarna" handlades först.

<sup>5</sup> Wenger: a. a. s. 140.

<sup>6</sup> Jag bortser från de fall, då formulan även innehöll en replicatio etc. (se ovan s. 48 not 2).

<sup>7</sup> Se ovan s. 54 ff.

<sup>8</sup> Jfr Keller s. 215.

<sup>9</sup> Se ovan s. 55 not 6.

nödvändighet skulle handläggas före den materiella frågan, kom alltså snart nog regelmässigt att handläggas efter denna!<sup>1</sup>

Frågan om turordning för handläggning och avgörande kan sättas i samband med de rättskraftsregler, som gällde under formularprocessen.<sup>2</sup> Att *pretor*n fritt ägde välja ordning för handläggning och avgörande får ses mot bakgrund av att *denegatio actionis* saknade rättskraftsverkningar, oavsett om det var en formell eller en materiell brist som lagts till grund för avgörandet. Då följaktligen parterna ej av rättskraftsskäl kunde vara särskilt intresserade av att en viss kategori rättsfakta lades till grund för avgörandet i första hand, torde det ha varit i både parternas och domstolens intresse att den brist, som kunde utredas snabbast, handlades först.

Vad gäller förfarandet *apud iudicem* gällde även här att möjligheten till ny prövning ej var beroende av om käromålet förkastats på formell eller materiell grund i en tidigare process. Den konsumtionsverkan, som inträtt genom *litis contestatio* i den första processen, innebar i båda fallen hinder för en bifallande *sententia*, möjligen med undantag för de fall, då kärandens anspråk förkastats på grund av en *praescriptio*.<sup>3</sup> Men så länge det förelåg möjlighet att undgå rättskraften genom en *praescriptio* var det naturligtvis processekonomiskt fördelaktigt att vänta med handläggning och avgörande av övriga frågor till dess det var klart att ifrågavarande avgörande skulle bli slutgiltigt. Detta intresse tillgodosågs genom att *praescriptio* placerades först i formulan, vilket medförde att *intentio* — och eventuella *exceptiones* — aldrig togs upp till prövning om *praescriptio* var välgrundad.

Det finns emellertid knappast tillräckliga skäl anta, att *praescriptio* endast kunde innehålla formella frågeställningar.<sup>4</sup> Man kan därför ej beteckna nyss berörda särställning som ett utslag av en medveten åtskillnad mellan formell och materiell rätt. Vidare var ju *praescriptio* en jämförelsevis kortlivad företeelse i formularprocessens historia och rättskraftsreglerna blev snart nog åter undantagslösa. När rättskraftsverkningarna först under justiniansk tid åter kom att differentieras, var det ej heller distinktionen mellan formell och materiell rätt som fick

<sup>1</sup> Det finns kanske här anledning påpeka att även om frågorna var uppdelade i formulan kunde de — som idag — ej alltid handläggas isolerade från varandra, jfr Wlassak: *Praescriptio* s. 100.

<sup>2</sup> Se härom ovan s. 57 ff.

<sup>3</sup> Se ovan s. 55. — Som jag redan nämnt i anslutning till ordningsföljden in iure (ovan s. 64) behöver en eventuell förekomst av *ogiltighetsgrunder* (varom närmare nedan) ej med nödvändighet medföra att dessa handläggs och avgörs före andra invändningar; den som fått sin talan underkänd på en grund saknar ju i allmänhet anledning att peka på ytterligare brister i sin talan.

<sup>4</sup> Se ovan s. 56.

praktisk betydelse. Avgörande blev i stället skillnaden mellan peremptoriska och dilatoriska invändningar.<sup>5</sup> Och då man fick utslag med olika rättslig betydelse, infördes även en fast turordning för handläggning och avgörande vid flera samtidigt föreliggande brister i kärandens talan; de dilatoriska invändningarna skulle ej blott framställas i processens början utan även bevisas och avdömas inom viss tid.<sup>6</sup>

### E. Rättsmedel och ogiltighet

Under formularprocessen fanns det överhuvudtaget inte något ordinärt rättsmedel.<sup>7</sup> Vad gäller pretorns utslag är detta förhållande ej ägnat att förvåna. I de fall pretorn givit sitt samtycke till att processen fortsattes inför judex (actionem dare), förutsatte ju detta att parterna kunnat enas om en formula. Litis contestatio — och följaktligen även actionem dare — kunde således ej komma till stånd mot någon av parternas vilja.<sup>8</sup> Det avgörande det här var fråga om innebar ju i allmänhet ej heller något definitivt ställningstagande. Då svaranden hade invändningar mot käromålet fick han inrikta sig på att få dessa införda i formulan och prövade apud iudicem, om han inte kunde förmå pretorn att denegera. Den nackdel, som det innebar för svaranden att ej omedelbart bli befriad från rättegången, uppvägdes av att saken blev res iudicata om litis contestatio kom till stånd. Var svaranden säker på att kunna styrka invändningen apud iudicem, innebar det således rent av en fördel ur rättskraftssynpunkt att få invändningen införd i formulan i stället för att bristen ifråga lades till grund för denegatio, som ju helt saknade rättskraft. Frågan är om inte detta förhållande — särskilt vid dilatoriska invändningar — kan ha förmått svaranden att "ligga lågt" med sin bevisning in iure för att få invändningsfrågan hänskjuten till avgörande apud iudicem.<sup>9</sup>

Emellertid kan man även tänka sig fall då actionem dare innebar ett *definitivt* ställningstagande i någon av de frågor processen rörde. Så var ju förhållandet om pretorn underkände en invändning från svaranden helt och hållet, dvs. varken denegerade eller införde den i formu-

<sup>5</sup> Se ovan s. 59 not 7. Samtidigt torde man ha börjat att anknyta rättskraften till avgörandet, Liebs s. 184 not 56.

<sup>6</sup> Jfr Wrede s. 14.

<sup>7</sup> Wenger: Institutionen s. 201.

<sup>8</sup> Om svaranden vägrade att medverka kunde han i vissa fall förklaras för "indensus", varigenom käranden erhöll en exekutionstitel redan in iure. Se härom Grenander s. 23 f och ovan s. 42 vid not 6.

<sup>9</sup> Om käranden genomskådade svaranden härvidlag kunde han i sin tur utnyttja sin ovan (s. 58 f) berörda möjlighet att vägra medverkan till litis contestatio.

lan. Något ordinärt rättsmedel häremot synes ej ha stått svaranden till buds.<sup>1</sup> Detta, sett i samband med möjligheterna att förklara svaranden för "indefensus",<sup>2</sup> ger intryck av att denne intog en svagare ställning i processen än kâranden, som kunde göra ett nytt försök — eventuellt inför en annan pretor — i de fall han ej fått gehör för sina åsikter in iure. Det övertag kâranden hade härvidlag torde dock i viss mån ha kompensrats av att en relativt långtgående officialmaxim tillämpades till svarandens förmån.<sup>3</sup>

Vad gäller pretorns beslut att vägra fortsatt rättegång — *denegatio actionis* — förelåg i allmänhet ej något behov av rättsmedel. Om kâranden var missnöjd med utslaget, var han ju, som nyss nämnts, oförhindrad att på nytt väcka talan. Behovet av rättsmedel är naturligtvis ringa vid avgöranden som saknar rättskraftsverkningar.<sup>4</sup>

Mera anmärkningsvärt förefaller det däremot att rättsmedel saknades även vid *sententia*, som ju innebar ett rättskraftigt avgörande av kârandens talan. Den part som vunnit processen var redan från domens meddelande, ja redan från *litis contestatio*, skyddad från ny process om samma sak. Detta skydd anses emellertid endast ha gällt om förfarandet och avgörandet uppfyllde vissa grundläggande krav.<sup>5</sup> Var så ej fallet ansåg man det inte föreligga någon *sententia* i egentlig mening.<sup>6</sup> Ogiltigheten anses ha varit självverkande och missnöjd part kunde ge uttryck för sin åsikt att giltig dom ej förelåg genom att väcka talan eller vägra fullgörelse.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> De begränsade möjligheter parterna i denna och andra situationer hade till "tribunarisches intercession" och "restitutio in integrum" lämnas i denna framställning åt sidan.

<sup>2</sup> Se ovan i not 8.

<sup>3</sup> Se ovan s. 60 f.

<sup>4</sup> Antag emellertid att kâranden ej har möjlighet att väcka talan inför annan pretor än den som denegerat. Även om denne ej är bunden av sitt tidigare ställningstagande, torde han väl rent faktiskt — kanske t. o. m. på grund av prestige-skäl (jfr Liebs s. 179) — påverkas av detta (se ovan s. 58 med not 1), och här kan man således säga att kâranden hade behov av rättsmedel trots att det tidigare avgörandet saknade rättskraft.

<sup>5</sup> Wenger: Institutionen s. 201 och Kaser (s. 268 ff), som gör det självklara konstaterandet att domen blev ogiltig i de fall då en för dess giltighet erforderlig processförutsättning saknats.

<sup>6</sup> Detta gäller naturligtvis i alla rättsordningar, jfr t. ex. Ekelöf: Rättsmedlen s. 117.

<sup>7</sup> Wenger a. st. Genom reglerna om "periculum dupli" förhindrades att dessa möjligheter missbrukades, se härom Wenger a. a. s. 202. — Ehuru ogiltigheten anses ha varit självverkande måste naturligtvis — vid oenighet mellan parterna — ogiltigheten konstateras för att ny process skulle få äga rum. Eftersom något särskilt nullitetsförfarande ej synes ha existerat, kom alltså denna prövning stundom att läggas på den pretor som själv begått det fel som anförts som grund för ogiltigheten.

Under påverkan från andra processformer infördes under formularprocessens senare skede en rätt att appellera till kejsaren mot *sententia*.<sup>8</sup> Denna möjlighet till överprövning — *appellatio* — synes ha avsett såväl formella som materiella frågor.<sup>9</sup>

Skillnaden mellan formell och materiell rätt har således inte heller avsatt några spår vad gäller tillgången till rättsmedel under formularprocessen. Avsaknaden av rättsmedel gällde till en början avgöranden av båda slagen och när *appellatio* slutligen infördes, kom detta rättsmedel att stå öppet oavsett om *sententia* grundats på en formell eller materiell fråga. Någon differentiering av rättsmedel mellan avgöranden av formell resp. materiell innebörd — som den skillnad vi idag har mellan vad och besvär — förekom således ej.

Kan man då inte se det nyss berörda förhållandet att *sententia* endast var giltig under vissa förutsättningar som ett utslag av distinktionen mellan formell och materiell rätt? Nej, så synes ej nödvändigtvis vara fallet. Det kan ju t. ex. tänkas att självverkande ogiltighet förelåg även på den grund att domen uppenbarligen stred mot materiell rätt. Alltför litet synes vara känt om ogiltighetsgrunderna för att några säkra slutsatser skall kunna dras beträffande en eventuell parallellitet med de brister vi idag systematiserar som processhinder. Av Kasers och Wengers framställningar får man visserligen ett intryck av att den självverkande ogiltigheten ej var inskränkt till fundamentala brister på det sätt som numera är fallet.<sup>1</sup> Och antas samma omständigheter, som är processhinder i modern svensk rätt, ha grundat självverkande ogiltighet under formularprocessen, skulle detta naturligtvis kunna tas till intäkt för att distinktionen mellan formell och materiell rätt var av stor praktisk betydelse i klassisk romersk rätt. Men i så fall blir det svårt att förklara varför man ej berör denna skillnad i källskrifterna.<sup>2</sup> Enligt min uppfattning talar övervägande skäl mot ett antagande att de självverkande ogiltighetsgrunderna även skulle ha omfattat de brister, som vi numera systematiserar som processhinder.<sup>3</sup>

<sup>8</sup> Kaser s. 289 och Gaudemet s. 646 f.

<sup>9</sup> Så Kaser s. 401 och Poláček s. 411. Jfr däremot Grenander s. 28.

<sup>1</sup> Se ovan i not 5 a. st.

<sup>2</sup> Se nedan s. 70 f. Jfr dock Wrede s. 146.

<sup>3</sup> Exigibilitet och trygghetsverkan skulle ju bli högst illusorisk, om den tappande parten kunde påstå *självverkande* ogiltighet på så många grunder. Märk vidare att de brister som i så fall skulle ha varit självverkande ogiltighetsgrunder sedermera kunde läggas till grund för *appellatio* (jfr Kaser s. 401). Men varför överklaga en dom som var ogiltig *ipso iure*? De självverkande ogiltighetsgrunderna torde närmast ha motsvarat sådana grava brister, som idag medför att ett avgörande inte ens duger som underlag för en talan om domvilla. — Betr. ett eventuellt samband mellan ogiltighet och förfarandets tudelning, se dock Rimmelspa-

#### 4. Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan konstateras att Bülows princip för tudelningen av förfarandet torde vara felaktig. Skillnaden mellan formell och materiell rätt synes överhuvudtaget inte ha medfört några praktiska konsekvenser under formularprocessen. Frågor av båda slagen kunde läggas till grund för såväl *sententia* som *denegatio actionis*, rättsmedel saknades mot dessa avgöranden oavsett deras formella eller materiella innehåll, och rättskraften var ej beroende av om en formell eller materiell brist lagts till grund för avgörandet. Vidare synes dispositionsprincipen ha gällt i ungefär samma utsträckning vid formella som materiella rättsfakta, och domstolen torde ej heller ha tillämpat någon obligatorisk turordning för handläggning och avgörande av olika slags invändningar på det sätt som numera är fallet i svensk rätt.

Begagnade man sig då överhuvudtaget inte av distinktionen mellan formell och materiell rätt under formularprocessen? Jo, dispositionen i Gaius kända arbete *Institutiones* synes i viss mån tala för att så var fallet. Man skulle kanske kunna säga att Bok I—III har materiellrättsligt innehåll, medan Bok IV nästan uteslutande behandlar processuella frågor.<sup>4</sup> Men i de romerska källskrifterna i övrigt synes man ej kunna finna några spår av en medveten åtskillnad mellan de båda kategorierna.

Trots att de romerska författarna ägnade sig så ingående — enligt Bülow kanske i alltför hög grad<sup>5</sup> — åt olika indelningsgrunder för invändningar (peremptoriska/dilatoriska, in rem/in personam osv.), har således skillnaden mellan formella och materiella invändningar ej varit föremål för deras intresse. Detta förhållande anför Bülow såsom oförenligt med den processinvändningslära han avsåg att angripa.<sup>6</sup> Emeller-

cher: Prüfung å t. ex. s. 80 i not 20, jfr Nussbaum s. 5. Rimmelspacher synes mena att pretorn skulle denegera ex officio vid nullitetsgrundande brister eftersom det ej fanns några rättsmedel. Härtill kan emellertid anmärkas att behov visserligen torde ha förelegat — då liksom nu — av att förhindra domar som var behäftade med nullitet, men detta behov föreligger ju oavsett om det finns rättsmedel eller ej.

<sup>4</sup> Jfr Seidl s. 55, Kaufmann s. 482 och (betr. "Klagekonsumption") Liebs s. 178. Wolff (s. 415) synes däremot ej vara övertygad om att dispositionen i *Institutiones* kan sättas i samband med skillnaden mellan formell och materiell rätt. Här kan också erinras om att man på sina håll rent av gjort gällande, att Gaius ej var en klassiker (se ovan s. 56 i not 8). Är denna förmodan riktig, utgör naturligtvis dispositionen i *Institutiones* ej något belägg för att skillnaden mellan formell och materiell rätt begagnades under formularprocessens tid.

<sup>5</sup> Bülow s. 239.

<sup>6</sup> A. a. s. 239 f.

tid måste det bristande intresset för distinktionen ifråga te sig än mer besvärande för en anhängare av Bülow's egna teser. Ty även om man som Bülow endast betraktar förfarandet apud iudicem som process i egentlig mening<sup>7</sup> och anser att processuella invändningar överhuvudtaget inte förekom under detta stadium av förfarandet, kan ju detta ej förklara den brist på intresse som ägnats frågan i källorna. Dessa berör nämligen huvudsakligen förfarandet in iure,<sup>8</sup> där distinktionen enligt Bülow var av avgörande betydelse.

Nej, den mest närliggande förklaringen till att skillnaden mellan formell och materiell rätt ej uppmärksammats torde vara att den saknat praktisk betydelse. "Die Trennung ist von den Römern weder zum grundlegenden Einteilungsprinzip ihrer Rechtsordnung, noch zum tragenden dogmatischen Deutungsgesichtspunkt ihrer täglichen Gerichtspraxis erhoben worden", som Kaufmann uttryckt saken.<sup>9</sup>

Skillnaden mellan formell och materiell rätt torde således ej ha stått klar för de romerska juristerna under formularprocessens tid,<sup>1</sup> utan kom att bli av vikt först i senromersk rätt,<sup>2</sup> för att slutligen — som ett resultat av Bülow's arbete — få avgörande betydelse under senare delen av 1800-talet.<sup>3</sup> Den romerska formularprocessen synes — tvärt emot vad Bülow velat göra gällande — kunna tjäna som exempel på att ett rättssystem med en *homogen syn på förhållandet mellan formell och materiell rätt* icke blott är tänkbart,<sup>4</sup> utan även existerat i praktiken. Det historiska perspektivet ger förvisso ej belägg för Wredes påstående att formella och materiell frågor "i själva verket är oförenliga".<sup>5</sup>

Med publiceringen av Bülow's arbete om processförutsättningarna tar en strävan att frigöra processrätten från civilrätten sin början, en strävan, som fortgått ända fram i vår tid, och som i hög grad ägnats åt att försöka dra upp en klar gräns mellan formell och materiell rätt.<sup>6</sup> Bülow's arbete kan sägas inleda den s. k. konstruktiva epoken inom processrättsvetenskapen.<sup>7</sup> Begreppsjurisprudensen hade ju redan tidigare, främst genom Puchta, Ihering och Gerber, haft stor betydelse

<sup>7</sup> Jfr ovan s. 39 f.

<sup>8</sup> Förfarandet apud iudicem ägnas däremot endast ett förstrött intresse i källorna, jfr Kaser s. 272.

<sup>9</sup> Kaufmann s. 483.

<sup>1</sup> Schulz s. 21 och Kunkel s. 117. A. m. Wrede s. 41 f.

<sup>2</sup> Wolff s. 422. Jfr dock Grenander s. 32 betr. cognitionsprocessen.

<sup>3</sup> Jfr Bruns s. 27 f.

<sup>4</sup> Larsson i festskrift till Olivecrona s. 405.

<sup>5</sup> Wrede s. 13.

<sup>6</sup> Simshäuser s. 39.

<sup>7</sup> A. a. s. 85 ff.

inom civilrättsvetenskapen. Med Wetzell (1:a uppl. 1854) hade metoden även vunnit visst insteg i processrätten, men först Bülow skapade de samlade begreppsmässiga utgångspunkter, processrättsförhållandet och processförutsättningarna,<sup>8</sup> som behövdes för en fullständig reception av den metod, som redan dominerade den tyska civilrättsdoktrinen. Bülow brukar — främst till följd av denna insats — betecknas som processrättsvetenskapens grundläggare.<sup>9</sup>

Även om begreppsjurisprudensen numera har förlorat sin dominerande ställning inte blott inom den civilrättsliga utan även inom den processrättsliga doktrinen, ingår dock i gällande rätt fortfarande vissa processinstitut som en gång utformats på grundval av denna metod. I nästa kapitel skall jag undersöka hur Bülows uppfattning vann insteg i svensk lagstiftning och doktrin för att därefter se närmare på de regler, som gäller för handläggning och avgörande av frågor om processhinder.

<sup>8</sup> Idén om processen som ett rättsförhållande finns dock antydd men ej utvecklad redan hos Bethmann-Hollweg m. fl. äldre författare, jfr Olivecrona: Rätt och dom s. 350 i not 11.

<sup>9</sup> Jfr Tirkkonen s. 6 not 6 och Olivecrona a. a. s. 349 med i not 9 anförd litteratur. Beträffande Bülows betydelse, se även t. ex. Hellwig: System s. 4 f, Guldener s. 178 not 1 och Petschek—Stagel s. 28. — Ett måhända något förbisett arbete av stor betydelse för den fortsatta utvecklingen är Nussbaum: Die Prozesshandlung, Ihre Voraussetzungen und Erfordernisse (1908).

## Kapitel 4

# SVENSK LAGSTIFTNING OCH DOKTRIN FÖRE OCH EFTER BÜLOW

### 1. Inledning

Användningen av en distinktion, som t. ex. den mellan formell och materiell rätt, kan vara betingad av enbart framställningsmässiga skäl. Distinktionen tjänar då syftet att ge stöd för minnet och underlätta en översikt över en svåröverskådlig materia. Vad gäller den mångfald av invändningar svaranden kan bruka för att värja sig mot kändens yrkande, föreligger ett uppenbart behov av systematisering redan av detta skäl. Indelningen av rättsfakta i processförutsättningar och materiella rättsfakta synes väl kunna fylla ett dylikt syfte.

En systematisering kan emellertid även äga den mer djupgående ambitionen att bidra till en "riktigare" förståelse av ett visst rättsområde och få återverkningar också på den rättsliga regleringen härav. Som jag berörde redan i inledningen är detta fallet med ifrågavarande distinktion i modern svensk processrätt. Låt oss nu stanna inför frågan om man här kan spåra en direkt påverkan från Bülow eller om man i Sverige traditionellt tillmätt skillnaden mellan formell och materiell rätt praktisk betydelse vid indelning av svarandens invändningar.

### 2. Svensk doktrin före Bülow

*Nehrman* arbetar främst med skillnaden mellan dilatoriska och peremptoriska invändningar. Enligt *Nehrman* gör en dilatorisk invändning "allenast något anstånd och hinder för kändens, at ernå hwad han begiärer".<sup>1</sup> De peremptoriska invändningarna däremot sägs "aldeles (wederlägga) kändens påstående, om de warda fulltygade", och "binda i hufwudsaken", det vill säga "befria från (kändens) tilltal".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Nehrman* s. 187 (jag begagnar här och i det följande genomgående 2. uppl. tryckt 1751). Beträffande de skiftande betydelser som lagts in i begreppet dilatorisk invändning se ovan s. 32 ff och *Schrevelius* s. 197 f.

<sup>2</sup> *Nehrman* s. 187 och 198. *Nehrman* betraktar t. ex. rättskraftsinvändningar som peremptoriska (s. 200). För ytterligare exempel se *Ekelöf: Rättegång* II s. 16 med not 33.

De peremptoriska invändningarna är enligt Nehrman av två slag; antingen påstår svaranden "at actor aldrig haft någon rätt . . . eller ock, at then rätt, som kändanden tilförne haft, är upphäfwen". Alla andra invändningar kallas dilatoriska.<sup>3</sup>

Beträffande dilatoriska invändningar anmärker emellertid Nehrman också att de avser "en riktig och Lag-likmätig Process, vid sakens skiötsel och drift",<sup>4</sup> och därmed tycks ju denna klass erinra om våra processuella invändningar, liksom de peremptoriska skulle motsvara vad vi idag kallar sakinvändningar. Men så har Nehrman ej uppfattats i senare doktrin. Enligt Uppström menade visserligen Nehrman med peremptoriska invändningar endast kändandens påståenden i "sjelva saken", men vad Nehrman betecknar som dilatoriska invändningar kunde — anser Uppström — grundas å såväl materiellrättsliga som processuella stadganden.<sup>5</sup> Och Wrede påstår, att inget av begreppen sak- och processinvändningar varit "ens någorlunda klart" för Nehrman.<sup>6</sup>

Vid en genomläsning av Nehrman's arbete framstår emellertid Wredes uttalande som väl tillspetsat. Även om Nehrman ej använder skillnaden mellan formell och materiell rätt som den dominerande indelningsgrunden för invändningar, så uppehåller han sig dock vid flera tillfällen vid denna distinktion. Nehrman talar om invändningar "emot sielfwa processen som kändanden anställt"<sup>7</sup> (hit räknas bl. a. brister i stämningsansökningen och delgivningen), om "jäf (som angå) processen allenast"<sup>8</sup> och sådana som "röra saken",<sup>9</sup> om invändningar som bör framställas innan svarande "inlåter sig i saken",<sup>1</sup> han fäster avseende vid om uppskovsdomar har samband med saken eller ej<sup>2</sup> och under begreppet *dom* inbegriper Nehrman endast "de utslag, som angå hufwudsaken, eller merita causae", medan de avgöranden, som "utfärdas uti parternas tvistigheter om sakens handterande, och angå sielfwa processen allenast" kallas "resolutioner", vilka alltså utfärdas "uti processuale mål".<sup>3</sup> Det är dock möjligt, att Nehrman hänfört endast icke

<sup>3</sup> Nehrman s. 198 f, jfr Schrewelius s. 198.

<sup>4</sup> Nehrman s. 186 f.

<sup>5</sup> Uppström s. 112 f.

<sup>6</sup> Wrede s. 33. Jfr även Ekelöf: Rättegång II s. 15 f.

<sup>7</sup> Nehrman s. 191 ff, se även vid not 4 ovan.

<sup>8</sup> Nehrman s. 129 och 133.

<sup>9</sup> A. a. s. 133.

<sup>1</sup> A. a. s. 193.

<sup>2</sup> A. a. s. 343.

<sup>3</sup> A. a. s. 340 f, där dock Nehrman påpekar att skillnaden ej upprätthålls konsekvent.

slutliga utslag till den sistnämnda gruppen och att "hufwudsaken" följaktligen omfattat frågan om käromålet skulle bifallas eller ej i en vidare mening än vad som numera är fallet.

Nehrman begagnar således stundom distinktionen mellan formell och materiell rätt, även om den ej tillmäts avgörande betydelse. Han påpekar också att det ej går att dra någon skarp gräns mellan "sielfwa hufwudsaken" och processuella frågor; "... emellan merita och processen är gemenligen et så nära sammanhang, at et fel i then senare kan förorsaka et felaktigt utslag i sielfwa hufwudsaken".<sup>4</sup> Att distinktionen mellan dilatoriska och peremptoriska omständigheter tagits till utgångspunkt vid indelningen av invändningar kan således ej bero på att begreppen formell och materiell rätt skulle ha varit främmande för Nehrman, vars här diskuterade arbete — "Inledning til Then Swenska processum Civilem" — var inriktat just på det processuella regelsystemet. Och att Nehrman ändå främst begagnade sig av distinktionen mellan dilatoriska och peremptoriska invändningar behöver ej enbart ha berott på påverkan från tysk doktrin<sup>5</sup>, utan kan snarare sättas i samband med insikten om det vanskliga i att skilja mellan formella och materiella frågor. Nehrman's indelningsgrund ägde dessutom fördelen att ange i vilka fall ny talan var möjlig, medan skillnaden mellan formell och materiell rätt ej synes ha varit förknippad med några betydande skillnader i rättsföljder vid denna tid.<sup>6</sup>

*Delldén* skiljer visserligen i ett tidigt arbete mellan "exceptio materialis och formalis", men då han ett par decennier senare i ett annat sammanhang på nytt tar upp ämnet till behandling, anser han, att om man söker att få grepp om "den olika rättsföljden af parternas invändningar, så är lämpligast och enklast att fördela dessa . . . i 2:ne classer", nämligen *dels* "Uppskofs-invändningar (Exceptiones dilatoriae)", som kännetecknas av att de "allmänneligen förorsaka uppskof med hufvudmålets utförande", *dels* "invändningar, som icke medföra uppskof i följd av särskild fullföljd (Exceptiones non dilatoriae)", vilka visserligen kan föranleda uppskov även de, men som utmärkes av att de ej får fullföljas särskilt.<sup>7</sup> Till den förstnämnda gruppen hänför *Delldén* endast de två invändningar som tas upp i ÄRB 16: 1 och 3, nämligen foruminvändning och invändning om flera parter instämmande.

<sup>4</sup> Nehrman s. 389, jfr dock s. 391.

<sup>5</sup> Jfr dock Wrede s. 33.

<sup>6</sup> Jfr dock ovan vid not 3 och Nehrman s. 391: "Men theremot bör thet ej kallas nullitet, där Domaren förser sig uti meritis, och orätt brukar eller applicerar lagen; utan sådant bör, efter laga anställdt wad, botas och rättas av Öfwer-Rätten." Jfr härom Welamson: Domvillobesvär s. 19 ff och Palmgren i SvJT 1957 s. 121.

<sup>7</sup> För det följande, se *Delldén*: Rättegångs-sättet i Sverige, 2:a uppl. (1844) s. 43 ff, jfr Wrede s. 34. — Betr. Sollander, Fick och Colling, se Wrede s. 33 f.

Som synes lägger Delldén in en annan betydelse i begreppet dilatoriska invändningar än Nehrman, som ju räknar en betydligt större grupp till denna kategori. Indelningen tar sikte på skillnader i rättsföljder enligt 1734 års lag och avskiljer endast de som är "processhindrande" i den betydelsen att de förorsakade uppskov med "hufvudmålets utförande".<sup>8</sup>

Schrevelius, vars lärobok utkom drygt tio år före Bülow's arbete, understryker i förordet sambandet mellan civilrätten och civilprocessen; de står, skriver Schrevelius "... i ett så nära sammanhang, att de icke kunna eller böra från hvarandra helt och hållet skiljas". Han ansluter sig — i motsats till Delldén — till Nehrman's definition på termen dilatorisk invändning, men arbetar även med andra indelningsgrunder. Främst gör han skillnad mellan invändningar som avser personerna i rättegången, sådana som rör "sjelva målet, som tvisten angår" (varmed Schrevelius synes avse "mål" i materiell mening) och sådana som gäller processen.<sup>9</sup> Till *den första klassen* hänför han t. ex. invändning om domar- och vittnesjäva, fel forum (vari inbegripes att målet redan är anhängigt vid annan domstol), att käranden ej är rätt målsägande och att sakförare saknar fullmakt, till *den andra klassen* räknas invändning om tvång, list etc. vid ingående av det omstämnda kontraktet, invändning om betalning och förlikning, om preskription, att "målet" är för tidigt väckt eller att det redan är avdömt — *res judicata* — och till *den tredje klassen*, slutligen, hänför Schrevelius invändning om fel i stämningen och att käranden "brukar en bakvänd ordning, enär han vill hafva en fråga först avgjord, som beror af en annan, hvilken följaktligen måste vara förut besvarad".<sup>1</sup> Samtliga tre klasser innehåller således vad vi numera kallar processinvändningar, även om den andra klassen nära nog uteslutande avser sakinvändningar enligt vårt sätt att se.

Det synes vara rent framställningsmässiga skäl som föranlett Schrevelius att företa den här återgivna indelningen; den skall, skriver Schrevelius, "tjena(r) till en öfversigt af alla de mångfaldiga Invändningar, som uti ett Rättegångsmål äro möjliga och till uppsökande af dem, som i hvarje särskildt fall äro passande och lämpliga".<sup>2</sup> Nehrman's

<sup>8</sup> Betr. termen processhindrande se ovan s. 32 ff och nedan s. 77 f.

<sup>9</sup> Schrevelius s. 199. Schrevelius vill ej beteckna förnekande — och som det synes ej heller rättsinvändning — som en invändning och ställer sig ö. h. t. kritisk (s. 195 ff) till den vidsträckt betydelse invändningsbegreppet fått framför allt i tysk doktrin. Detta har dock ej föranlett Schrevelius att använda termen invändning endast för processuella invändningar utan han innefattade däri även åberopande av motfakta; se nedan vid not 1.

<sup>1</sup> A. a. s. 199 f. Jfr ovan s. 55 not 5 betr. praescriptio.

<sup>2</sup> A. a. s. 198.

systematik, som ägde fördelen att skilja ut de fall då ny talan var möjlig, får således vika för en indelning som sammanför invändningar med olika rättslig betydelse.

### 3. Lagstiftningsarbetet

De ovan refererande författarnas framställning bör ses mot bakgrund av att ÄRB i sitt 16 kapitel tog upp hithörande frågor under den samlande rubriken "Om hwarjehanda invändningar i rättegång; så ock upskof". Speciella regler gällde blott beträffande de två invändningar Delldén kallar *exceptiones dilatoriae*, dvs. *foruminvändning* och *invändning om att "flere hafwa i saken del"* (§§ 1—3). Särskilt utslag över invändningsfrågan var obligatoriskt i dessa fall, medan motsvarande regel för övriga invändningar var fakultativ (16: 1, 3 och 4). De två förstnämnda invändningarna synes som tidigare berörts också ha varit *processhindrande* i den meningen att handläggningen av målet ej fick fortsätta förrän avgörandet i invändningsfrågan vunnit laga kraft.<sup>3</sup>

Innan jag fortsätter framställningen bör uttrycket *processhindrande* invändning beröras något. Som jag nämnt tidigare kom denna term till användning i bl. a. tidig tysk doktrin, varvid den — *liksom termen processinvändning!* — ej stod i något absolut beroendeförhållande till distinktionen mellan formell och materiell rätt.<sup>4</sup> Även invändningar, som avsåg det omstämda rättsförhållandet, kunde i vissa fall handläggas, avgöras samt överklagas<sup>5</sup> särskilt, och därigenom förorsaka uppskov med handläggning och avgörande av målet i övrigt. Det var denna tekniska effekt på förfarandets gestaltning man avsåg med uttrycket *processhindrande*.

Anser man att en invändning enligt 16: 3 ÄRB gäller målets materiella del,<sup>6</sup> har man här ett exempel på att gruppen av *processhindrande* invändningar ej heller i svensk rätt varit inskränkt till formella frågor; nyssnämnda invändning hade ju som ovan berörts den tekniska effekt jag här beskrivit. Emellertid kommer termen *processhindrande* invändning så småningom att användas enbart för formella frågor. Särskilt förvillande härvidlag är att termen av flera författare<sup>7</sup> — och i

<sup>3</sup> Jfr ovan s. 75 och 16: 4 e contrario. — I ett Kungligt brev av den 10 mars 1718 skiljer man mellan "preliminair-, processual- och vittnesmålswister" och räknar ovan nämnda *processhindrande* invändningar till den första av dessa tre grupper.

<sup>4</sup> Se härom ovan s. 35.

<sup>5</sup> Eller endera därav.

<sup>6</sup> Jfr nedan s. 184 ff.

<sup>7</sup> Se nedan s. 83 f och 86 f not 5 betr. Afzelius och Trygger.

viss mån även i lagstiftningsarbetet<sup>8</sup> — används för att beteckna *alla* formella invändningar, oavsett om de skulle (eller kunde) avgöras och överklagas innan handläggningen av målets övriga delar fick fortgå. Termen processhinderande invändning blir närmast synonym med processinvändning,<sup>9</sup> som ju enligt gällande rätt blott har — i ursprunglig mening — processhinderande effekt i vissa fall.<sup>1</sup>

Låt mig nu återknyta till reglerna i 1734 års lag. Invändning enligt 16:1 och 3 var således processhinderande i termens ursprungliga mening; invändningsfrågan skulle vara avgjord med laga kraft innan man fortsatte att handlägga målet i övrigt. Övriga invändningar behandlas i 16:4, där man ej synes göra någon skillnad mellan invändningar av formellt respektive materiellt innehåll: "Giör någon annan invändning . . . ehwad thet är emot Domaren . . . eller ehwad eljest invändes . . ."<sup>2</sup> Visserligen påpekas särskilt i samma paragraf att "besvär öfwer fel i rättegången" endast får föras i samband med talan i "hufwudsaken". Men härvidlag torde det ej ha varit fråga om någon skillnad gentemot invändningar av annan art.

Rubriken till 16 kap ÄRB, liksom innehållet i 4 §, talar sålunda för att den idag så betydelsefulla distinktionen mellan formella invändningar och sakinvändningar saknade praktisk betydelse i äldre svensk processrätt. Nehrman och Schrevelius synes också ha uppfattat tillämpningsområdet för 16 kap ÄRB på ovan angivet sätt.<sup>3</sup> Men frågan är omstridd, och allteftersom Bülows synsätt vinner insteg i svensk doktrin märks en allt starkare tendens att anpassa 16 kap ÄRB till nyssnämnda distinktion. Rubrikens uttryck "invändningar i rättegång" sätts i motsatsförhållande till termen "invändningar i sak" (=sakin-

<sup>8</sup> Jfr nedan s. 80.

<sup>9</sup> Tilläggas kan att även processuella invändningar, som ej är processinvändningar (t. ex. om jäv) stundom betecknas som processhinderande.

<sup>1</sup> 34:3, 49:3 och 11 samt 54:3. I så måtto är dock alla processinvändningar processhinderande att bifall till en processinvändning naturligtvis innebär att handläggningen av målet i övrigt avbryts. — I viss mening kan man även säga att t. ex. en materiell invändning som handläggs och avgörs enligt 17:5 st 2 med därtill knutna bestämmelser är processhinderande. Enligt min mening bör dock inte bara ett sådant uttryckssätt, utan termen processhinderande invändning ö. h. t., undvikas betr. gällande rätt. Däremot synes mig uttrycket "invändning om processhinder" kunna användas som synonym till processinvändning.

<sup>2</sup> Kursiverat här. (Detta, liksom andra citat ur 1734 års lag, är hämtade från lagutgåvan i Minnesskrift ägnad 1734 års lag, III, 1934.) Av lagtexten får man intrycket att också skillnaden mellan dilatoriska och peremptoriska invändningar saknade betydelse i ifrågavarande avseenden; "antingen thet i hufwudsaken binder, eller ej" (16:4). Betr. sistnämnda lokution, jfr dock Wrede s. 64 i not 7.

<sup>3</sup> Jfr Wrede s. 63 f i not 7.

vändningar) och 16 kap uppfattas som gällande endast rättegångsinvändningar.<sup>4</sup>

Det kan tänkas att doktrinen påverkade praxis på så sätt att tillämpningsområdet för 16 kap ÄRB mot slutet av 1800-talet kom att inskränkas till invändningar av processuell natur. Men vid tillkomsten av ÄRB torde man ej ha tillmätt distinktionen mellan formell och materiell rätt någon avgörande betydelse på detta område.<sup>5</sup> Liksom hos Nehrman var skillnaden mellan frågor av det ena eller andra slaget naturligtvis bekant för lagstiftaren,<sup>6</sup> men det synes vara en fråga om en "övertolkning"<sup>7</sup> och en anakronism, då ordvalet i rubriken till 16 kap ÄRB i 1734 års lag sätts i samband med skillnaden mellan sak- och processinvändningar, en distinktion, som enligt Wrede klargjordes först av Bülow under senare hälften av 1800-talet.<sup>8</sup>

Hur såg man då på frågan om processuella och materiella invändningar i de lagförslag som utarbetades under 1800-talet? Ja, i motiven till 1849 års förslag till Rättegångsbalk står man i stort sett kvar på samma punkt som tidigare då man drar upp riktlinjerna för ny lagstiftning på området. Efter att ha konstaterat att en uppräkningslista av invändningarna ej lämpligen bör ske i lagtexten,<sup>9</sup> koncentrerar man sig på frågan om vilka invändningar som skall vara processhinder, dvs. "i hvilka fall man, innan hufvudsaken fortgår, må i högre Rätt fullfölja en . . . fråga, då den i lägre Rätt blifwit framställd och genom preliminairbeslut afgjord".<sup>1</sup>

När frågan om invändningar tas upp i lagstiftningsarbetet nästa gång — i *Nya lagberedningens betänkande ang. rättegångsväsendets*

<sup>4</sup> Angående debatten om tillämpningsområdet för 16 kap ÄRB, se Wrede a. st. och Kallenberg: Föreläsningar 1 s. 68. Ekelöf, som senast uttalat sig i frågan, synes utgå från att nämnda kapitel var uppbyggt efter en annan systematik än den nu gällande, se densamme i Rättegång II s. 15 f.

<sup>5</sup> Jag har ej ansett det nödvändigt att gå längre tillbaka än till 1734 års lag och doktrin från denna tid för att belysa frågan om Bülows betydelse för svensk doktrin och lagstiftning. Betr. äldre rätt se Wrede s. 33 och 155 ff, (varvid dock bör observeras att "hufvudsaken" ej torde ha varit inskränkt till den materiella frågan på det sätt Wrede synes anta, jfr ovan s. 75 betr. Nehrman) och nedan s. 87 not 5.

<sup>6</sup> Blotta existensen av en särskild rättegångsbalk utgör naturligtvis ett visst belegg härför. Se vidare t. ex. rubriken till 25 kap samt 25: 21 ÄRB. Jfr dock betr. sistnämnda stadgande Palmgren å ovan s. 75 i not 6 a. st.

<sup>7</sup> Med "övertolkning" avser jag det förhållandet att ett lagrum, rättsfall, uttalande etc. tillmätts ett alltför stort intentionsdjup.

<sup>8</sup> Wrede s. 35, observera dock att Bülow vände sig emot termen processinvändning (jfr häremot Hassler i festskrift för Herlitz s. 189 not 31).

<sup>9</sup> Se citat återgivet ovan s. 22.

<sup>1</sup> Förslaget s. 35 f.

*ombildning 1884* — kan man emellertid skönja vissa drag av Bülows uppfattning om vikten att skilja mellan formella och materiella invändningar. Man talar om ”de invändningar, som afser rättegångens formella sidor”, men föreslår ej någon gemensam reglering av dessa utan ägnar liksom i tidigare lagförslag det huvudsakliga intresset åt frågan om vilka invändningar som skall anses ”processhinderande”.<sup>2</sup> I olikhet mot vad som skett tidigare hänförs dock de processhinderande invändningarna uttryckligen till de formella invändningarna.<sup>3</sup> En nyhet synes också vara att termen processhinderande ej används enbart i de fall handläggningen av det övriga målet måste avbrytas, utan även då handläggningen visserligen kan fortsätta, men dom ej får meddelas rörande saken förrän invändningsfrågan gjorts till föremål för ett särskilt avgörande.<sup>4</sup> Termen invändning synes ö.h.t. ej användas beträffande materiella frågor.<sup>5</sup>

Liksom i tidigare svensk processrätt har man i 1884 års betänkande observerat distinktionen mellan formella och materiella frågor och framställningen anknyter också oftare än tidigare till dessa termer. Men vad det gäller skillnader i handläggningsreglerna saknar distinktionen fortfarande i stort sett praktisk betydelse. Betecknande härvidlag är t. ex. diskussionen om rättsmedlen. Man konstaterar att gränsen mellan användningsområdena för vad och besvär är obestämd enligt gällande rätt och föreslår de lege ferenda att besvär bör ”erhålla en mycket begränsad användning, företrädesvis i frågor af formel natur eller af underordnad materiel vikt”.<sup>6</sup> Vadeförfarandet bör komma till användning ”då underrätten meddelat dom eller utslag, hvarigenom hufvudmålets handläggning *vare sig* efter materiell pröfning *eller* på formella skäl definitivt afslutats”.<sup>7</sup> I motsats till vad jag antagit vara

<sup>2</sup> 1884 års betänkande del 2, s. 200. — I a. a. s. 5 f begagnas uttrycken formell och materiell rätt i en annan betydelse än den som är aktuell i här ifrågasvarande sammanhang; vad som åsyftas synes motsvara skillnaden mellan vad som idag kallas materiellt resp. formellt riktigt dom, se härom Ekelöf: Rättegång I s. 26 f.

<sup>3</sup> Betänkandet s. 200, jfr ovan s. 77 f. — Anmärkas kan att termen processhinder kommer till användning (s. 204), ehuru detta synes vara endast i förbigående. Jfr nedan s. 83 f betr. Afzelius.

<sup>4</sup> A. a. s. 203. Jfr även uttrycken ”icke alls ... processhinderande” (a. st) och ”i viss mån processhinderande” (s. 205), se även ovan s. 77 f.

<sup>5</sup> Se t. ex. a. a. s. 205, jfr nedan s. 82 betr. Broomé.

<sup>6</sup> A. a. s. 35 och 261, kursiverat här.

<sup>7</sup> A. a. s. 261, kursiverat här. (Jfr även NJA II 1901 s. 56, där lagutskottet synes uppfatta våra dagars avvisning som ett avgörande av ”huvudsaken”.) Lagberedningens förslag överensstämmer i detta hänseende med vad som numera gäller i bl. a. tysk, österrikisk och dansk (men ej norsk) rätt, jfr nedan s. 110 ff och Alten i festskrift till Württemberg s. 13.

fallet hos Nehrman använder man således begreppet formella frågor även för omständigheter som kan leda till ett slutligt utslag i målet.<sup>8</sup>

Även i *Lagberedningens* år 1893 avgivna förslag till lag angående vissa invändningar är det huvudsakligen frågan om processhinderande invändningar — i detta uttrycks ursprungliga betydelse — som diskuterats.<sup>9</sup> Någon gemensam reglering av *alla* processuella invändningar torde ej ha varit avsikten med förslaget, men de invändningar som tas upp synes vara formella enligt vårt sätt att se. Om övriga formella invändningar skulle handläggas och avgöras på något annat sätt än sakinvändningar framgår ej. Också den slutgiltiga lagtexten i 1901 års förslag synes avse uteslutande formella invändningar, även om termer som processförutsättningar, rättegångshinder etc. ännu ej kommer till användning. Som tidigare nämnts ansåg man ju i doktrinen vid denna tid — bl. a. på grund av kapitelrubriken — att 16 kap ÄRB endast omfattade formella invändningar. Det fanns således ej anledning att särskilt understryka den nya lagens karaktär i detta hänseende; man övertog uttrycket ”invändningar i rättegång” i rubriken till 16 kapitlet i dess nya skick och avsåg därmed enbart processuella invändningar. Skillnaden mellan formell och materiell rätt som indelningsgrund för invändningar hade s. a. s. smugit sig in i lagstiftningen via doktrinen anakronistiska föreställningar om systematiken i ÄRB. Men ännu i förarbetena till 1901 års lag kan man skönja hur skillnaden ibland ”glöms” bort; efter påpekande av lagutskottet ändrades således först i sista omgången lagtexten i 25: 5 så att ”hufvudsaken” endast kom att beteckna frågan om det materiella rättsförhållandet.<sup>1</sup>

Det definitiva genombrottet för Bülows synsätt och terminologi kom dock först i *Processkommissionens* och *Processlagberedningens* senare betänkanden.<sup>2</sup> Man kan fråga sig varför lagstiftaren inte heller på detta stadium gav en utförlig motivering för den nya systematiken och dess vittgående praktiska konsekvenser. Kanske betraktades Bülows

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 74 f.

<sup>9</sup> 1893 års förslag s. 11 ff, jfr även dep.chefen i NJA II 1901 nr 5 s. 30 — 1891 års förslag avser frågan om fullföljd och kan i huvudsak förbigås. Här skall blott nämnas att sambandet mellan besvär och frågor om processhinder uppstod först genom RB:s tillkomst. Dessförinnan användes besvär alltid i brottmål och i tvistemål endast betr. vissa formella frågor.

<sup>1</sup> Se NJA II 1901 nr 5 s. 56, jfr ovan s. 74 f betr. Nehrman och nedan s. 87 not 5 betr. Trygger.

<sup>2</sup> Se t. ex. PK i SOU 1926: 32 s. 134 f, SOU 1926: 33 s. 37 (”processhinder”), 50 (”processförutsättning”) och 66 ff samt PLB i SOU 1938: 44 s. 374 ff (”rättegångshinder”).

uppfattning som självklar vid det laget.<sup>3</sup> Kan doktrinen inställning i så fall ha bidragit härtill?

#### 4. Svensk doktrin efter Bülow

Utvecklingen i doktrinen går något före det nya synsättets genombrott i lagstiftningsarbetet. Vad gäller *Broomé* (1882) är det visserligen svårt att säga i vilken utsträckning han är påverkad av Bülow. Någon anknytning till Bülows terminologi förekommer nämligen ej i *Broomés* framställning. Men skillnaden mellan formella och materiella frågor beaktas i högre grad än i tidigare svensk litteratur och man kan ej utesluta att *Broomé* härvidlag påverkats av strömningarna i tysk doktrin.

I sin redogörelse för den svenska doktrinen uppfattning i här aktuella frågor nämner Wrede att uttrycket invändning hos *Broomé* "omfattar ... endast processinvändningarna och andra formella invändningar, utan att dock skillnaden mellan dessa grupper skulle påpekas eller öfver hufvud någon annan synpunkt beaktas än den rent praktiska".<sup>4</sup> Men Wrede nämner ej att *Broomé* uppmärksammat svårigheterna att skilja mellan formella och materiella frågor, vilket även föranlett honom att gå in på en diskussion av tveksamma mellanfall.<sup>5</sup> Således anmärker *Broomé* t. ex. om *exceptio rei judicatae* att den "icke så helt och hållet (är) en formalitetsfråga, att icke den, ur vissa synpunkter sedd, ganska nära rör målets realitet och (den) bör för den skull icke heller ställas i alldeles samma klass med de invändningar, hvilka endast angår *formalia processus*".<sup>6</sup> *Broomé* synes visserligen ej arbeta med skilda rättsföljder för invändningar av det ena eller andra slaget, men antyder att avvisning bör användas vid formella brister.<sup>7</sup> Termen *dom* reserverar *Broomé* liksom "lagen och språkbruket" ej för något särskilt slags avgöranden,<sup>8</sup> och han anmärker beträffande rätts-

<sup>3</sup> Jfr ovan s. 21.

<sup>4</sup> Wrede s. 34 f, jfr *Broomé* s. 135 med not 2. Se också Bülow (s. 5 f) som skiljer mellan föreskrifter om processföresättningar och regler som endast gäller förfarandets gång, dock utan att alldeles klart ange kriterierna för denna distinktion.

<sup>5</sup> Se förutom exemplet nedan i texten även a. a. s. 69 f (jfr nedan s. 184) betr. saklegitimation.

<sup>6</sup> *Broomé* s. 136 f.

<sup>7</sup> A. a. s. 70. Betr. avvisning se vidare nedan s. 86 i not 4.

<sup>8</sup> A. a. s. 237.

medlen att någon skarp gräns ej kan dras mellan de frågor som skall fullföljas med respektive rättsmedel.<sup>9</sup>

Afzelius som var medlem av lagberedningen vid tillkomsten av 1884 års betänkande, gav samma år ut första upplagan av sitt intressanta arbete "Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål", utarbetat på uppdrag av lagberedningen och således med stora möjligheter att påverka utvecklingen i lagstiftningsarbetet.<sup>1</sup> Boken består av en jämförande framställning av svensk och utländsk lagstiftning på processrättens område.

Afzelius hänvisar ej till Bülow, men han ansluter sig ändå i vissa delar till dennes uppfattning. Processen "framträder för juristen som ett . . . rättsförhållande"<sup>2</sup> och termen *processhinder* begagnas som beteckning för "formella hinder för rättegång i saken".<sup>3</sup>

Afzelius accepterar alltså Bülows teori om processrättsförhållandet och tar distinktionen mellan formell och materiell rätt till utgångspunkt vid indelning av invändningarna. Han anmärker också särskilt, att man i fransk rätt ej ". . . skiljer strängt mellan formella och materiella invändningar".<sup>4</sup> Däremot följer han ej den enträgna uppmaning Bülow<sup>5</sup> riktat till den tyska lagstiftaren att begagna uttrycket "Processvoraussetzung" i stället för "processhindernde Einrede", en uppmaning som ju ej heller förmådde påverka sin ursprungliga adressat. Afzelius använder således — troligen påverkad av den då färska tyska processlagen — i stället termen *processhinder*<sup>6</sup> och, som synonym därtill, även "processhindrande invändning",<sup>7</sup> vilket särskilt borde ha smärtat (den dock därom troligen ovetande) Bülow, enligt vilken detta "negativa" sätt att uttrycka ifrågavarande omständigheter var speciellt förvillande.<sup>8</sup> Däremot verkar Afzelius ej ha haft någon tanke på att

<sup>9</sup> A. a. s. 256 och 264 f. Jfr Schrevelius s. 147, som råder den, som ej kan avgöra om vad eller besvär bör anföras, att för säkerhets skull använda sig av båda rättsmedlen!

<sup>1</sup> Jfr 1884 års betänkande, första delen, s. XV och XVIII i inledningen.

<sup>2</sup> Afzelius (1. uppl.) s. 11, jfr även s. 44. Afzelius använder dock termen "processförhållande" i st. f. processrättsförhållande.

<sup>3</sup> A. a. s. 17 f, jfr även s. 171 f samt 2. uppl. s. 46 f.

<sup>4</sup> A. a. s. 17 not 1, jfr ovan s. 26.

<sup>5</sup> Bülow s. 313 f.

<sup>6</sup> Även Bülow använder, ehuru endast undantagsvis (se t. ex. å s. 9) termen "Processhindernis".

<sup>7</sup> Afzelius s. 17. Afzelius synes mena att endast dispositiva processhinder ger svaranden rätt att "vägra ingå i svaromål förr än frågan om hans skyldighet är genom dom avgjord" (a. a. s. 45) men även tvingande processhinder betecknas som "processhindrande" (a. a. s. 17, jfr betr. detta uttryck ovan s. 77 f). Framställningen är dock oklar på denna punkt.

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 38 f.

även andra brister än formella skulle ha kunnat vara processhinder.<sup>9</sup>

Afzelius ägnar även intresse åt frågan om vilka processhinder invändningar som är "af publik natur",<sup>1</sup> dvs. tvingande enligt modern terminologi. Till denna grupp hänför han processhinder "... af den beskaffenhet att målets upptagande rent af skulle strida mot god rättegångsordning", medan däremot parterna beträffande vissa andra processhinder kunde komma överens om att "låta saken hafva sin gång".<sup>2</sup> Han påpekar särskilt att res judicata och lis pendens är tvingande i svensk (i motsats till i fransk och tysk) rätt, och förklarar detta med att "lagstiftaren ... tagit hänsyn till det för rättsskipningen nedsättande deri, att stridiga domar om samma sak kunde af Domstolarna gifvas ...".<sup>3</sup>

Det synes främst vara i framställningsmässigt syfte som Afzelius tar upp distinktionen mellan formella och materiella invändningar i sitt arbete. Skillnaden var ju ej av praktisk betydelse i 1884 års betänkande och Afzelius anknuter ej heller i någon högre grad praktiska konsekvenser till distinktionen ifråga. Således använder han t. ex. beteckningen *dom* för slutliga avgöranden av såväl formellt som materiellt innehåll, och rättsmedel i båda fallen är vad, ej besvär, som blott används vid icke slutliga beslut.<sup>4</sup>

Med *Wredes* avhandling om "Processinvändningarna" — utgiven samma år som första upplagan av Afzelius' ovan angivna arbete — får Bülows lärar sin första utförliga presentation på svenska. Ideliga hänvisningar till Bülows arbete förekommer i framställningen. Wrede ansluter sig dock ej obetingat till Bülows teser. Beträffande processrättsförhållandet hyser han "vissa tvifvel angående riktigheten av hela begreppet samt dess värde och användbarhet för civilprocessens dogmatik".<sup>5</sup>

Processförutsättningarna ansåg däremot Wrede vara ett begrepp "som icke kunde undvaras"<sup>6</sup> och därmed borde förstås ej förutsättningar för hela rättegången utan "endast till den del däraf, som rör befogenheten af det materiella anspråket eller ... hufvudsaken".<sup>7</sup> Med *processinvändning* menar Wrede dels "själva det af parten framställda

<sup>9</sup> Jfr däremot ovan s. 32 f.

<sup>1</sup> Afzelius s. 17.

<sup>2</sup> A. a. a. st.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> A. a. s. 171 f, jfr dock även s. 52 där Afzelius gör gällande att domstolen tillämpar "preklusionsgrundsatsen ... strängare i fråga om formella invändningar".

<sup>5</sup> Wrede s. 44 ff.

<sup>6</sup> A. a. s. 55 och 58.

<sup>7</sup> Ibidem.

påståendet, dels det faktum, hvarpå detta grundar sig”,<sup>8</sup> eller m. a. o. *bristen på en processförutsättning*”.<sup>9</sup> En processinvändning innebär ”ett påstående af någondera parten, varigenom denna p. g. a. en bristande processförutsättning söker afbringa hufvudsakens upptagande till prövning”.<sup>1</sup> Till processinvändningarna räknar Wrede således ej invändningar som endast riktar sig mot en enskild processhandling under processen.<sup>2</sup> Vid indelningen av invändningar följer Wrede Bülow's uppfattning även om han ej tvekar att uttrycka processförutsättningarna negativt, i invändningsform. Avgörande vid indelningen är om den påstådda bristen är formell eller materiell. Och ”där positiva grunder saknas” skall valet häremellan träffas ”enligt sakens inre beskaffenhet och allmänna principer”.<sup>3</sup> Tidigare läror om invändningar har enligt Wrede nära nog samtliga lidit av felet att skillnaden mellan formella och materiella frågor ”blandats bort”.<sup>4</sup>

Wredes framställning synes vara den första på svenska språket som öppet anknyter till Bülow's arbete och den torde ha varit av avgörande betydelse för den fortsatta utvecklingen av svensk rätt på området.<sup>5</sup> Wrede anser att ÄRB:s bestämmelser i 16 kap och 25: 21 om handläggning av invändningsfrågor endast gäller invändningar av processuellt innehåll.<sup>6</sup> Han uppställer vidare en särskild bevisbördelära beträffande processförutsättningarna<sup>7</sup> och diskuterar omfattningen av domstolens officialprövning av dessa. Om domstolen ej uppmärksammat förhandenvaron av en processförutsättning, leder detta enligt Wrede till att domen — och hela det förfarande som föregått denna — blir ogiltig.<sup>8</sup> Vid bifall till en processinvändning bör avvisning följa och detta utslag äger, i motsats till ett avgörande i sakfrågan, ej någon rättskraft. Rättsmedel vid avvisning bör vara besvär.

Beträffande de flesta frågor diskuterar Wrede inte blott skillnaden mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta utan han beaktar även distinktionen mellan dispositiva och indispositiva process-

<sup>8</sup> A. a. s. 6. Med påstående synes Wrede här mena ungefär yrkande.

<sup>9</sup> A. a. s. 59.

<sup>1</sup> A. a. s. 59.

<sup>2</sup> Se t. ex. a. a. s. 61 f och 64 i not 7, jfr dock Hassler i Festskrift för Herlitz s. 132.

<sup>3</sup> Wrede s. 42.

<sup>4</sup> Wrede s. 34.

<sup>5</sup> I 2. uppl. av sitt arbete hänvisar Afzelius (s. 18 not 1) till Wredes här diskuterade avhandling, men den nya uppl. är i stort sett oförändrad (jfr förordet s. III).

<sup>6</sup> A. a. s. 155 och ovan s. 78.

<sup>7</sup> För det följande se a. a. s. 144 ff (betr. bevisbördan jfr ovan s. 62 f).

<sup>8</sup> Wrede (s. 57) ansåg dock ej att det var fråga om självverkande ogiltighet.

förutsättningar.<sup>9</sup> Man kan ibland sväva i tvivelsmål om huruvida Wredes framställning är avsedd som en redogörelse för gällande rätt eller som synpunkter de lege ferenda. I huvudsak synes dock syftet vara det förstnämnda,<sup>1</sup> vilket är förvånande mot bakgrund av lagstiftningens utformning och tidigare doktrin.

Liksom hos Bülow blir framställningen ibland nära nog naturrättsligt färgad; Bülow har enligt Wrede lagt grunden till en "riktig" uppfattning, medan t. ex. den franska processrätten "icke kommit vare sig till ett skarpt afsöndrande eller till en riktig teoretisk uppfattning af processinvändningarna".<sup>2</sup> Det synes främst vara det "teoretiskt riktiga" som appellerar till Wrede; Broomé anklagas ju, som tidigare nämnts, för att inte "någon annan synpunkt beaktas än den rent praktiska".<sup>3</sup> Klassificeringen i formella och materiella frågor sker som nyss framgått enligt en begreppsjuridisk metod.

I och med Afzelius' och Wredes arbeten var grunden lagd till ett synsätt enligt kategorierna formell—materiell rätt och en i linje därmed uppdragen skillnad mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta, mellan avvisning och ogillande.<sup>4</sup> Trygger går ett steg längre än Wrede genom att även anamma teorin om processrättsförhållandet. Detta rättsförhållande, säger Trygger, är "till sin uppkomst bundet av förekomsten av ett eller flera fakta, processförutsättningar, dvs. de faktiska omständigheter, som äro förutsättningar för en process

<sup>9</sup> Jfr även Afzelius ovan s. 84.

<sup>1</sup> Jfr Wrede s. 7 och Afzelius' ovan i not 5 anmärkta hänvisning.

<sup>2</sup> Se a. a. s. 35 och 31.

<sup>3</sup> A. a. s. 35 och ovan s. 82.

<sup>4</sup> Kanske finns här anledning att säga något ytterligare om *distinktionen mellan avvisning och ogillande*, som ju idag helt anknyter till skillnaden mellan formell och materiell rätt. Som framgått av det föregående var detta tidigare inte fallet, vilket är naturligt mot bakgrund av det bristande intresset för skillnaden mellan formella och materiella invändningar. Först hos Broomé (s. 70) och Wrede (s. 188), se också Kallenberg I s. 1190 f, synes avvisningen knytas till formella brister. Det skulle emellertid dröja till långt in på 1900-talet innan praxis anpassat sig till denna terminologi (jfr Bergendal s. 104). Larsson (i festskrift till Olivecrona s. 413 i not 31) har gjort gällande att gränsen mellan avvisning och ogillande tidigare drogs med hänsyn till skillnaden mellan dilatoriska och peremptoriska invändningar. Jag har dock ej kunnat finna några säkra belägg för att så varit fallet, tvärt om synes sistnämnda distinktion aldrig ha slagit igenom i svensk praxis eller lagstiftning utan uteslutande varit föremål för intresse i doktrinen. I NJA II 1918 s. 173 synes man förutsätta att avvisning kan ske när en talan är uppenbart ogrundad, dvs. vid en brist som varken är formell eller dilatorisk, men här kanske det bara var fråga om en språklig lapsus. Jag är böjd att tro att avvisning tidigare använts huvudsakligen i de fall då domstolen skilde målet ifrån sig sedan endast en del av målet behövt bli föremål för handläggning. Något entydigt språkbruk i detta avseende torde dock varken ha förekommit i praxis eller doktrin. Jfr även nedan s. 122.

angående ett visst materiellt rättsförhållande”.<sup>5</sup> Även Trygger anser att 16 kap. ÄRB endast omfattade invändningar av processuellt innehåll.<sup>6</sup>

I ”Föreläsningar över 1901 års lag del 1” tar *Kallenberg* — med en hänvisning till Wredes arbete — upp begreppet processförutsättningar och menar därmed ”... en omständighet som utgör förutsättning för process, likväl icke för ett processuellt förfarande öfverhufvud utan för ett giltigt förfarande rörande hufvudsaken”,<sup>7</sup> och i del 2 understryker han vikten av att ”skarpt skilja mellan den materiella frågan — frågan om det materiella rättsförhållandets bestånd — å ena sidan samt de af processrätten uppställda betingelserna för pröfningen däraf, å andra sidan”<sup>8</sup> en uppfattning som *Kallenberg* håller fast vid i sina senare arbeten, där läran om processförutsättningarna ägnas en ingående behandling.<sup>9</sup> Vid denna tid hade också, som tidigare nämnts, *Bülow*s synsätt vunnit insteg i lagstiftningsarbetet för att sedermera inta en central

<sup>5</sup> Trygger: Kommentrar till 1901 års lag s. 35 f. — Även ett slutligt avgörande som grundar sig på en formell brist innebär enligt Trygger (s. 49 not 1 och s. 71) ett avgörande av *huvudsaken* (jfr ovan s. 75 betr. *Nehrman*), ett uttryck som t. ex. hos *Wrede* (s. 145) ej omfattar formella frågor (jfr även lagutskottets påpekande i NJA II 1901 nr 5 s. 56). Termen processhinder användes av Trygger (liksom *Afzelius*, jfr ovan s. 84) på ett som det synes fördomsfritt sätt; varje invändning som kan avbryta processen, dvs. alla processinvändningar, kan man enligt Trygger ”med skäl kalla processhinder”, a. a. s. 36 med not 1, där Trygger föreslår att invändningar enligt 16: 1 och 3 skall kallas dilatoriska (jfr ovan s. 75 betr. *Delldén*).

<sup>6</sup> Trygger s. 37 och 42, jfr dock s. 58.

<sup>7</sup> *Kallenberg*: Föreläsningar 1 s. 15 not 1, jfr även s. 67 f med klara definitioner av processinvändning, processhinder invändning etc. I Föreläsningar 2 s. 62 ff med not 2 hänvisar *Kallenberg* till såväl *Bülow* som *Wrede*. *Kallenberg* synes även ha omfattat teorin om processförhållandet (se t. ex. I s. 1097 ff — särskilt s. 1133 — samt s. 1150 ff, jfr dock densamme i SvJT 1940 s. 4) även om han ej disponerade sin framställning med detta begrepp som utgångspunkt (se a. a. s. 1134 i not 58).

<sup>8</sup> *Kallenberg*: Föreläsningar 2 s. 65 i not 2. I denna långa not (s. 62—66) ställer sig *Kallenberg* däremot skeptisk till *rättsskyddsanspråket* (jfr ovan s. 11) som ett centralt processrättsligt begrepp, även om han ej som *Bülow* (ZZP 1900 s. 212 ff) ville gå så långt att han ansåg begreppet sakna existensberättigande. (Däremot talar *Kallenberg* stundom om karendens ”rättsskyddsbehov”, se t. ex. *Kallenberg* I s. 1183 varom *Boman* s. 251 not 98.) Intressant är att *Kallenberg* endast visar ett svalt intresse för den ytterligare indelning av processförutsättningarna som teorin om rättsskyddsanspråket ger anledning till, något som kan ha varit av betydelse bl. a. för den skillnad i talerättsuppfattning som föreligger mellan de nordiska länderna, jfr nedan s. 222 ff.

<sup>9</sup> Se t. ex. *Svensk Civilprocessrätt* I s. 1150 ff och II s. 380 ff. Jfr även densamme i SvJT 1940 s. 4. Betr. *Kallenberg*s inställning till teorin om rättsskyddsanspråket vid denna tid, se a. a. s. 1131 ff i not 57 och s. 1157 ff i not 19 och *Olivecrona* i SvJT 1925 s. 177 ff, jfr ovan i not 8 a. st.

plats i RB:s systematik.<sup>1</sup> I och med detta kunde man i fortsättningen ej förbigå distinktionen mellan processhinder och materiella rättsfakta; skillnaden hade bl. a. manifesterat sig i de praktiska konsekvenser, som jag skall diskutera i nästa kapitel.

<sup>1</sup> Ett exempel på att distinktionen ännu 1915 saknade den avgörande betydelse den sedermera tillmättes i RB, är frågan om tillämpligt rättsmedel mot slutliga utslag i tvistemål; enligt ÄRB 25: 3 — efter 1901 års ändringar — (se även Kallenberg: Rättsmedlen s. 23, jfr s. 20 not 1) skulle vad användas vid bristen på somliga processförutsättningar och besvär vid bristen på andra.

## Kapitel 5

# NÅGRA PRAKTISKA KONSEKVENSER AV SKILLNADEN MELLAN FORMELL OCH MATERIELL RÄTT

### 1. Terminologi<sup>1</sup> och avgränsningar

En processuell invändning kan antingen vända sig mot en viss processhandling eller mot att käromålet överhuvudtaget upptas till prövning. Det är sistnämnda typ av invändningar som brukar kallas processinvändningar.<sup>2</sup> Till grund för en processinvändning ligger alltid åberopande av ett processhinder, dvs. brist på en processförutsättning.<sup>3</sup> En sådan brist sägs i RB innebära "hinder för målets upptagande" (34: 1). Att svaranden<sup>4</sup> framställer en processinvändning innebär alltså att han åberopar skäl till grund för ett yrkande om avvisning av kändens talan.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Se även ovan s. 19 ff.

<sup>2</sup> Se ovan s. 19 f och Ekelöf: Rättegång II s. 9 med not 5, jfr dock även ovan s. 35.

<sup>3</sup> Betr. avgränsningen mot fullföljdshinder, se Larsson: Partshandlingar s. 88 not 3. Processhinder och processförutsättning är, som Hassler (Svensk Civilprocessrätt I s. 181) uttrycker det, "olika sidor av samma sak". Ekelöf (senast i Rättegång II s. 9) menar med processförutsättning "motsatsen till processhinder". Betr. begreppet processhinder se även Ekelöf i festskrift för Halldén s. 57 ff och nedan s. 213 i not 3.

<sup>4</sup> Även kändens kan naturligtvis aktualisera frågor om processhinder. Detta torde dock vara sällan förekommande. En anledning skulle emellertid kunna vara, att svaranden framställt kvittningsinvändning eller att kändens av någon annan anledning först på ett sent stadium av processen inser, att hans talan är utsiktslös i sitt förhandenvarande skick. För att undvika att svaranden utnyttjar sin rätt till dom, skulle då kändens kunna påpeka att tvingande processhinder föreligger och därmed få till stånd avvisning. Ett sådant avgörande hindrar ju — om processhindret är dilatoriskt (jfr nedan s. 125 ff) — ej kändens att senare starta ny process om samma sak, vilket däremot en ogillande doms rättskraftsverkan skulle kunna göra. I en sådan situation kan rätten visserligen ge kändens möjlighet att avhjälpa processhindret, eventuellt med 9: 3 som påtrycksmedel, men alla processhinder är ej avhjälpbara på detta sätt.

<sup>5</sup> Att avvisning skall ske när det föreligger rättegångshinder går ej att utläsa av 34 kap., jfr däremot 42: 4 och PLB i NJA II 1943 s. 441. Terminologin på här ifrågakommande område har utsatts för kritik, se redan Wrede s. 55, Alexanderson s. 82 f, Kallenberg i SvJT 1940 s. 5 och vidare bl. a. Hassler i Festskrift för Herlitz s. 132 ff. Man brukar härvid peka på att processhinder ej utgör hinder för ett processuellt förfarande, eftersom även spörsmål om processhinder blir prövade i processen (Ekelöf: Rättegång II s. 9). Av detta skäl används på sina håll

Medan processinvändningar framställs i syfte att åstadkomma avvísning, är avsikten med sakinvändningar att käromålet helt eller delvis skall ogillas. Sakinvändningarna brukar indelas i rättsinvändning, förnekande och åberopande av motfaktum.<sup>6</sup> I och för sig är det naturligtvis möjligt att företa en motsvarande indelning av processinvändningarna. Så kan t. ex. en foruminvändning bestå av 1. invändning att åberopade rättsfakta ej grundar behörighet för domstolen ifråga, 2. ett förnekande av de behörighetsgrundande rättsfakta (t. ex. hemvist) käranden åberopat, eller 3. invändning att domstolen visserligen normalt sett är behörig i tvister av ifrågakommande slag, men parterna (t. ex. genom skilje- eller prorogationsavtal) överenskommit att slita tvisten vid annan domstol. Eftersom i allmänhet samma regler gäller för handläggning och avgörande av processinvändningarna oavsett deras karaktär i nyssnämnda hänseende, kommer jag dock i fortsättningen endast undantagsvis att använda mig av en sådan indelning. Däremot finns det stundom anledning att uppmärksamma skillnaden mellan rätts- och sakfråga (i betydelsen bevisfråga)<sup>7</sup> även vad gäller processinvändningarna.

Vid klassificering av en invändning som formell eller materiell står valet således mellan att betrakta densamma som en processinvändning eller som endera av de tre slagen av sakinvändningar. Vill man jämföra de regler som gäller för handläggning och avgörande av processhinder med dem som gäller för materiella frågor, blir det ej fråga om att jämföra ett regelkomplex med ett annat, utan med *tre* andra och detta även om processinvändningarna behandlas som en enhetlig grupp. De regler som gäller för handläggning och avgörande av frågor rörande saken är ju ej desamma oavsett vilken sorts sakinvändning som är aktuell.

termen "sakprövningsförutsättningar" i stället för "processförutsättningar", så t. ex. av Agge s. 69, Olsson s. 63 ff och Heuman t. ex. s. 169 (jfr betr. denna term Ekelöf: Rättegång II s. 10 not 6). I anslutning till RB:s uttryckssätt och den doktrinhistoriska bakgrunden kommer jag dock även fortsättningsvis att begagna den hävdvunna terminologin. — Som framgått ovan är den juridiskt-tekniska betydelsen av termen processhinder numera "grund för avvísning" (Ekelöf: Rättegång II s. 9 f). I anslutning härtil kan erinras om det tidigare påtalade förhållandet (ovan s. 23 f) att man i de danska och norska processlagarna (och stundom även i doktrinen, jfr Boman i SvJT 1971 s. 639 not 14) s. a. s. går direkt på rättsföljden — avvísningen — utan att begagna ovan angivna termer, något som kan vara ändamålsenligt ur vissa synpunkter (jfr Hassler a. a. s. 135 ff). Emellertid känns — som Boman påpekar å a. st — termen processförutsättning svår att avvara, även om den, som jag skall återkomma till senare (nedan s. 211 ff), i vissa fall också kan skymma sikten för ett realistiskt betraktelsesätt.

<sup>6</sup> Ekelöf: Rättegång I s. 20.

<sup>7</sup> Betr. denna distinktion se Ekelöf: Rättegång I s. 23, jfr även nedan s. 192 f.

Antag t. ex. att den av käranden åberopade grunden för käromålet, enligt gällande rätt överhuvudtaget ej kan läggas till grund för ett bifall till käromålet. Detta förhållande utgör underlag för en rättsinvändning men behöver, enligt principen *iura novit curia*, ej åberopas av svaranden för att vinna beaktande. Härvidlag råder överensstämmelse mellan rättsinvändningar (varmed jag menar en sakinvändning av denna innebörd) och de flesta processinvändningar (34: 1). Vad gäller åberopande av motfakta är däremot svarandens aktivitet i processen av direkt rättslig betydelse (17: 3). Och ifråga om förnekanden och åberopande av motfakta gäller visserligen i huvudsak samma regler, men vissa skillnader föreligger i allmänhet beträffande bevisbörda och åberopsbörda.<sup>8</sup>

Gränsdragningsproblemen mellan processhinder och frågor rörande saken kan alltså uppstå i tre olika skepnader. I *NJA 1956 s. 554* aktualiserades skillnaden mellan processinvändning och rättsinvändning. I detta rättsfall konstaterar föredraganden i HD, att vad "... föreningen i målet anfört ang. hinder mot att beslutet om uteslutning av Rosenbaum ur föreningen underkastades domstols prövning ... ej (var) av beskaffenhet att utgöra rättegångshinder utan innefattade rättsinvändning".<sup>9</sup> Exempel på gränsen mellan processinvändning och förnekande kan hämtas från de områden där vissa rättsfakta stundom har betydelse som processförutsättning och stundom ingår i grunden för kärandens talan.<sup>1</sup> Gränsen mellan processinvändning och åberopande av motfaktum, slutligen, illustreras av debatten om preskriptionens rättsliga natur.<sup>2</sup>

En jämförelse mellan de regelkomplex, som gäller för processhinder och för frågor rörande själva saken, borde rätteligen utföras så att beträffande en hel del olika stadganden i RB undersöktes i vilken utsträckning de äger direkt — eller analog — tillämpning på processinvändningar å ena sidan och på sakinvändningar i deras tre varianter å den andra sidan. En så ingående undersökning är dock ej motiverad i förevarande sammanhang. Jag får nöja mig med att peka på några av de viktigaste skillnaderna mellan regelkomplexen och därvid huvudsak-

<sup>8</sup> Kärandens bevisbörda för grunden påverkas ej av att svaranden förklarar sig varken förneka eller erkänna densamma. Förnekande är sålunda — lika litet som rättsinvändning — en förutsättning för ogillande av käromålet av det ifrågavarande skälet, jfr Ekelöf: Rättegång IV s. 60 med not 38.

<sup>9</sup> Rättsfallet s. 560. För ytterligare exempel, se nedan s. 197 ff. — Termen rättsinvändning används tydligen enbart för *sakinvändningar* av denna karaktär.

<sup>1</sup> Så synes t. ex. vara fallet vid sakägarbegreppet i fastighetsrätten, något som jag hoppas kunna återkomma till i ett senare sammanhang.

<sup>2</sup> Se t. ex. Larsson i Festskrift för Olivecrona s. 405 ff.

ligen behandla sakinvändningarna som en enhetlig grupp i handläggningsavseende. Redogörelsen avser, om ej annat framgår av sammanhanget, handläggning och avgörande av dispositiva tvistemål respektive tvingande processhinder.<sup>3</sup>

## 2. Handläggningsregler

Enligt 34: 1 st 2 skall domstolen *självmant beakta frågor om rättgångshinder* om ej annat är stadgat. Nära nog alla processhinder är tvingande enligt svensk rätt; blott vissa brister i domstolens behörighet (10: 18 och skiljeavtal) utgör undantag från denna regel.<sup>4</sup> De flesta rättsfakta, som kan läggas till grund för en processinvändning, föranleder med andra ord avvisning *ex officio* och svarandens processinvändning har således strängt taget endast betydelse som en upplysning till rätten samt för svarandens rätt till särskilt beslut i processhinderfrågan (34: 3).<sup>5</sup> Domstolens möjlighet att tillmäta materiella rättsfakta rättslig betydelse är däremot begränsad på flera sätt, främst genom stadgandet i 17: 3; rätten får ej gå utöver parternas åberopande. Ifråga om rättsinvändningar råder dock överensstämmelse med vad som gäller för de flesta processhinder; bristen ifråga behöver ej åberopas för att kunna läggas till grund för rättens avgörande.

I linje med den officialprövning, som sålunda sker av tvingande processhinder, har rätten också möjlighet — ja i vissa fall skyldighet — att på detta område *verka för ytterligare utredning* utöver vad parterna

<sup>3</sup> Beträffande handläggning och avgörande av frågor om processhinder, se t. ex. NJA II 1943 s. 441 ff, Ekelöf: Rättegång V s. 163 ff, densamme i Rättsmedlen s. 3 ff, 60 ff och 68 ff, Olsson s. 63 ff och — vad gäller lagsökningsmål — Lihné s. 82 ff. — Av intresse vore att fortlöpande ställa frågan när metoden att behandla ett rättsfaktum som indispositivt moment i ett för övrigt dispositivt mål (se härom Ekelöf: Rättegång I s. 38 ff) skulle vara att föredra framför processhinderkonstruktionen de lege ferenda. Ämnet är för stort för att här tas upp i sin helhet och jag får i det följande inskränka mig till ett par antydningar beträffande dylika rättsfakta — här kallade *officialfakta* — se t. ex. nedan s. 246 f.

<sup>4</sup> PLB i SOU 1938: 44 s. 153 f. För ett särskilt fall se Boman s. 251, jfr även nedan s. 171 not 3. Betr. förhållandet att invändning om skiljeavtal kan betecknas som invändning i fråga om rättens behörighet och konsekvenserna härav, se Hassler: Specialprocess s. 118 med i not 18 anförda rättsfall. — Hassler använder termen "absolut" i stället för tvingande, se densamme: Svensk Civilprocessrätt s. 189, jfr PK i SOU 1926: 33 s. 67, Trygger s. 37 och Heuman s. 168.

<sup>5</sup> En annan sak är att svarandens invändning rent *faktiskt* ofta är en förutsättning för avvisning, jfr PK i SOU 1926: 33 s. 68.

presterat.<sup>6</sup> De motsvarande möjligheterna beträffande materiella rättsfakta är däremot inskränkta på sätt stadgas i 35: 6.

Rättens skyldighet att *ex officio* beakta frågor om tvingande processhinder är i allmänhet ej begränsad till något visst stadium av processen (34: 2 *e contrario* och 59: 1 st 1 p 1). I 42: 7 åläggs visserligen svaranden att vid förberedelsen genast framställa de invändningar om rättegångshinder, som han vill göra. Men eftersom själva invändningen, som nyss sagts, saknar rättslig betydelse för frågan om avvisning skall ske, utgör detta stadgande inte något remedium mot att svaranden först i processens slutskede gör rätten uppmärksam på ett processhinder och tvingar fram avvisning.<sup>7</sup> Svaranden kan likaledes även på ett sent stadium *införa nytt processmaterial*, som ställer en redan tidigare aktualiserad fråga om ett tvingande processhinder i ny dager. De enda sanktioner RB erbjuder mot en slapp processföring i strid med 42: 7 i detta sammanhang är ersättningsskyldighet för merkostnaderna enligt 18: 6 samt — i extraordinära fall — straffbestämmelserna i 9 kap. Härvidlag råder således en avsevärd skillnad mot vad som gäller för materiella rättsfakta, där man — förutom nyssnämnda sanktionsmöjligheter — har att rätta sig efter bestämmelserna i 13: 3, 43: 10, 50: 25 och 55: 13, som begränsar parternas möjligheter att frångå sina ursprungliga yrkanden och åberopanden samt att införa nytt material för deras bedömande.<sup>8</sup>

Om domstolen avkunnat dom trots att processhinder förelegat, utgör detta i allmänhet *domvillogrund* (59: 1 st 1 p 1, jfr dock 10: 19), och svaranden behöver ej anföra några skäl för att han ej framställt processinvändning eller förebragt processmateriel till belysning av dylik fråga under processen. Möjligheten att få ett lagakraftvunnet avgörande ändrat på materiella grunder är däremot begränsad av bestämmelsen i 58: 1 st 2; giltig ursäkt att omständigheten eller beviset ej förebragts tidigare måste föreligga för att resning skall kunna beviljas.

34: 1 st 1 ger vid handen, att frågor om processhinder såvitt möjligt skall *handläggas och avgöras innan* rätten går in på själva saken. Visar det sig att kärandens talan skall avvisas, är ju en prövning av saken

<sup>6</sup> Se PLB i NJA II 1943 s. 450 och 558, Ekelöf: Rättegång II s. 13 samt vidare nedan s. 99 f i not 1.

<sup>7</sup> (Så även i högre instans.) Reglerna om förbud mot ändring av talan har ju avseende endast på yrkanden och åberopanden som är bindande för rätten (Ekelöf: Rättegång II s. 112, jfr även nedan s. 107 f). — Däremot kan ett onödigt dröjsmål med invändningen påverka fördelningen av rättegångskostnaderna, PK i SOU 1926: 33 s. 212 och Ekelöf: Rättegång V s. 167 not 18.

<sup>8</sup> Jfr dock nedan s. 106.

onödig.<sup>9</sup> En hel rad av de särregler, som gäller för handläggning av processhinder, förklaras bl. a. av detta förhållande. RB ger således generösa möjligheter till *särskild förberedelse* och *huvudförhandling* samt till *särskilt avgörande* och *överklagande* (42: 4 st 2, 42: 13 och 20, 50: 13, 34: 3 samt 49: 3) beträffande frågor om processhinder.<sup>1</sup>

Genom att betrakta en brist som en fråga om processhinder får man till följd av ovan berörda stadganden möjlighet att undgå förhandling och bedömande av målet i övrigt, oavsett om förutsättningarna för del- eller mellandom är för handen. Denna skillnad — som existerade redan innan RB trädde i kraft — torde ha tjänat som en viktig anledning att klassificera en omständighet som en fråga om processhinder, om nu praktiska hänsyn fått vara avgörande härvidlag.<sup>2</sup> Den betydelse distinktionen mellan processhinder och materiella rättsfakta ägt i detta hänseende har emellertid till stor del försvunnit genom 1971 års ändringar av 17: 5 st 2, som numera ger vittgående möjligheter till en uppdelning av frågor rörande själva saken.<sup>3</sup> I den mån man vid klassificeringen av ett rättsfaktum påverkats av de skillnader som tidigare rått härvidlag, finns det följaktligen idag anledning att på nytt undersöka vilket regelkomplex som är mest ändamålsenligt för omständigheten ifråga. Det valda regelsystemet kan ju vara olämpligt ur andra synpunkter.

Vad gäller möjligheterna att få ett *snabbt slut* på processen kvarstår dock även efter 1971 års ändringar vissa skillnader mellan de regler, som gäller för handläggning och avgörande av processhinder respektive materiella rättsfakta. Rätten skall ju företa fråga om processhinder "så snart anledning förekommer därtill" (34: 1). Avvisning kan ske redan i omedelbar anslutning till ingivandet av stämningsansökningen

<sup>9</sup> Ekelöf: Rättegång V s. 163. Detta förutsätter att dom får meddelas blott när processförutsättningarna är för handen, jfr ovan s. 64 f. Så torde emellertid vara fallet i svensk rätt; (se Larsson i festskrift till Olivecrona s. 410, jfr dock Heuman s. 189 f) detta antyds av termen *processförutsättning* (och i ännu högre grad *sakprövningsförutsättning*, jfr ovan s. 89 not 5) vartill kommer att förekomsten av processhinder utgör domvillogrund (59: 1 p 1), jfr dock nedan s. 97 f och nedan i not 1. Betr. brottmål se även Heuman s. 168.

<sup>1</sup> Syftet med dessa bestämmelser torde dock även vara att huvudförhandlingen skall kunna *koncentreras* till frågan om käromålet skall ogillas eller bifallas, jfr betr. utländsk rätt PK i SOU 1926: 33 s. 45 ff. Betr. det förhållandet att möjligheterna till särskilt överklagande i den materiella delen ökat genom 1971 års ändringar i 17: 5 st 2, se Ekelöf: Rättegång V s. 175 f.

<sup>2</sup> Jfr å ena sidan Kallenberg 1 s. 583 f och å andra sidan Wredes ovan s. 13 i not 6 återgivna yttrande.

<sup>3</sup> Se närmare härom SOU 1969: 41 s. 133 ff och 161 f, jfr även nedan s. 210 f. — Betr. en särskild olägenhet i anslutning till 17: 5 st 2, se Ekelöf: Rättegång V s. 175 f och nedan s. 240.

(42: 4 st 2). Och i motsats till vad som gäller beträffande själva saken finns det inga inskränkningar i rättens möjligheter att *avgöra en fråga om processhinder under förberedelsen* (42: 4 st 2 och 42: 16 jfr med 42: 18).<sup>4</sup> Skillnaderna i detta hänseende är dock ej så stora som de i förstnämnda kan tyckas; bestämmelsen i 42: 20 st 2 och 3 om s. k. liten huvudförhandling möjliggör ju att dom i vissa fall kan meddelas i omedelbar anslutning till muntlig förberedelse.

Uppkommer fråga om processhinder först vid huvudförhandlingen, eller har särskild huvudförhandling hållits för handläggning av dylik fråga, kommer väl avgörandet i allmänhet att grundas på vad som förekommit vid förhandlingen (17: 2 och 12). Men som redan framgått av föregående stycke tillämpas inte i övrigt *muntlighets- och omedelbarhetsprincipen* i samma utsträckning vid processuella som vid materiella frågor. Också vid överprövning i högre instans avgörs processuella frågor i större utsträckning än materiella på handlingarna (50: 21, 51: 10, 55: 12 samt 56: 8 och 12), även om skillnaderna härvidlag kan väntas minska till följd av 1971 års ändringar av 50: 21 st 2 och 3 samt 55: 12. Huvudförhandling förekommer ej i besvärsmål, men rätten har möjlighet att åstadkomma en handläggning, som kommer det muntliga vadförfarandet tämligen nära.<sup>5</sup>

*Uteblir* båda parterna eller endera från särskilt sammanträde för behandling av rättegångsfråga, äger rätten enligt 44: 7 avgöra frågan utan hinder därav och således även avvisa kärandens talan.<sup>5a</sup> Avser åter utevaron ett sammanträde för behandling av saken, avskrivs målet om båda parter uteblir (44: 1 och 4 st 1), medan tredsakdom kan meddelas om en av parterna är närvarande (44: 2).

I underrätt kan avvisningsbeslut fattas av ensamdomare, medan rätten för ett materiellt avgörande är *domför* med ensamdomare endast i den utsträckning som anges i 42: 18 och 20 (jfr 1: 4 och 11). I högre rätt är däremot domförhetsreglerna desamma för frågor av båda slaggen (2: 4 st 1 och 3: 4). Särskild *omröstning* är obligatorisk vad gäller frågor om processhinder (16: 2 st 1), medan så ej är fallet beträffande materiella rättsfakta.<sup>6</sup>

Enligt 17: 1 sker — åtminstone i ordinära tvistemål — rättens avgörande av saken genom *dom*, medan annat rättens avgörande, t. ex. be-

<sup>4</sup> Enligt PLB (SOU 1938: 44 s. 492) *bör* avvisning ske under förberedelsen.

<sup>5</sup> Jfr 52:10 och 56: 12, Ekelöf: Rättsmedlen s. 65 f samt Larsson i festskrift till Olivecrona s. 410.

<sup>5a</sup> Så även vid dispositiva processhinder (10: 18 p 2 och Ekelöf: Rättegång V s. 181).

<sup>6</sup> Se betr. ett särskilt fall Olivecrona i SvJT 1950 s. 702 ff, jfr även Eckhoff: Rettskraft s. 340.

träffande frågor om processhinder, sker genom *beslut*. Detta har i sin tur bl. a. betydelse för avgörandets utformning och innehåll. Således upprätthålls de i 17: 7 uppställda kraven på vad en dom skall innehålla ej i full utsträckning för avvísingsutslagens del (17: 12); beslut skall t. ex. motiveras endast när ”frågans beskaffenhet fordrar det”.<sup>7</sup>

Vid fullföljd kommer olika *rättsmedel* — *vad* respektive *besvär* — till användning, vilket, förutom de redan nämnda skillnaderna i förfarandet, också innebär bl. a. att fullföljdstiden är olika för formella och materiella frågor. Och som jag redan berört är distinktionen mellan processhinder och frågor rörande saken även av betydelse för valet av *extraordinärt rättsmedel*,<sup>8</sup> varigenom de skillnader som råder mellan *resning* och *domvilla* får betydelse som praktiska konsekvenser av den här berörda distinktionen.

*Förlikning* är naturligtvis ej möjlig vad gäller tvingande processhinder, och *utfästelse att ej fullfölja talan* anses ej vara bindande beträffande slutliga beslut.<sup>9</sup>

### 3. Ytterligare något om ordningsföljd vid flera samtidigt föreliggande brister

#### A. Ordningsföljd mellan grupperna

Naturligtvis finns det en hel del att tillägga vad gäller de praktiska konsekvenserna av distinktionen mellan processhinder och frågor rörande saken, så t. ex. beträffande återförvisning och undanröjande, detaljskillnader i fullföljdshänseende, frågan om i vilken utsträckning resningsgrunderna är tillämpliga vid slutliga beslut etc.<sup>1</sup> Av utrymmesskäl får jag avstå från detta i förevarande sammanhang. Låt mig i stäl-

<sup>7</sup> Enligt PLB (NJA II 1943 s. 221) bör dock avvísingsbeslut i regel motiveras även då det icke avfattas enl. 17: 7. Beslut om ogillande av processinvändning bör enligt PLB alltid innehålla skäl för beslutet.

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 93 och nedan s. 97 f. Skillnaden framträder främst i de fall då domstolen *underlåtit* att lägga en brist av det ena eller andra slaget till grund för sitt avgörande. Har avvísning skett är däremot resning möjlig (58: 10) och valet av rättsmedel således ej bundet till distinktionen mellan formell och materiell rätt på det sätt som annars är fallet. Betr. äldre svensk rätt se Welamson: *Domvillobesvär* s. 17 ff och Palmgren i SvJT 1957 s. 121.

<sup>9</sup> Larsson: *Partshandlingar* s. 81 f och Gärde s. 728, se vidare nedan s. 108.

<sup>1</sup> Se t. ex. Ekelöf: *Rättsmedlen* s. 66 och, betr. sistnämnda fråga, Cars s. 110. Vad gäller frågan om handläggning av processhinder ö.h.t. se ovan s. 92 i not 3 angiven litteratur. Ifråga om *återförvisning* se nedan s. 239 f.

let med ett exempel återknyta till det praktiskt viktiga, men ovan endast antydda, förhållandet att frågor om processhinder skall handläggas och avgöras före själva saken.

Antag att det i ett mål om betalning är uppenbart att kärandens talan är ogrundad, käranden har kanske rent av erkänt den omständighet som medför detta. I målet föreligger emellertid även ett tvistigt rättsfaktum, som för sin utredning och bedömning kräver omfattande bevisning och komplicerade överväganden i rättsfrågan. Klassificeras detta rättsfaktum som ett motfaktum, kan ogillande komma till stånd på den första grunden utan att den andra omständigheten behöver tas upp till bedömning, ja, man kan rent av slippa att handlägga den senare frågan överhuvudtaget. Men utgör denna en fråga om processhinder, måste den däremot utredas och avgöras innan ogillande kan komma till stånd; ett avgörande i saken anses ju förutsätta förhandenvaron av samtliga processförutsättningar.<sup>2</sup> Processförutsättningarnas absoluta försteg framför materiella rättsfakta i handläggningsavseende kan således i enskilda fall medföra olägenheter ur processekonomisk synpunkt.<sup>3</sup>

Att samtliga processförutsättningar måste föreligga för att dom skall kunna meddelas kan sättas i samband med att förekomsten av processhinder utgör domvilla.<sup>4</sup> I allmänhet torde det väl också vara till skada såväl för parterna som för domstolens auktoritet om rätten avkunnar dom trots risken för domvilla, t. ex. om viss sannolikhet föreligger för att processhinder är för handen. Den vinnande parten kan ej förlita sig på att domen blir bestående, och vinner motparten bifall till sina domvillobesvär framstår avgörandet i den första processen som ett uttryck för domstolens oförmåga att pröva förutsättningarna för processens giltighet. Och undanröjs domen har ju den handläggning som föregått denna inneburit ett slöseri med tid och pengar.

Emellertid talar, som nyss framgått, de processekonomiska skälen i vissa fall i motsatt riktning, så om kärandens talan är uppenbart ut-

<sup>2</sup> Jfr ovan s. 93 f. Se dock vad gäller brottmål Heuman s. 189 f och 505. — Att käromålet är uppenbart ogrundat kan inte — åtminstone ej numera (jfr dock ovan s. 86 not 4) — leda till avvisning i svensk rätt, jfr NJA II 1943 s. 521 och Boman s. 132 vid not 32.

<sup>3</sup> Detta förhållande har uppmärksamats av Larsson i festskrift till Olivecrona s. 410, jfr numera även Heuman s. 175 f. Ytterligare processekonomiska olägenheter tas upp nedan s. 238 ff.

<sup>4</sup> Jfr ovan s. 93 f. — Att en utredning betr. själva saken blir överflödig och kostnaderna härför onödiga anfördes som motiv i förarbetena till RB (se PK i SOU 1926: 32 s. 67 och PLB i 1938: 44 s. 375). Man kan emellertid lika väl säga att en utredning i processhinderfrågan är onödig om käromålet sedermera ogillas, jfr även ovan s. 64 f.

siktslös i sin materiella del medan frågan om processhinder är komplicerad. Och i detta fall kan den vinnande partens trygghet inte anföras som skäl för den gällande ordningen. Ogillas kändans talan trots att en processförutsättning möjligen saknas, har ju den vinnande parten — dvs. svaranden — inget intresse av att angripa domen med besvär över domvilla. Ej heller kändans synes i normala fall kunna förväntas hysa ett dylikt intresse. Det kan ju ej te sig särskilt lockande att få en ogillande dom utbytt mot ett avvsningsbeslut.<sup>5</sup> Och att upprätthålla ordningsföljden i den här diskuterade situationen endast på grund av risken för onödiga eller rent av chikanösa processer förefaller ej motiverat. 9: 1—2 och 18: 3 st 1 erbjuder tillräckliga möjligheter att stävja sådant missbruk.

Den rådande ordningen — dvs. att ogillande ej får äga rum i det ovan diskuterade fallet — kan naturligtvis försvaras i vissa fall, så t. ex. då den omstridda frågan gäller kändans processbehörighet. Att käromålet framstår som ogrundat kan ju bero just på att kändans ej förmår tillvarata sina intressen. Är det tveksamt hur det förhåller sig härmed, bör därför denna fråga utredas även om detta ter sig olämpligt ur processekonomisk synpunkt.<sup>6</sup> Men i övriga fall förefaller endast domstolsauktoritära hänsyn tala för att upprätthålla den allmänna regeln att processförutsättningarna måste vara för handen för att ogillande skall få ske. De lege ferenda synes det finnas skäl för att domvilla ej borde anses föreligga om rätten underlåtit att handlägga frågan om processhinder av det skälet att käromålet var uppenbart ogrundat i materiellt hänseende.

Det resultat man kan nå genom en dylik lagändring kan emellertid delvis uppnås även på andra sätt. Man kan t. ex. tänka sig en ändring av 34: 1 st 2 med innebörd att flera processförutsättningar gjordes dispositiva. Avstod svaranden från att göra processinvändning — vilket denne endast torde göra då processen verkligen är utsiktslös i sin materiella del — skulle domvilla ej föreligga i det fall jag diskuterat ovan; 59: 1 p 1 förutsätter ju att det förelegat sådant processhinder, ”som

<sup>5</sup> I extrema fall kan dock kändans ha intresse därav. Antag t. ex. att ifrågavarande processhinder är dilatoriskt (se härom ovan s. 34 och nedan s. 125 ff) och att den materiella bristen kan avhjälpas inom ramen för en tillåten taleändring. Om kändans då anför domvillobesvär sedan processhindret reparerats, kan han få saken underkastad ny prövning, vilket annars skulle ha varit omöjligt på grund av 17: 11.

<sup>6</sup> Man kan dock även hävda att det är särskilt viktigt att få ett snabbt slut på processen i de fall kändans processbehörighet kan sättas i fråga, så t. ex. om rättegångskostnaderna är i paritet med, eller överstiger, den summa käromålet avser. Rätten tillvaratar ju då bäst kändans ekonomiska intresse genom att ogilla så fort som möjligt.

vid fullföljd högre rätt haft att självmant beakta". En sådan förändring av 34: 1 st 1 skulle visserligen vara behäftad med vissa rättstekniska problem, så t. ex. svårigheterna att räkna upp processhinder i lagtexten.<sup>7</sup> Å andra sidan är det svårt att finna några bärande skäl för att undandra parterna dispositionsrätten beträffande somliga nu tvingande processhinder, som t. ex. *res judicata*, *lis pendens*, brister i förutsättningarna för fastställelse- och fullgörelsetalan samt vissa fall av bristande talerätt.<sup>8</sup>

Emellertid finns det anledning att peka på ett par omständigheter, som möjligen ger ett visst manövreringsutrymme även de lege lata i den här diskuterade frågan. Som tidigare nämnts har rätten till följd av processhindrens tvingande karaktär *möjlighet* att på detta område självmant verka för ytterligare utredning utöver vad parterna presterat.<sup>9</sup> Frågan är emellertid om rätten också är *skyldig* härtill och i så fall i vilken utsträckning detta är fallet.<sup>1</sup> Antag t. ex. att käranden

<sup>7</sup> Jfr ovan s. 21 ff.

<sup>8</sup> Se t. ex. Boman s. 251, Ekelöf: Rättegång II s. 12 och 105 och Rättegång III s. 73 samt Hassler: Specialprocess s. 128. Betr. *res judicata*, jfr ovan s. 84 vid not 3.

<sup>9</sup> Jfr ovan s. 92 f vid not 6.

<sup>1</sup> Ekelöf har antytt att rätten genom en analog tillämpning av 34: 1 st 1 skulle verka för ytterligare utredning "endast då anledning förekommer därtill", vilket skulle innebära "att rätten inte behövde besvara sig med några mer ingående undersökningar annat än då det förelåg särskilda skäl härför" (Rättegång II s. 13). Det kan emellertid ifrågasättas, om 34: 1 st 1 ger underlag för ett analogislut av det slag Ekelöf rekommenderar. Enligt nämnda lagrum skall ju fråga om processhinder företagas inte "*endast då*" utan "*så snart anledning förekommer*" (kurs. här), jfr PLB i NJA II 1943 s. 442: "Rätten skall å varje skede av rättegången tillse, att rättegångshinder ej är för handen ..." (se dock även Ginsburg—Bruzeliuss s. 248 samt nedan s. 251 f). Däremot låter det sig naturligtvis sägas, att domstolen bör verka för ytterligare utredning blott när det föreligger skäl härför. Men när är då detta fallet? Låt oss först se på de fall då beviskravet för avvisning *ej* är uppfyllt. Skall domstolen då verka för en avvisning av målet? Ja, problemet synes ej kunna lösas enhetligt för alla processförutsättningar (jfr Ekelöf a. st), frågan är bl. a. beroende av i vilken mån det intresse ifrågavarande processförutsättning är avsett att skydda kan anses tillräckligt representerat av parterna. Då så ej är fallet, t. ex. vid processobehörighet och tredjemansintressen, har domstolen naturligtvis större anledning att verka för ytterligare utredning. Är processförutsättningen däremot uppställd i domstolens intresse (som t. ex. vissa forumregler) eller av processekonomiska skäl (som t. ex. vissa talerättsregler, se nedan s. 223 f), finns det naturligtvis ej anledning att verka för ytterligare (tids- och kostnadskrävande) utredning om ett ogillande skulle innebära en lättnad i domstolens arbetsbelastning eller vara ekonomiskt fördelaktigt ur andra synpunkter. — Är däremot bevisläget sådant, att avvisning kan ske på det föreliggande materialet, och rättens verksamhet således bara kan leda till den förändringen att avvisning *ej* sker, synes mig domstolen — oavsett vilken processförutsättning det är fråga om — ej ha anledning att sträcka sig längre än till att förelägga karan-

väckt fastställsetalan trots att det är tveksamt om förutsättningarna härför är uppfyllda enligt 13: 2. Det förefaller föga rationellt att ägna tid och kostnader åt att pröva dessa förutsättningar såvida den begärda fastställelsen uppenbarligen inte kan meddelas av "sakliga" skäl. Ur processekonomisk synpunkt ter det sig då naturligtvis mest ändamålsenligt att rätten inskränker den egna aktiviteten i processhinderfrågan till ett minimum. Är beviskravet för avvísning ej uppfyllt, har rätten ej någon anledning att verka för ytterligare utredning av processhinderfrågan i den här diskuterade situationen.<sup>2</sup> I de fall ovissheten beträffande en processförutsättning ligger på bevisplanet, skulle rätten således i vissa fall kunna ogilla, trots att klarhet i processhinderfrågan kanske skulle kunna uppnås efter ett långvarigt och kraftfullt agerande från domstolens sida. Är det däremot en rättsfråga som är svårbedömbär och tidskrävande, synes man de lege lata kunna sätta prövningen av densamma i andra hand — dvs. efter den uppenbara grunden för ogillande — blott om den klassificeras som en fråga rörande själva saken. Den berörda skillnaden kan utgöra ett argument för att i tveksamma fall hänföra en brist som varken är klart formell eller materiell, till de frågor som handläggs i samband med själva saken.

Antas regeln om processhindrens absoluta försteg i handläggningsavseende uteslutande vila på domvillobestämmelserna,<sup>3</sup> synes man emellertid kunna anföra skäl för att ogillande skulle kunna äga rum de lege lata även i vissa fall då spörsmålet om processhinder består av en svår rättsfråga. Enligt 59: 1 p 1 jfr med 10: 19 utgör ju brott mot vissa tvingande forumregler ej domvillogrund. I de fall en dylik forumfråga är svårbedömbär, medan däremot käromålet är uppenbart ogrundat, skulle således möjligen ogillande kunna ske även de lege lata. Men även om domstolarna skulle anse att denna möjlighet föreligger — vil-

den att komplettera sin utredning och därigenom varna för ett kommande rättskraftigt avgörande (jfr nedan s. 156). Några skäl för att domstolen skulle bedriva egna efterforskningar synes svårligen kunna uppletas. Slutligen kan tilläggas att domstolens möjligheter i ovan berörda fråga torde böra bedömas enl. 35: 7 vad gäller *dispositiva* processhinder. Jfr i här diskuterade frågor nedan s. 108 i not 9 och numera även Heuman s. 195 f med not 75.

<sup>2</sup> Se dock ovan i not 1, jfr Olsson s. 83. — Naturligtvis är det fördelaktigt i här berörda avseende om det gäller ett lågt beviskrav för processförutsättningen ifråga. Men frågan om beviskravet kan ju ej lösas enbart utifrån de överväganden som är aktuella i här diskuterade fall.

<sup>3</sup> Som ovan s. 94 i not 1 påpekats kan som skäl för gällande turordning också anföras att denna bidrar till koncentration av huvudförhandlingen. I det fall jag diskuterar, dvs. då processhinderfrågan är komplicerad och sakfrågan enkel, uppstår dock ej något problem härvidlag eftersom saken skulle kunna avgöras vid liten huvudförhandling enl. 42: 20 st 2 utan att processhinderfrågan tas upp till handläggning.

ket jag i och för sig anser mindre sannolikt — torde man knappast ens i detta fall göra avsteg från principen att avkunna dom endast när forumreglerna tvingar domstolen därtill.

Här lämnar jag frågan om processhindrens försteg i handläggningsavseende i svensk rätt. Det finns dock i detta sammanhang anledning erinra om att alla processförutsättningar har ett mer eller mindre klart uttalat samband med målets materiella del. Frågan om domstolens kompetens beror ju av den talan som förs i målet, processbehörigheten måste prövas mot bakgrund av det anspråk som görs gällande osv. Vissa processhinder står i särskilt starkt beroendeförhållande till det omstämnda rättsförhållandet, så t. ex. *res judicata*, *lis pendens*, bristande fastställelseintresse och bristande talerätt. Vi befinner oss här s. a. s. i gränstrakterna mellan den formella och materiella rätten. Just i dessa fall kan de praktiska konsekvenser jag berört i detta kapitel — t. ex. att formella frågor skall handläggas först — framstå som särskilt irrationella. Frågorna lånar så många drag från både formell och materiell rätt att den mest ändamålsenliga handläggningen kanske skulle åstadkommas genom en kombination av stadganden från båda regelsystemen. Men som jag påpekat redan i inledningen<sup>4</sup>, medger inte RB ett sådant förfaringssätt.

Den stelbenthet som utmärker RB i nyssnämnda hänseende föreligger ej i samma utsträckning i utländsk rätt.<sup>4a</sup> Just vad gäller processhinder av den art jag nyss nämnt — en grupp som närmast motsvaras av "*fins de non-recevoir*" i fransk rätt — ger CPC, i kombination med den systematik som används i doktrinen, ett visst manövreringsutrymme.<sup>5</sup> Intressant är också att man i tysk doktrin avskilt just nyssnämnda processförutsättningar till en särskild grupp — betecknade som "*Rechtsschutzvoraussetzungen*",<sup>6</sup> "*unechte Prozessvoraussetzungen*"<sup>7</sup> etc. — och, åtminstone beträffande vissa av dem, t. ex. talerätt och fastställelseintresse, gjort gällande att den ovan berörda rangordningen vid flera samtidigt föreliggande brister i kändens talan ej

<sup>4</sup> Se ovan s. 13.

<sup>4a</sup> I norsk praxis förekommer det att rätten ej tar ställning till ett avvisningsspörsmål utan ogillar direkt när en talan är uppenbart ogrundad, se Bratholm—Hov: *Sivil Rettergang* (1973) s. 196.

<sup>5</sup> Jfr ovan s. 29 ff.

<sup>6</sup> Så t. ex. Pohle i *ZZP* 1968 s. 162 och 172 ff. Ifrågavarande term täcker dock endast indirekt och delvis ovan berörda processförutsättningar, jfr härom Bruns s. 79 ff, 192 f och 220 ff samt nedan i not 8. Betr. tysk rätt, se även nedan s. 110 ff.

<sup>7</sup> Jfr Jürgen Blomeyer i *ZZP* 1968 s. 33 ff.

behöver upprätthållas.<sup>8</sup> Och som jag strax skall återkomma till är de praktiska konsekvenserna av skillnaden mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta även i övrigt mindre framträdande i tysk än i svensk rätt.<sup>9</sup>

### B. Ordningsföljd inom grupperna

Efter vad ovan sagts beträffande ordningsföljden vid handläggning och avgörande av flera samtidigt föreliggande brister i kärandens talan ligger det nära till hands att ställa frågan, om det även råder en bestämd ordningsföljd *inom* respektive kategori, och om det i så fall föreligger någon skillnad mellan processförutsättningar och materiella frågor härvidlag.

Vad gäller materiella rättsfakta har redan framgått att det råder en relativt stor frihet i detta hänseende; domstolen kan i stort sett lägga den mest lättbedömda bristen till grund för ett ogillande och undvika att ta upp övriga materiella invändningar till handläggning.<sup>1</sup>

När det samtidigt föreligger flera frågor om processhinder är det däremot tveksamt, om det råder en valfrihet av ovan berört slag. Frågan har gjorts till föremål för ingående diskussion i tysk doktrin, där man merendels föreslagit en tämligen fast fixerad ordning.<sup>2</sup> Som ex-

<sup>8</sup> Så beträffande de flesta av ovannämnda processförutsättningar Jürgen Blomeyer: a. a. s. 36. Det är på grund av denna möjlighet att undgå handläggning av ifrågavarande omständigheter, som Pohle (s. 173 med not 40) kallar "Rechtsschutzvoraussetzungen" för "*bedingte* Prozessvoraussetzungen". Betr. talarätt och fastställelseintresse i dessa avseenden se även Henckel: Prozessrecht s. 288 f och Rimmelpacher: Prüfung s. 93. — Att man i svensk doktrin i allmänhet (jfr dock Kallenberg I s. 911, 974 f och 1183 samt Agge s. 78; betr. norsk rätt Alten i festskrift till Württemberg s. 1 ff samt betr. finsk rätt Palme s. 9 ff och Palmgren: Konkursförutsättningarna s. 28 ff) ej begagnat sig av någon motsvarande uppdelning torde bero på den ljumma inställning Kallenberg redan 1902 (Föreläsningar II s. 62 ff i not 2 och senare i Svensk Civilprocessrätt s. 865 ff med not 17 och s. 1157 ff i not 19) visade Wachs teori om rättsskyddsanspråket (jfr ovan s. 87 i not 8). Som Kallenberg utvecklat å först a. st går nämligen uppdelningen av processförutsättningarna i "Rechtsschutzvoraussetzungen" (som även omfattade materiella frågor) och andra processförutsättningar tillbaka på denna teori. Enligt Alten (a. a. s. 1) har den norska motsvarigheten — "rettsbeskyttelsebetingelser" — "... fremkalt en forvirring som det vilde ha vaert heldigere å undgå". Jag får här lämna åsido den väldiga debatt som försiggått i dessa frågor framför allt i tysk doktrin (se t. ex. Simshäuser s. 116 ff och Olivecrona: Rätt och dom s. 376 ff), jfr dock nedan s. 179 f och 224 f.

<sup>9</sup> Se nedan s. 110 ff.

<sup>1</sup> Se ovan s. 96 f, jfr dock Ekelöf: Rättegång V s. 174 ff samt nedan s. 104, 142 ff och 250 f.

<sup>2</sup> Se t. ex. Pohle a. a. med där anförd litteratur och Harms i ZZP 1970 s. 167. Jfr däremot Bülow s. 89 i not 16.

empel kan nämnas, att brist med avseende på en "Rechtsschutzvoraussetzung" enligt Pohle bör läggas till grund för avvisning endast när övriga processförutsättningar konstaterats vara för handen.<sup>3</sup> Ordningens följden skall vidare, skriver Pohle, bestämmas utifrån processförutsättningarnas uppgift och med hänsyn till "... ob das Gesetz zum Ausdruck bringt, dass es die Aufgabe einer bestimmten PV höher bewertet als die einer anderen".<sup>4</sup>

Att gradera processförutsättningarna i enlighet med Pohles intentioner torde emellertid vara en vanskelig uppgift, åtminstone vad gäller svensk rätt. RB 59: 1 p 1 synes således ej ge någon antydning om hur lagstiftaren prioriterar de olika processförutsättningarna, dock med undantag för de i 10: 19 nämnda fallen. Har domstolen meddelat ett avvisningsbeslut på en grund och avstått från att bedöma en annan invändning om rättegångshinder, synes det i vissa fall rent av kunna bli aktuellt att angripa beslutet med besvär över domvilla enligt 59: 1 p 1 och 59: 4.<sup>5</sup> Antag t. ex. att rätten avvisat på grund av res judicata trots att käranden ej var processbehörig. Då ett sådant avvisningsbeslut kan vara av lika ingripande betydelse som en ogillande dom, föreligger här lika starka skäl att tillåta talan enligt 59: 1 p 1 som om avgörandet gällt själva saken.<sup>6</sup>

Av det ovanstående finns det dock ej anledning att dra den slutsatsen, att domstolen är tvungen att handlägga och avgöra samtliga frågor om processhinder om flera sådana brister aktualiserats i samma rättegång. Ekelöf har för dessa fall föreslagit att domstolen i första hand skall behandla de processförutsättningar, som säkerställer en korrekt och effektiv handläggning, och i övrigt avvisa målet på den grund som är lättast att bedöma.<sup>7</sup> Antag emellertid att flera processförutsättningar med den angivna funktionen aktualiseras samtidigt. Kan man även i detta fall börja med den grund, som är lättast att bedöma?<sup>8</sup>

Även om den här diskuterade frågan endast undantagsvis torde bli aktuell i praktiken, går det inte att bortse från att det kan uppstå situationer, då flera lösningar framstår som skäligen likvärdiga utan att fördenskuil någon av dem är helt tillfredsställande. Antag t. ex. att en per-

<sup>3</sup> Pohle s. 172 ff, jfr Kallenberg I s. 1186.

<sup>4</sup> Pohle s. 166.

<sup>5</sup> Så om "målet" i 59: 1 p 1 fattas i vidsträckt mening, jfr även 59: 1 p 4 och Ekelöf: Rättsmedlen s. 119.

<sup>6</sup> Domvillobesvär bör stundom ha utsikt till framgång om den negligerade bristen ligger före i turordning jämfört med den som åberopats i avgörandet, se nedan s. 125 ff, 144 och 164.

<sup>7</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 14. En mera fixerad ordning föreslås av Kallenberg (I s. 1185 ff). — Till stöd för att avgöra forumfrågan på ett tidigt stadium skulle kunna anföras best. i 42: 2 st 1 p 4.

<sup>8</sup> Så synes Larsson (Partshandlingar s. 95 i not 4) ha uppfattat Ekelöf.

son, som påstås sakna processbehörighet, väcker talan vid en domstol, som sannolikt ej är behörig att avgöra hans talan. Man kan då anse att frågan om domstolens behörighet bör avgöras först, enär endast en behörig domstol bör yttra sig i den för kåranden ingripande frågan om hans processbehörighet. Frågan härom kan ju vara beroende av vilket slags anspråk som görs gällande i målet och därför helst böra bedömas av en domstol som är behörig att upptaga detta till prövning. Å andra sidan är forumfrågan stundom av betydelse även för frågan om talan skall kunna bifallas, så t. ex. om avvísning sker vid specialdomstol och samma materiella regler ej tillämpas vid allmän domstol och specialdomstolen.<sup>9</sup> Mot bakgrund härav kan man tycka att endast den som är processbehörig bör få deltaga i förhandling om denna viktiga fråga. Frågan om processbehörighet borde utifrån detta betraktelsesätt handläggas och avgöras först i en konfliktsituation av det slag jag här skisserat.<sup>1</sup>

Min avsikt är inte att argumentera för någon bestämd lösning vad gäller frågan om turordning för handläggning och avgörande vid flera samtidigt föreliggande frågor om processhinder.<sup>2</sup> De alternativa lösningar som erbjuder sig synes tämligen likvärdiga och några avgörande skäl mot att tillämpa den av Ekelöf föreslagna ordningen även i sist angivna konfliktsituation inställer sig åtminstone ej vid första påseendet.<sup>3</sup> Domstolen torde ha tämligen stor frihet att bestämma ordningsföljden från fall till fall och man kan således ej tala om någon avgörande skillnad mellan processhinder och materiella rättsfakta vad gäller turordning för handläggning och avgörande av flera samtidigt föreliggande frågor *inom* respektive grupp. Skillnaden torde inskränka sig till den bundenhet i grupper Ekelöf skisserat.

Vad gäller parternas möjligheter att påverka rangordningen mellan flera invändningar torde det däremot föreligga en större skillnad mellan målets formella och materiella del. I de fall domens rättsliga betydelse är beroende av vilken invändning, som läggs till grund för domslutet, anses svarandens rangordning av sakinvändningarna bindande

<sup>9</sup> Så var fallet vid talan p. gr. a. immissioner före införandet av den nya ExprL; den som förde talan vid expropriationsdomstol behövde ej visa att immissionen översteg "toleransgränsen" för att få bifall till en ersättningstalan, jfr prop 1971: 122 s. 58.

<sup>1</sup> Till stöd härför skulle möjligen kunna anföras en analogi med 19: 8: om någon av parterna saknar förmåga att föra sin talan, bör rätten kunna bortse från sin bristande behörighet.

<sup>2</sup> Jfr Pohle s. 166 ff, se även betr. liknande konflikter Grunsky i ZZP 1967 s. 76. — Betr. ordningsföljd och rättskraft, se nedan s. 142 ff.

<sup>3</sup> Se betr. sambandet mellan här diskuterade spörsmål och frågan om rättskraftens "lokala" utsträckning vid avvísningsutslag nedan s. 151 samt vad gäller rättskraftens subjektiva utsträckning nedan s. 163 f. Jfr även nedan s. 142 ff.

för rätten.<sup>4</sup> Även ifråga om avvísningsutslag gäller att avgörandets rättsliga betydelse kan bero på vilken brist som lagts till grund för beslutet.<sup>5</sup> På grund av processhindrens tvingande natur torde man dock knappast kunna anta en motsvarande bundenhet i detta fall. Domstolen bör — med den av Ekelöf angivna inskränkningen — kunna välja avvísningsgrund efter processekonomiska överväganden.

#### 4. Är det möjligt att analogisera inom, respektive mellan, de båda regelkomplexen?

Jag har hittills diskuterat några praktiska konsekvenser av skillnaden mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta enligt svensk rätt. Det finns emellertid även anledning att peka på ett par omständigheter, som gör att skillnaderna ej alltid behöver bli så stora som det i förstone kan tyckas. För det första finns det, som redan framgått, stundom ett visst svängrum inom respektive regelkomplex. Som exempel kan nämnas att det — särskilt efter 1971 års ändringar i RB — föreligger så pass stor valfrihet i fråga om handlägningsformen i vade- och besvärsmål att valet mellan att betrakta en invändning som en sak- eller processinvändning ej behöver bli av nämnvärd betydelse vad gäller handläggningen i överinstansen.<sup>6</sup>

Ytterligare en omständighet, som är ägnad att mildra verkningarna av distinktionen mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta, är den inledningsvis<sup>7</sup> antydda möjligheten att analogisera mellan — och i viss mån även inom<sup>8</sup> — de båda regelkomplexen. I vilka fall finns det skäl att utnyttja en dylik möjlighet?

Frågan är omfattande och det kan här endast bli tal om några antydningar. Gärde anser t. ex. att 17: 3 är analogt tillämplig beträffande dispositiva processhinder, och att principerna om domens rättskraft ”i viss utsträckning” även äger tillämpning beträffande slutliga beslut.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Ekelöf: Rättegång V s. 174, jfr Rättegång III s. 86 f.

<sup>5</sup> Se vidare nedan s. 126 f och 255 f.

<sup>6</sup> Jfr s. 95. — Redan före 1971 års ändringar i RB ifrågasatte Ekelöf (Rättsmedlen s. 66 f), om det inte de lege ferenda kunde finnas skäl att avskaffa besvärsinstitutet och i en uppsats i tillämpade studier (Bo Bylund: Kan rättsmedlet besvär avskaffas?, stencil Juridiska Institutionen i Uppsala 1970) rekommenderas en dylik lagändring. Se vidare nedan s. 255.

<sup>7</sup> Ovan s. 91.

<sup>8</sup> Se t. ex. den ovan (s. 99 f i not 1) i diskuterade, av Ekelöf (Rättegång II s. 13) föreslagna analoga tillämpningen av 34: 1 st 1.

<sup>9</sup> Gärde s. 197 och 862.

Sistnämnda fråga skall jag ta upp till särskild behandling i nästa kapitel. Låt mig här i stället nämna några andra exempel på situationer, då det kan föreligga skäl för en analog tillämpning av liknande slag vid tvingande processhinder.

Antag att en fråga om processhinder förutsätter prövning av flera rättsfakta, svaranden har t. ex. anfört flera grunder till stöd för en invändning om kärandens processbehörighet. Enligt vad ovan anförts finns rikliga möjligheter till särskild handläggning samt särskilt avgörande och överklagande beträffande frågor om processhinder.<sup>1</sup> Frågan är då, om uttrycken "rättegångsfråga" resp. "invändning om rättegångshinder" i 42: 13 och 20, 50: 13, 34: 3 och 49: 3 kan tolkas så att de antas omfatta inte bara frågan om rättegångshinder i vid bemärkelse utan även var och en av de särskilda grunder svaranden åberopat till stöd för sitt avvisningsyrkande. Man skulle här eventuellt kunna göra gällande att det — i vart fall efter 1971 års ändring av 17: 5 st 2 — enligt grunderna för detta stadgande (och därtill knutna bestämmelser) borde vara tillåtet att dela upp handläggning, avgörande etc. av ett och samma processhinder på motsvarande sätt, åtminstone i de fall då frågan har samband med själva saken.<sup>2</sup> Även vad gäller 16: 2 synes en analog tillämpning av de regler som gäller för materiella rättsfakta kunna ifrågakomma.<sup>2a</sup>

Svarandens rätt till dom (13: 5 st 1) är också av intresse i förevarande sammanhang. Låt oss anta att en svarande, som för andra gången besvärar av en process om samma sak, framställt invändning om res judicata och att domstolen efter en lång och dyrbar förhandling förbereder ett avvisningsbeslut till svarandens förmån. Käranden, som är en notorisk rättshaverist, återkallar då sin talan, uppenbarligen i avsikt att senare komma igen med ett nytt försök att få saken upptagen till prövning. De skäl, som ligger till grund för svarandens rätt till dom enligt 13: 5, gör sig gällande även i denna situation, trots att det inte är ett materiellt avgörande, som svaranden åstundar. Antas avvisningsbeslut äga rättskraft — och som skall framgå av nästa kapitel talar

<sup>1</sup> Se ovan s. 94.

<sup>2</sup> Jfr beträffande en särskild situation JR Westerlinds yttrande i NJA 1966 s. 548 f, ett yttrande som dock till viss del förlorat i aktualitet till följd av ovan berörda ändringar i RB. — Här kan inflikas att vissa skäl kan anföras för en analogi mellan regelkomplexen även vad gäller tillämpningen av de s. k. tilltrosparagraferna (50: 23 och 55: 14); bevisupptagningen i besvärsmål kan dock naturligtvis ej ske vid huvudförhandling (se ovan s. 95). — Vad gäller förebringande av bevisning se Ekelöf: Rättegång IV s. 46 i not 127.

<sup>2a</sup> Jfr betr. omröstning nedan s. 239.

mycket för ett sådant antagande — föreligger således skäl för en med 13: 5 korresponderande "rätt till avvisningsbeslut" i detta fall.<sup>3</sup>

Som jag nämnt tidigare, torde en stor del av de särregler som gäller för frågor om processhinder gå tillbaka på att dessa är tvingande.<sup>4</sup> Här ligger naturligtvis också ett kraftigt memento mot att analogt tillämpa de regler, som gäller för materiella rättsfakta i dispositiva tvistemål, på frågor om tvingande processhinder.

Emellertid innehåller även frågor om tvingande processhinder moment, då skälen för officialprövning och därav motiverade särregler ej gör sig lika starkt gällande som det i förstnämnda kan tyckas. Avsikten med dessa tvingande regler är ju att *förhindra att målet tas upp* till prövning i strid med intressen som anses böra undandragas parternas rådighet. Däremot föreligger *ej samma skäl att förhindra avvisning* i de fall processförutsättningarna verkligen är för handen.<sup>5</sup>

På grund av denna skillnad finns det skäl att ifrågasätta det ändamålsenliga i att tillämpa det för processhinder gällande regelkomplexet på alla med processhinder sammanhängande frågor. Som exempel kan nämnas, att det visserligen synes vara förenligt med processhindrens funktion att tillåta svaranden att på ett sent stadium av processen införa nytt material för att tvinga fram avvisning, men att det däremot kanske saknas skäl att låta käranden åtnjuta samma förmån för att styrka att processförutsättningarna är för handen. Borde inte kärandens möjligheter härvidlag bedömas enligt grunderna för 43: 10, 50: 25 st 3 och 55: 13?<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Jfr dock PLB i NJA II 1943 s. 167: "Har svaranden endast *hunnit* (min kurs.) göra formella invändningar mot käromålet, t. ex. beträffande domstolens behörighet, bör käranden ha möjlighet att återkalla sin talan vid den domstolen." PLB:s exemplifiering ger en antydning om att man ej haft den ovan diskuterade situationen i åtanke. Den i texten antydda lösningen skulle harmoniera med den överensstämmelse som PLB (a. st.) anser bör föreligga mellan verkan av återkallelse och utevaro, men torde knappast vara gällande rätt. — Frågan om svarandens rätt till dom diskuteras i en uppsats av Larsson i festskrift till Agge s. 228 ff, jfr även Ekelöf: Rättegång II s. 128.

<sup>4</sup> Se ovan s. 92 f.

<sup>5</sup> Jfr dock det ovan s. 98 i not 5 berörda fallet, se även Heuman s. 196 f. — Det torde sannolikt vara denna skillnad som ligger bakom det av Ekelöf påtalade förhållandet av domvilla enl. 59: 1 p 1 är för handen även då det ifrågavarande processhindret varit föremål för prövning i processen, se härom Ekelöf: Rättsmedlen s. 119.

<sup>6</sup> För den händelse svaranden inför ny bevisning skulle däremot käranden naturligtvis äga motsvarande möjlighet. Jfr PLB (SOU 1938: 44 s. 525), som i anslutning till 50: 25 anför att stadgandet ej hindrar part att i HovR förebibringa bevisning rörande rättegångsfel eller framlägga den utredning som blivit erforderlig genom att HovR utnyttjat sin befogenhet att självant införskaffa bevis. Ut-

Emot en sådan lösning kan emellertid någon tänkas invända, att det är processekonomiskt oförsvarbart att avvisa ett käromål på ett sent stadium av handläggningen med resultat att kändanden kompletterar sin bevisning i processhinderfrågan och omedelbart väcker ny talan. Ett sådant antagande förutsätter dock att avvísingsbeslutets rättskraft ej skulle omfatta den nya bevisningen, en fråga jag skall ta upp i nästa kapitel.<sup>7</sup>

Utrymmet medger ej en grundlig undersökning av i vilken utsträckning det föreligger skäl för en analog tillämpning av de regler som gäller för handläggning och avgörande av själva saken på frågor om processhinder.<sup>8</sup> Det får här räcka med en antydning om att det måhända finns anledning att — tillspetsat uttryckt — analogt tillämpa en del av de regler som gäller för materiella rättsfakta på "processhindersidan" medan motsatsen skulle gälla "processförutsättningssidan".<sup>9</sup>

Ytterligare ett fall, då en analogi skulle kunna motiveras med att även tvingande processhinder s. a. s. har en dispositiv sida, är frågan om giltig utfästelse att ej fullfölja talan enligt 49: 1 st 3 kan göras beträffande avvísingsutslag.<sup>1</sup> Bestämmelsen gäller visserligen enligt sin ordalydelse endast dom i dispositiva tvistemål, men jag har svårt att finna några vägande skäl mot att även låta avvísingsbeslut ingå under stadgandets tillämpningsområde i de fall utfästelsen gjorts sedan avvísingsutslaget meddelats.<sup>2</sup>

talandet synes emellertid ej avse den situationen att kändanden fått sin talan avvísad och i HovR återoppar nytt material till stöd för ett påstående att ifrågavarande processförutsättning är för handen.

<sup>7</sup> Se nedan s. 155 ff.

<sup>8</sup> Betr. en analogi i motsatt riktning, se Ekelöf: Rättegång V s. 175 f.

<sup>9</sup> Frågan är om man inte de lege ferenda rent av skulle kunna ta steget fullt ut och även tillåta förlikning beträffande frågor om processhinder i den mån förlikningen går ut på att processhinder *föreligger*, dock med den inskränkningen att kändanden måste vara processbehörig (se ovan s. 103). På samma sätt skulle rätten även kunna vara bunden av erkännande och medgivande i målets formella del i den mån det gäller processhandlingar av innebörd att processhinder föreligger. Domstolens ovan s. 99 f med not 1 diskuterade möjlighet att underlåta ytterligare utredning gör dock en så drastisk reform mindre angelägen.

<sup>1</sup> Se ovan s. 96.

<sup>2</sup> Jfr dock Gärde s. 728. Se även Larsson (Partshandlingar s. 82) som de lege ferenda förordar en utökning till avgöranden i formella frågor. Frågan torde dock ej ha så stor praktisk betydelse, särskilt inte om man som jag anser att endast utfästelse som gjorts efter avgörandet bör vara bindande. Fullföljdstiden är ju kortare vid besvär än vid vad. I fråga om utfästelse som skett före avgörandet torde däremot en analog tillämpning av 49: 1 st 3 knappast vara att förorda ens de lege ferenda. Kravet på ömsesidighet kan ju knappast uppfyllas i ett sådant fall. Även om svaranden utfäster sig att ej fullfölja talan mot beslut om ogillande av processinvändning, kan han ju ej hindras att vid en fullföljd i själva saken (om nu ej utfästelse även skett härvidlag) göra högre rätt uppmärksam på ett

## 5. Bevisbörda och beviskrav

Jag har hittills berört vissa skillnader i handläggning och avgörande av frågor om processhinder och själva saken, skillnader som direkt eller indirekt följer av RB:s stadganden. Man kan naturligtvis fortsätta och ställa frågan om distinktionen mellan formell och materiell rätt även har praktiska konsekvenser beträffande frågor som *ej* regleras i RB. Är t. ex. bevisbördans fördelning på något avgörande sätt beroende av om ett rättsfaktum har betydelse som processförutsättning eller som grund för en sakinvändning?<sup>3</sup> Och hur förhåller det sig med beviskravets styrka i detta sammanhang?

Vad gäller den förstnämnda frågan skulle det måhända ligga nära till hands att säga, att eftersom det är käranden som vill ha saken prövad, bör bevisbördan beträffande förutsättningarna för denna process också åvila honom.<sup>4</sup> Man kan ju inte vänta sig att svaranden skall vilja bidra till att realisera kärandens intentioner. Men å andra sidan kan man lika gärna säga, att svaranden bör ha bevisbördan för de omständigheter som konstituerar processhinder, eftersom det är han som vill åstadkomma avvisning i målet.

Att fördela bevisbördan med utgångspunkt från partsställningen på så sätt, att parterna generellt åläggs bevisbördan för de omständigheter som talar till deras fördel, kommer väl knappast längre ifråga beträffande materiella rättsfakta och jag kan heller inte se några skäl för att processförutsättningarna skulle inta en särställning i detta hänseende. En generell bevisbörderegeln av ett så primitivt (stundom innehållslöst) slag skulle vara till processekonomisk nackdel för båda parterna, även om en dylik uppdelning kan vara lämplig beträffande vissa frågor. Som berörts i samband med framställningen om formularprocessen var det ju också riskerna för ett schematiskt synsätt härvidlag, som enligt Bülow var en av nackdelarna med processinvändningsläran.<sup>5</sup> De principer, som är vägledande för bevisbördans fördelning vid materiella

tvingande processhinder och därigenom ändå åstadkomma avvisning (jfr ovan s. 93). Vidare återstår ju för svaranden möjligheten att anföra besvär över domvilla enligt 59: 1 p 1, så även om processinvändning ogillats. Beträffande dispositiva processhinder (och möjligen även de tvingande forumregler högre rätt ej får beakta självant, 10: 19) föreligger däremot, såvitt jag kan förstå, ej några skäl mot en analog tillämpning av 49: 1 st 3.

<sup>3</sup> Betr. romersk rätt, se ovan s. 62 f.

<sup>4</sup> Rimmelspacher (Prüfung s. 174 ff, jfr Grunsky: Prozessurteil s. 77) anser att käranden har bevisbördan för alla "Urteilerlassvoraussetzungen". Betr. tysk rätt, se även Rosenberg: Beweislast s. 391 ff.

<sup>5</sup> Se ovan s. 39 och 62 samt betr. Wrede ovan s. 85.

rättsfakta, synes i viss mån vara aktuella också vid frågor om processhinder, ehuru man i sistnämnda fall stundom har anledning att också anknyta till partsställningen.

Det skulle således inte gå att ange några generella regler för fördelning av bevisbördan i här aktuella avseende. Vid vissa processhinder, som t. ex. *res judicata*, *lis pendens* och *skiljeavtal*, torde det vara mest ändamålsenligt att lägga bevisbördan på svaranden, medan det — åtminstone vid första påseendet — förefaller vara goda skäl för att ålägga kâranden bevisbördan beträffande t. ex. förutsättningarna för fullgörelse- och fastställsetalan och för vissa omständigheter som grundlägger domstolens behörighet.<sup>6</sup>

Frågan om bevisbördans fördelning är alltför invecklad för att behandlas mera ingående inom ramen för denna avhandling. För mitt syfte är det tillräckligt att konstatera att distinktionen mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta ej tvingar fram några skillnader härvidlag. Då det är tveksamt hur ett rättsfaktum skall klassificeras i nyssnämnda avseende, behöver valet således ej påverkas av några konsekvenser i bevisbördehänseende.

Vad nyss anförts om bevisbördans fördelning gäller även frågan om beviskravets styrka. Processhindergruppen är alltför heterogen för att tillåta några generaliseringar beträffande beviskravet,<sup>7</sup> och ej heller bevisbördepunktens läge på sannolikhetsskalan torde i mellanfallen påverkas av den systematiska placeringen.

## 6. Kort jämförelse mellan tysk och svensk processrätt

Inte i något av de rättssystem, som omnämns i denna avhandling, tycks man ha dragit mer vittgående konsekvenser av distinktionen mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta än vad som är fallet just i svensk rätt. En jämförelse med förhållandena i processförutsättningarnas hemland — Tyskland — är härvid av särskilt intresse. Jag har redan påtalat den skillnad som råder beträffande möjligheten att ogilla en talan då det samtidigt föreligger en fråga om processhinder.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Jfr Kallenberg I s. 1170 och II s. 86 f och vidare nedan i not 7 angiven litteratur. Betr. forum se även nedan s. 248 f.

<sup>7</sup> För några särskilda fall, se 11: 4, 12: 9 st 3 och 42: 4 st 2 RB, 13 § 1 st LAD, Ekelöf: Rättegång II s. 13, Sundström i SvJT 1963 s. 263, Olsson s. 73 ff, Kallenberg I s. 287 ff, Sigeman s. 458 f och Rimmelpacher: Prüfung s. 123.

<sup>8</sup> Se ovan s. 101.

Det finns emellertid även andra olikheter. Innan jag går in härpå, skall jag stanna något vid bakgrunden till att förhållandena på detta område är så olikartade dem i vårt land.

Att Bülow's teser ej fått lika vittgående konsekvenser i tysk som i svensk rätt beror nog inte bara på att det är svårt att bli profet i sitt eget land, utan sammanhänger också med vissa elementära historiska förhållanden. RB är ju en modern produkt, vars avgörande förarbeten tillkom vid en tidpunkt, då Bülow's lära hunnit vinna total anslutning i doktrinen.<sup>9</sup> Det är därför naturligt att dennes uppfattningar också kom att sätta sin prägel på RB:s uppbyggnad. ZPO däremot trädde i kraft redan 1879, och det är därför lika naturligt att Bülow's synsätt ej utövat samma avgörande inflytande på detta lagverk eller dess förarbeten. Förhållandet kan jämföras med det relativt ljumma intresse Bülow's systematik rönt i det svenska lagstiftningsarbetet i slutet av 1800-talet.<sup>1</sup>

ZPO är ur vissa synpunkter en ålderdomlig processordning; trots de ändringar som företagits genom åren kan man fortfarande beteckna förfarandet i tvistemål enligt ZPO som en motsvarighet till vad som gällde i Sverige före processreformen.<sup>2</sup> ZPO har till följd härav ej heller skrivit fast sig i skillnaden mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta. I själva verket ger den tyska processlagen fortfarande så stort manövreringsutrymme i detta hänseende att man i färsk tysk doktrin — främst genom Rimmelspacher<sup>3</sup> — rent av ifrågasatt den nyssnämnda distinktionens praktiska betydelse de lege lata, vilket, som framgått ovan, är uteslutet vad gäller svensk processrätt.

Dessa ur svensk synvinkel revolutionerande idéer har visserligen haft en viss framgång,<sup>4</sup> men de måste — åtminstone än så länge — ses som isolerade utbrytningsförsök ur en även i tysk doktrin fast rotad föreställningsvärld. Det var ju, som tidigare påpekats,<sup>5</sup> genom inverkan från doktrinen som skillnaden mellan processförutsättningar<sup>6</sup> och materiella rättsfakta fick praktisk betydelse även i tysk rätt, och de flesta författare vidhåller den traditionella uppfattningen. Rimmelspa-

<sup>9</sup> Se ovan s. 81 ff.

<sup>1</sup> Se ovan s. 79 f.

<sup>2</sup> Så Ekelöf i SvJT 1969 s. 697.

<sup>3</sup> Se i första hand Rimmelspacher: Prüfung (1966).

<sup>4</sup> Se t. ex. Grunsky: Prozessurteil s. 55 ff.

<sup>5</sup> Se ovan s. 24 och Reinikainen s. 148 ff.

<sup>6</sup> Här kan även erinras om de *terminologiska* olikheter som råder mellan tysk och svensk processrätt på ifrågavarande område, jfr Ekelöf: Rättegång II s. 9 i not 3. Till vad ovan s. 24 med not 9 anförts kan fogas, att vår term "processförutsättningar" i tysk doktrin närmast motsvaras av begreppet "Zulässigkeitsvoraussetzung", se t. ex. Schönke-Kuchinke s. 200 och Grunsky: Prozessurteil s. 56.

cher synes således vara den ende som på ett grundläggande sätt angripit distinktionen.<sup>7</sup>

Även om förhållandena i tysk och svensk rätt erinrar om varandra, föreligger dock vissa betydelsefulla differenser. En grundläggande skillnad är att man i Tyskland använder samma sorts avgörande — "Urteil" — såväl vid avgöranden i saken som vid avvísning på grund av en bristande processförutsättning och i båda fallen kommer samma rättsmedel — "Berufung" — till användning. I doktrinen talar man emellertid allmänt om "Sachurteil" respektive "Prozessurteil" och, som namnen antyder, faller distinktionen häremellan tillbaka på om avgörandet gäller saken eller en fråga om processhinder.<sup>8</sup> I praxis, liksom även i doktrinen, förekommer lokutionerna "Abweisung einer Klage als unbegründet" — "Sachabweisung" — respektive "Abweisung einer Klage als unzulässig" (eller "angebrachtermassen") — "Prozessabweisung". Trots att "Urteil" används oavsett avgörandets formella eller materiella innehåll, kan man således i allmänhet utläsa i vilket av dessa avseenden det brustit när talan ej bifallits.

I tysk rätt används stundom även uttrycket "absolutio ab instantia" för att beteckna avvísning och som synonym till ogillande förekommer termen "absolutio ab actione".<sup>9</sup> Dessa uttryckssätt kom dock till användning i framför allt den gemeinrättsliga litteraturen, där de anknöt till distinktionen mellan dilatoriska och peremptoriska invändningar. Absolutio ab instantia — eller "Abweisung angebrachtermassen", som man också sade — tillgreps när kändens talan var behäftad med en dilatorisk brist och innebar en endast tillfällig befrielse för svaranden; utslagets rättskraftsverkan var härvid begränsad "till tiden" och hindrade ej ny talan när bristen botats. Absolutio ab actione däremot grundade sig på en peremptorisk brist och innebar ett definitivt ställningstagande till förmån för svaranden, som kunde möta varje nytt försök att genomdriva anspråket med exceptio rei judicatae.

Då man i den gemeinrättsliga litteraturen talar om "Abweisung angebrachtermassen" eller absolutio ab instantia i motsats till absolutio ab actione var det således ej skillnaden mellan formell och materiell rätt som låg till grund för uppdelningen. Avgörande var i stället de rättskraftskonsekvenser man alltsedan justiniansk rätt tillmätt distinktionen mellan peremptoriska och dilatoriska invändningar.<sup>1</sup> Den särställning absolutia ab instantia intog i detta hänseende var naturligtvis

<sup>7</sup> Jürgen Blomeyer s. 20, jfr dock även Bruns s. 2 not 5 och densamme i AcP 1950 s. 186 ff.

<sup>8</sup> Se t. ex. Schönke—Kuchinke s. 444 f och Grunsky a. a. s. 56 med not 1.

<sup>9</sup> Jfr Rimmelspacher: Prüfung s. 94 ff och Grunsky a. a. s. 65 f.

<sup>1</sup> Se ovan s. 59 not 7.

bekant för Bülow, som dock ej ville nöja sig med att gå tillbaka till justiniansk rätt utan även i detta sammanhang sökte sig ännu längre tillbaka, till den klassiska romerska rätten, formularprocessen.<sup>2</sup> "Abweisung angebrachtermassen" borde enligt hans mening ej anknytas till absolutio ab instantia utan till denegatio actionis, dvs. pretorns avgörande in iure. Detta avgörande kunde enligt Bülows förmenande användas endast vid formella brister,<sup>3</sup> och liksom skillnaden mellan denegatio och sententia gick tillbaka på distinktionen mellan formell och materiell rätt, borde man skilja mellan de avgöranden som grundade sig på brister i processförutsättningarna — Abweisung angebrachtermassen — och "eine wahre und wirksame Sachentscheidung".<sup>4</sup>

Som tidigare berörts var emellertid Bülows uppfattning om kompetensfördelningen mellan pretor och judex felaktig.<sup>5</sup> Indelningen i formella och materiella avgöranden innebar alltså ej ett återupplivande av vad som gällt under formularprocessen utan var en nyskapelse utan historisk förankring. Icke desto mindre ägde den nya indelningsgrunden stor genomslagskraft och den har numera helt trängt undan den ursprungliga skillnaden mellan absolutio ab actione och absolutio ab instantia, uttryck, som i den mån de fortfarande förekommer, idag används som synonymer till "Sach-" respektive "Prozessurteil".<sup>6</sup> Distinktionen mellan dilatoriska och peremptoriska brister har fått vika för skillnaden mellan formell och materiell rätt.

Trots att det saknats egentligt stöd i lagtexten, arbetar man alltså även i tysk doktrin med två sorters avgöranden. Man anknyter också praktiska konsekvenser till skillnaden mellan Sach- och Prozessurteil och mellan de omständigheter som läggs till grund för respektive utslag. Samma skillnader som råder i svensk rätt är — även om man ej går lika långt — aktuella i detta sammanhang. Som jag redan berört gäller detta ordningsföljden för handläggning och avgörande av flera samtidigt föreliggande brister. Man anser visserligen att processförutsättningarna i allmänhet kommer i första hand, men går ej så långt som i Sverige utan erkänner undantag från den hos oss rådande principen om processförutsättningarnas absoluta försteg.<sup>7</sup> Ytterligare ett ex-

<sup>2</sup> För det följande se Bülow s. 281 ff.

<sup>3</sup> Se härom ovan s. 43 ff.

<sup>4</sup> Bülow s. 281.

<sup>5</sup> Se ovan s. 56 f.

<sup>6</sup> Jfr Rimmelspacher: Prüfung s. 94.

<sup>7</sup> Se ovan s. 101 f. Däremot synes man i tysk doktrin (se t. ex. Pohle a. a. och Grunsky a. a. s. 72, jfr dock Rimmelspacher: Prüfung s. 113) förorda en mera strikt ordningsföljd inom processhindergruppen än vad som är fallet i svensk doktrin, jfr ovan s. 102 f.

empel på att distinktionen har praktisk betydelse i ungefär samma avseenden som i svensk rätt, ehuru ej i lika hög grad, är officialprövningens omfattning. De skillnader vi har mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta i detta hänseende existerar endast i viss mån i tysk rätt. Rättsfakta, som ingår i det av parterna införda processmaterialet, kan således läggas till grund för domen även om det ej har skett något uttryckligt åberopande; ZPO saknar nämligen motsvarighet till RB 17: 3 p 2.<sup>8</sup> Och även på den formella sidan är skillnaden mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta mindre vittgående än vad som gäller hos oss. Domstolens möjligheter att självant införskaffa utredning rörande tvingande processförutsättningar är således — åtminstone i tvistemål — mer begränsade i tysk än i svensk rätt.<sup>9</sup> Det råder, säger Henckel, enighet om att "... die Prüfung der Prozessvoraussetzungen von Amts wegen kein Gegensatz zur Verhandlungsmaxime ist. Auch bei der Prüfung von Amts wegen werden nur Tatsachen berücksichtigt, die von den Parteien vorgebracht sind. Das Gericht ermittelt nicht selbst."<sup>1</sup>

Vad gäller skillnaden i officialprövning mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta förtjänar det också uppmärksammas att ZPO ej har någon motsvarighet till 34: 1 st 2, och att gränsen mellan dispositiva och indispositiva processförutsättningar följaktligen ej är så klart utstakad som i svensk rätt. Några av de processförutsättningar som räknas upp i § 274 ZPO anses visserligen vara dispositiva, men utrymme finns för olika uppfattningar om i vilken utsträckning processförutsättningarna är tvingande i tysk rätt.<sup>2</sup>

Klart är trots allt att det även i tysk rätt åtminstone i vissa fall föreligger skillnader i officialprövning mellan materiella rättsfakta och processförutsättningar. I doktrinen har man emellertid nyligen påstått att det härvidlag inte är avgörande om en "Erfolgsvoraussetzung"<sup>3</sup> hänförs sig till talans "Zulässigkeit" eller "Begründetheit"; skillnaden skulle i stället bero på om det gäller en förutsättning, som är betingad av ett offentligt eller enskilt intresse.<sup>4</sup> Och även om den senare indelningsgrunden synes svår att tillämpa, har man dock härigenom gett ut-

<sup>8</sup> Jfr Ekelöf i SvJT 1969 s. 694.

<sup>9</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 13 not 20, jfr Rättegång IV s. 46 not 127.

<sup>1</sup> Henckel: Prozessrecht s. 229.

<sup>2</sup> Så anser t. ex. Bruns (s. 81) att talerätt ej skall prövas ex officio trots att denna processförutsättning ej finns med i § 274, se även Grunsky: Prozessurteil s. 69. Jfr dock Diedrichsen i ZZP 1964 s. 417 och 418 med not 10, och Lücke i ZZP 1963 s. 17.

<sup>3</sup> Denna term används t. ex. av Grunsky a. a. s. 55, jfr vidare nedan t. ex. å s. 202 f.

<sup>4</sup> Så Grunsky a. a. s. 70.

tryck åt det även i svensk rätt förekommande förhållandet, att dispositiva tvistemål kan innehålla indispositiva moment — s. k. *official-fakta*<sup>5</sup> — som ej är att hänföra till processförutsättningarna.

Enligt § 275 ZPO kan särskild förhandling hållas beträffande de invändningar, som räknas upp i § 274. Bestämmelsen anses vara analogt tillämplig åtminstone i fråga om vissa processförutsättningar som ej förekommer i detta lagrum, men det är oklart vilka, och följaktligen också i vilken utsträckning det råder någon skillnad i förhållande till vad som gäller för materiella frågor (§ 304 ZPO).<sup>6</sup> Det synes ej heller vara fullt klart när extraordinära rättsmedel kan komma till användning. I svensk rätt medför ju avsaknaden av nära nog samtliga processförutsättningar att det föreligger grund för domvilla (59: 1 st 1 p 1, jfr med 10: 19), medan det enligt ZPO (§§ 579—580) föreligger en motsvarande klagorätt endast för vissa fall.<sup>7</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att distinktionen mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta har praktisk betydelse i ungefär samma avseenden i tysk som i svensk rätt, men att skillnaderna i nästan varje avseende är mera markanta hos oss.<sup>8</sup> Genom att Bülow's synsätt ej fått präglä ZPO på samma sätt som RB, finns också avsevärt manövreringsutrymme för individuella åsikter de lege lata i tysk rätt.

Jag har ännu ej behandlat vad som i tysk doktrin brukar uppfattas som den viktigaste anledningen till att man skiljer mellan "Sach-" och "Prozessurteil", nämligen avgörandets rättskraft.<sup>9</sup> Denna fråga skall jag ta upp i nästa kapitel.

<sup>5</sup> Jfr ovan s. 92 not 13.

<sup>6</sup> Jfr Schönke—Kuchinke s. 201 och Grunsky a. a. s. 60.

<sup>7</sup> Se t. ex. Grunsky a. a. s. 76.

<sup>8</sup> Jfr även det av Larsson (Partshandlingar s. 82 i not 4) påpekade förhållandet att utfästelse att ej fullfölja talan i tysk — i motsats till i svensk — rätt är giltig även vad gäller avvísningsutslag (Prozessurteil).

<sup>9</sup> Se Grunsky a. a. s. 61.

## Kapitel 6

### AVVISNINGSLAGENS RÄTTSKRAFT

Antag att det är ovisst om en brist i kärandens talan skall leda till att käromålet avvisas eller ogillas. Kommer valet häremellan att få någon betydelse i rättskraftshänseende? Äger överhuvudtaget avvisningsutslag rättskraft? Går det i så fall att formulera någon generell rättskraftsregel för avvisningsutslagens del?

#### 1. Tysk rätt

Låt oss mot bakgrund av föregående kapitel till en början undersöka hur man sett på ovan angivna problem i tysk rätt. I ZPO regleras frågan om rättskraft i § 322. Första stycket lyder:

”Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Wiederklage erhobenen Anspruch entschieden ist.”

Att termen ”Urteil” kommer till användning i lagtexten utesluter ej en direkt tillämpning av stadgandet på ”avvisningsutslag”; även ett sådant avgörande sker ju genom ”Urteil” i tysk rätt.<sup>1</sup> Däremot har uttrycket ”Anspruch” föranlett viss tvekan i detta hänseende. Om en talan avvisas på grund av t. ex. domstolens bristande behörighet innebär det visserligen att käranden — åtminstone för tillfället — ej når det mål han eftersträvar, men kan man för den skull säga att avgörandet innefattar ett ställningstagande till hans ”Anspruch”? Med utgångspunkt från den skillnad vi numera gör mellan processförutsättningar och frågor rörande ”själva saken” synes lagtexten närmast innefatta ett nekande svar på denna fråga. Men eftersom ZPO ej är uppbyggd mot bakgrund av distinktionen mellan formell och materiell rätt bör man nog ej lägga in något ställningstagande till frågan om avvisningsutslagens rättskraft i ZPO:s ordalydelse på denna punkt.<sup>2</sup>

ZPO ger således ej något klart svar på frågan om avvisningsutslagens rättskraft. Men som jag antytt tidigare är det just skillnaden i rättskraftshänseende man brukar anföra som den viktigaste anledningen till att skilja mellan ”Sach-” och ”Prozessurteil” i tysk doktrin.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Se ovan s. 112.

<sup>2</sup> Jfr Rosenberg s. 801. — I ett senare lagförslag har man försökt förtydliga lagtexten härvidlag, se Agge s. 66 not 5.

<sup>3</sup> Jfr Grunsky a. a. s. 61.

Varuti består då denna skillnad?

För att förstå den tyska debatten kring frågan om avvisningsutslagens rättskraft är det nödvändigt att ännu en gång återvända till Bülow och den romerska formularprocessen. I klassisk romersk process rådde ju den principen att pretorns avgöranden saknade rättskraft, medan motsatsen var fallet beträffande "sententia", domen apud iudicem.<sup>4</sup> Här om råder inga meningsskiljaktigheter.

Vad som skiljer Bülows uppfattning från tidigare och senare forskningsresultat om formularprocessen är — som jag berört tidigare — att det enligt Bülow förekom enbart formella frågor under den första delen av förfarandet och att endast materiella brister kunde läggas till grund för en ogillande sententia. Med den utgångspunkten följer uppfattningen att utslag i formella frågor ej ägde rättskraft under formularprocessen, en uppfattning som före ZPO:s tillkomst var av betydelse även de lege lata i tysk rätt.<sup>5</sup> På denna punkt rönt Bülow till en början instämmande inom den tyska doktrinen.<sup>6</sup> Men som jag visat tidigare vilar denna uppfattning på felaktiga föreställningar om romersk rätt.<sup>7</sup> I själva verket anknöt ju formularprocessens tudelning ej till skillnaden mellan formell och materiell rätt och denna distinktion saknade följaktligen också betydelse i rättskraftshänseende i klassisk romersk process.

Bülows uppfattning i den här aktuella rättskraftsfrågan hade endast kortvarig framgång. Det blev snart en vanlig åsikt att även en "Prozessurteil" har rättskraft och detta är numera den härskande meningen i tysk doktrin.<sup>8</sup> Men i så måtto lever Bülows uppfattning kvar att ett avgörande i en formell fråga inte anses äga lika vidsträckt rättskraft som en "Sachurteil"; häri ligger ju som nyss påpekats den kanske starkast påtalade skillnaden mellan de två sorters domar som förekommer i tysk rätt.<sup>9</sup> Utslagets formella respektive materiella karaktär antas alltså fortfarande vara av betydelse i rättskraftshänseende.

I senare tysk doktrin har man emellertid gått ett steg längre, eller

<sup>4</sup> Se ovan s. 57 ff.

<sup>5</sup> Bülow s. 281 f och ovan s. 37.

<sup>6</sup> Se t. ex. Wach: Vorträge (2 uppl.) s. 100: "Zur materiellen Rechtskraft sind begrifflich nur qualifiziert die Entscheidungen über die Streitsache, den Rechtsschutzanspruch, über das materielle nicht über das processuale Rechtsverhältnis." — Jfr även Wrede s. 189 ff.

<sup>7</sup> Se ovan s. 43 ff, jfr även Stein—Jonas (i detta fall 17:e uppl.) § 322 vid IV: 1 och Agge s. 67 f med not 3.

<sup>8</sup> Se t. ex. Rosenberg s. 801 f, Sten—Jonas (19:e uppl.) § 322 vid V: 1, Blomeyer s. 439, Baumbach—Lauterbach s. 701, Schönke—Kuchinke s. 350 och Bruns s. 386, 416 f och 420 samt av Rimmelpacher (a. a. s. 99 i not 175) angiven litteratur.

<sup>9</sup> Se ovan s. 115 och ovan i föregående not anmärkt litteratur.

som man också kan uttrycka saken, återgått till vad som torde ha varit en vanlig uppfattning innan Bülow hunnit påverka åsiktsbildningen.<sup>1</sup> Således fäster t. ex. Rimmelpacher överhuvudtaget ej något avseende vid om en "Abweisung" grundar sig på en formell eller materiell brist. Han understryker att i båda fallen:

"... wirkt die Rechtskraft punktförmig bindend, und sie wirkt nach Massgabe des einzelnen Abweisungsgrundes, aber nicht danach, ob das abweisende Urteil als Prozess- oder Sachurteil ergeht... Die These, die Rechtskraftwirkung der Prozessurteile habe einen anderen Umfang als die abweisender Sachurteile lässt sich... nicht halten."<sup>2</sup>

Uppfattningen att rättskraften har samma omfattning vid avgöranden av formell och materiell natur är som nyss antytts ej så radikal som den i förstone kan tyckas; en sådan princip ägde ju tillämpning redan under formulaprocessen, då valet stod mellan obegränsad rättskraft och ingen rättskraft alls. Och då man, med början i justiniansk rätt, begynte att arbeta med en differentierad rättskraft, anknöt man ej till skillnaden mellan formell och materiell rätt utan till distinktionen mellan peremptoriska och dilatoriska frågor.<sup>3</sup> Genom att tudelningen av förfarandet — och därvid också *litis contestatio* — avskaffats vid denna tid, kunde man anpassa rättskraftens omfattning efter den brist som lagts till grund för avgörandet i stället för att anta en konsumtion av kärandens anspråk vid *litis contestatio* oberoende av hur processen senare gestaltade sig.<sup>4</sup>

I *gemeines Recht* avvek man i så måtto från vad som gällde i justiniansk rätt att man åter delade upp förfarandet i två delar och anknöt rättskraften till *litis contestatio*.<sup>5</sup> Men detta behöver ej ses som en fel-tolkning av *Corpus Iuris Civilis* utan var måhända uttryck för en medveten strävan att recipiera den romerska processen i dess rena klassiska form, dvs. såsom den gestaltade sig i formularprocessen.<sup>6</sup> I så

<sup>1</sup> Se Simshäuser s. 21, Rimmelpacher: *Amtsprüfung* s. 99 ff och Grunsky s. 61 ff. Jfr även Jauernig i *JZ* 1955 s. 235.

<sup>2</sup> Rimmelpacher a. a. s. 99 och 101.

<sup>3</sup> Jfr ovan s. 59 i not 7.

<sup>4</sup> Jfr Rimmelpacher a. a. s. 95 f och Grunsky s. 64 ff. Här kan erinras om att man till en början använde rättskraften vid dilatoriska brister som en processuell sanktion på så sätt att käranden var förhindrad att väcka talan under dubbelt så lång tid som återstod till dess den dilatoriska bristen (t. ex. att en omstämmd fordran ej var förfallen) avhjälppts (dvs. *factum superveniens inträtt*), ett system som dock övergavs i *gemeines Recht*, jfr ovan s. 59 i not 7.

<sup>5</sup> Grunsky a. a. s. 65.

<sup>6</sup> Jfr a. a. s. 64 och 66 i not 19 samt ovan s. 37 f.

måtto anknöt man dock till justiniansk rätt att man fortsatte att differentiera rättskraften med hänsyn till om det var en dilatorisk eller peremptorisk brist som lagts till grund för avgörandet;<sup>7</sup> dilatoriska invändningar av såväl formellt som materiellt innehåll skulle avgöras under den första delen av förfarandet och kunde, som jag berört i föregående kapitel, resultera i absolutio ab instantia, som alltså i motsats till avgöranden i peremptoriska frågor — absolutio ab actione — var tidsmässigt begränsad i rättskraftshänseende. Skillnaden mellan formell och materiell rätt saknade däremot liksom tidigare betydelse ur rättskraftssynpunkt.

Om man idag hävdar att rättskraften är densamma vid avgöranden i formella och materiella frågor, vid "Prozess-" och "Sachurteil", innebär detta alltså en återgång till den uppfattning, som var förhärskande i såväl romersk som tysk rätt fram till publiceringen av Bülow's arbete. Emellertid kan det ifrågasättas om inte en så radikal — eller, om man så vill, reaktionär — uppfattning trots allt går att förena också med gällande tysk rätt, även om den ej stämmer överens med vad som vanligen hävdas i doktrinen. Att man där tyckt sig kunna iaktta en skillnad i rättskraftshänseende mellan formella och materiella avgöranden kan nämligen bero på att dilatoriska brister är vanligare vid frågor om processhinder än vid materiella rättsfakta och att det således *genomsnittligt sett* råder en skillnad i rättskraftshänseende mellan avgöranden av de båda slagen.<sup>8</sup> Men härvid skulle det alltså inte vara fråga om någon "kvalitativ" skillnad mellan "Prozess-" och "Sachabweisung", utan nyssnämnda förhållande kunde i stället vara ett resultat av *rättskraftens begränsning till tiden*, en begränsning som förekommer både vid formella och materiella avgöranden. Om en brist i kärandens talan uppfattas som en fråga om processhinder eller som ett materiellt rättsfaktum skulle under sådana förhållanden inte få några konsekvenser i rättskraftshänseende. Jag skall återkomma till denna fråga längre fram.<sup>9</sup>

Ett antagande av parallellitet i rättskraftshänseende mellan avvisningsutslag och ogillande dom behöver naturligtvis inte leda till en vid-

<sup>7</sup> Härigenom tvangs man att med hjälp av olika konstruktioner förklara varför litis contestatio ej inträdde i vissa fall eller varför rättskraft ej förelåg trots att förfarandet passerat detta stadium i processen, jfr t. ex. Bülow s. 281 med not 36 och Grunsky a. a. s. 65, se även vad gäller formularprocessen ovan s. 55 f vid not 7.

<sup>8</sup> Enligt Henckel (Prozessrecht s. 228) är det lättare att avhjälpa processhinder än materiella rättsfakta, men, som Kallenberg (II s. 1641) påpekat, finns det såväl peremptoriska processhinder som dilatoriska materiella brister, jfr härom nedan s. 125 ff.

<sup>9</sup> Jfr nedan s. 125 ff.

sträckt rättskraft för avvisningsutslagens del. Avgörande härvidlag är ju i vilken utsträckning man tillmäter ogillande dom rättskraft. I tysk rätt synes man vara tämligen restriktiv i detta avseende jämfört med vad som gäller i vårt land.<sup>1</sup> Så även om den härskande meningen i tysk rätt går ut på att distinktionen mellan formell och materiell rätt är av betydelse i rättskraftshänseende,<sup>2</sup> behöver avståndet till den motsatta uppfattningen ej vara särskilt stort.<sup>3</sup> Klart är i varje fall att en "Prozessurteil" kan äga rättskraft.<sup>4</sup> På denna punkt har alltså utvecklingen gått förbi Bülow's ställningstagande.

## 2. Allmänt om avvisningsutslagens rättskraft i svensk rätt

RB ger, liksom ZPO, ej klart svar på frågan om avvisningsutslag äger rättskraft.<sup>5</sup> I 17: 11 regleras enligt ordalagen endast domens rättskraft och i 17: 12, som anger i vilken utsträckning reglerna om dom äger motsvarande tillämpning beträffande slutliga beslut, saknas hänvisning till 17: 11. En objektiv tolkning av 17 kapitlet synes sålunda leda till att avvisningsutslagen saknar rättskraft.

Det ovan sagda gäller emellertid endast om man begränsar synfältet till 17 kapitlet. I 58: 10 och 59: 4 sägs nämligen, att vad som är stadgat om resning och domvilla äger tillämpning även beträffande slutliga beslut. Och eftersom det i allmänhet ej torde föreligga något behov av extraordinära rättsmedel vid avgöranden som saknar rättskraft,<sup>6</sup> har vi

<sup>1</sup> Se t. ex. Henckel (a. a. s. 227 ff), som synes anta en synnerligen begränsad rättskraft vid såväl "Sach-" som "Prozessurteil".

<sup>2</sup> Se ovan s. 117 med i not 8 angiven litteratur.

<sup>3</sup> Jfr t. ex. Henckel å ovan i not 1 a. st samt Grunsky a. a. s. 61 ff.

<sup>4</sup> Här kan inflikas att avvisningsutslag, eller motsvarigheten därtill, synes äga rättskraft även i fransk rätt, (Herzog s. 289 och 552 f), liksom i våra nordiska grannländer (se Tirkkonen s. 247 (jfr däremot Wrede s. 189 ff), Eckhoff: Rettskraft s. 338 ff med i not 1 angiven litteratur samt, beträffande tidigare nordisk doktrin, Kallenberg II s. 1296. Av Cappellettis framställning att döma (s. 174 ff och 251 f) synes däremot motsatt regel gälla för åtminstone vissa fall i italiensk rätt.

<sup>5</sup> Jfr Westerberg: Rättskraft s. 806 i noten. — Här, liksom i det föregående och i det följande, menar jag med *avvisningsutslag* — en term som ej förekommer i RB — ett slutligt beslut, varigenom rätten avvisar käromålet. Som synonym därtill begagnas termen "avvisningsbeslut" som dock stundom (se t. ex. PLB i SOU 1938: 44 s. 304 och Cars s. 110) begagnas även för andra avgöranden än det här är fråga om. Betr. "avvisningsutslag" se även nedan s. 123 not 7 och 126 not 1.

<sup>6</sup> Under formularprocessen saknades ordinära rättsmedel mot *denegatio actionis* och följaktligen fanns det stundom behov av extraordinära rättsmedel trots att *denegatio* saknade rättskraft, se ovan s. 68 med not 4.

här ett indirekt belägg för att lagstiftaren tänkt sig rättskraft även vid avvsningsutslag. Detta bekräftas i motiven till 58: 10:

”Har rätten på grund av rättegångshinder avvisat partens talan, äger rätten icke, sedan beslutet vunnit laga kraft, i ett nytt mål angående samma sak till prövning upptaga den fråga, vilken lett till avvisandet.”<sup>7</sup>

Även i praxis kan man finna belägg för att avvsningsutslag har rättskraft.<sup>8</sup> I *NJA* 1964 s. 398 beviljades resning i ett mål där avvsnings skett på grund av domstolens bristande behörighet, vilket som nyss nämnts ej skulle ha varit av behovet påkallat om avvsningsutslagets rättskraft ej stått hindrande i vägen för en ny rättegång. Och i *NJA* 1966 s. 450 anförde HD, efter att ha konstaterat att fordran på rättegångskostnader i ett tidigare mål om samma sak ej grundar behörighet enligt 10: 3:

”Genom KM:s beslut d. 7 aug. 1964 avvisades den av Landerholm i det tidigare målet vid RR:n mot Christensen väckta talan, enär Landerholm icke visat någon omständighet som betingade RR:ns behörighet. Till grund för dess behörighet i förevarande mål, vari Landerholm liksom i det tidigare målet för talan om betalningsskyldighet för Christensen i anledning av befraktningsavtalet d. 20 aug. 1953, åberopar Landerholm som enda ny omständighet att Christensen har fordran mot Landerholm på ersättning för rättegångskostnader som uppkom i det tidigare målet. I enlighet med det förut anförda kan emellertid den sålunda anvisade egendomen ej godtagas såsom behörighetsgrundande.

På grund härav prövar KM lagligt fastställa det slut HovR:ns beslut . . . innefattar i vad därigenom Landerholms yrkande om återförvisning av målet lämnas utan bifall.”<sup>9</sup>

De två rättsfall jag nämnt ovan är de enda belägg för avvsningsutslagens rättskraft som jag kunnat finna i rättspraxis från tiden efter processreformen. I äldre praxis finns däremot ett tiotal rättsfall som tycks peka i samma riktning.<sup>1</sup> Men flera av rättsfallen är från förra

<sup>7</sup> PLB i *NJA* II 1944 s. 737. Däremot berörs ej frågan i motiven till 17 kap. Beträffande äldre rätt se Kallenberg II s. 1641.

<sup>8</sup> Jfr Welamson i SvJT 1969 s. 933.

<sup>9</sup> RR:n hade avvisat L:s talan.

<sup>1</sup> Se betr. frågan om domstolens lokala behörighet NT 1872: 501 och 1873: 302 samt *NJA* 1887 s. 212, betr. invändning om skiljeavtal *NJA* 1916 s. 466, 1923 s. 206 och 1926 s. 209. — jfr dock *NJA* 1920 s. 97 — betr. svensk domsrätt *NJA* 1917 s. 488 — jfr dock *NJA* 1924 s. 428 — samt, varom mera i ovan i det följande, betr. saklegitimation och partsbehörighet, möjligen *NJA* 1877 s. 23 och 1879 s. 275.

seket och för att belysa det vanskliga i att dra slutsatser i här aktuella avseende av så gamla rättsfall, skall jag dröja något vid två av de avgöranden, som i doktrinen anförts till stöd för avvísingsutslagens rättskraft, nämligen *NJA 1877 s. 23<sup>2</sup>* och *NJA 1879 s. 275<sup>3</sup>*.

Låt mig till en början erinra om att skillnaden mellan formell och materiell rätt ej torde ha varit av så genomgripande betydelse vid tiden för rättsfallen som den är idag. I själva verket var det ju först i början av 1880-talet, som Bülows lära fick sin första presentation på svenska.<sup>4</sup> Det är knappast troligt att domstolarna redan dessförinnan arbetat från de utgångspunkter som numera används i gällande rätt. Den enda slutsats man kan dra av äldre praxis är att avgöranden i de frågor, som rättsfallen avser, ägde rättskraft vid denna tid. I den mån sådana brister, som numera systematiseras som processhinder, lagts till grund för rättskraftiga avgöranden, kan man häri se en antydning om att distinktionen mellan formell och materiell rätt saknat betydelse i rättskraftshänseende i svensk 1800-talspraxis. *NJA 1879 s. 275* skulle möjligen kunna ha betydelse i detta avseende. HD anförde i sin dom:

”och som HR:ns . . . utslag, hvarigenom den af Benslin å Sundsbro aktiebolags vägnar instämnda talan . . . blifvit *ogillad* på den grund, att bolaget ansågs *då* ännu icke hafva egt träda i någon slags verksamhet eller i sitt namn anställa rättegångar, icke lagligen utgjort hinder för domstolarne att till pröfning upptaga syssломännens *vid en senare tidpunkt* anhängiggjorda talan . . .”<sup>5</sup>

Rättsfallet — som även illustrerar att ogillande förekommit vid såväl dilatoriska som formella brister<sup>5a</sup> — ger vid handen att ett avgörande, som grundats på bristande partsbehörighet enligt modern terminologi, ägde rättskraft i tidigare praxis. Att ny talan var möjlig (HR var av motsatt uppfattning härvidlag) skulle i så fall ha berott på rättskraftens begränsning till tiden; bolaget (som gått i konkurs vid det andra rättegångstillfället) hade förvärvat partsbehörighet efter det första utslaget.<sup>6</sup> Rättsfallet innehåller dock flera oklara punkter, som det

<sup>2</sup> Agge s. 76 i not 1 och Kallenberg II s. 1300 i not 89.

<sup>3</sup> Se Agge s. 75 i not 3 och s. 82 i not 3, Kallenberg II s. 1197 och Ekelöf: Rättsmedlen s. 62.

<sup>4</sup> Se ovan s. 82 ff.

<sup>5</sup> Rättsfallet s. 277, min kursivering.

<sup>5a</sup> Jfr härom ovan s. 86 not 4.

<sup>6</sup> HD:s av mig kursiverade formuleringar ger ett visst stöd för en sådan tolkning. Emellertid kan man också säga att lokutionen ”vid en senare tidpunkt” är utan intresse, eftersom detta rekvisit alltid är uppfyllt vid frågor om res judicata och således ej kan vara tillfyllest för att det skall anses föreligga factum superveniens. Betr. factum superveniens se vidare nedan s. 125 ff.

skulle föra för långt att här gå in på, och en försiktig tolkning torde vara motiverad.

Att se *NJA 1877 s. 23* som ett belägg för avvisningsutslagens rättskraft möter ännu större betänkligheter. Kallenberg tar emellertid upp detta fall under rubriken "afvisningsutslag" som stöd för att "rättskraft tillkommer andra beslut än domar".<sup>7</sup> Omständigheterna i målet var följande:

*NJA 1877 s. 23*. Snickaren T väckte talan vid Stockholms RR om ogiltigförklaring av ett testamente. I sin dom fann emellertid RR det ej ådagalagt att T var arvinge till den avlidna, varför T ej var "... behörig i målet föra talan, hvadan stämningsspåståendena lemnades utan afseende". Sedermera återkom T i ny process med samma yrkande, men under åberopande av ytterligare bevisning till stöd för sin släktskap med testator. RR biföll hans talan och ogiltigförklarade testamentet. *HovR*, vars dom *HD* gillade i ifrågavarande del, undanröjde dock RR:s dom med motiveringen att enär "... RR:n genom dom ... förklarar snickaren T ej vara behörig att i målet föra talan och förty lemnat hans påstående utan afseende; alltså och då snickaren T låtit denna dom vinna laga kraft, samt icke ens uppgivit, det han sökt och erhållit konungens lov att saken ånyo skärskådas, funne HofR:n ... snickaren T:s i denna del förda enahanda talan icke emot 31 kap. 3 § rättegångsbalken, kunna till pröfning upptagas ..."

Det kan ligga nära tillhands att se ovanstående rättsfall som ett belägg för att avvisning på grund av processhinder äger rättskraft i svensk rätt. Men man har i så fall åter anledning att erinra sig att skillnaden mellan processhinder och materiella rättsfakta ej torde ha varit föremål för intresse vid tiden för rättsfallet; det återstod ännu några år innan Bülow's lära introducerades i svensk doktrin.<sup>8</sup> Domstolarnas uttryckssätt bör därför ej fattas som något ställningstagande till frågan om en brist av förevarande slag uppfattades som formell eller materiell. Att T ej var "behörig i målet föra talan" och att hans talan "lemnades utan afseende" är uttryckssätt, som ej nödvändigtvis behöver ha varit reserverade för formella frågor.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Kallenberg II s. 1191 och 1300 med not 89. Med "afvisningsutslag" menar Kallenberg (I s. 1211 f) utslag vars innebörd är att "domstolen med konstaterande af bristen på en förutsättning för hufvudsaklig pröfning, skiljer målet ifrån sig utan dylik pröfning". Termen dom används dock av Kallenberg även för sådana utslag, se t. ex. citatet i texten ovan samt följande passus (II s. 1300 i not 8a): "... Utgör en dom, hvarigenom en persons talan afvisats ...". Se betr. termen avvisningsutslag även ovan s. 120 not 5 och nedan s. 126 not 1.

<sup>8</sup> Se ovan s. 84.

<sup>9</sup> I fråga om det förstnämnda uttryckssättet jfr nedan s. 171 ff betr. termen tale-rätt. Vad gäller lokutionen "lämnas utan avseende" kan nämnas att man enligt Westerberg (Administrativ besvärsmätt s. 79) använder detta uttryck inom för-

Kallenberg uppfattar det första avgörandet i testamentsfallet som grundat på en brist i saklegitimationen, som i sin tur betraktas som en processförutsättning.<sup>1</sup> Med den utgångspunkten utgör rättsfallet onekligen ett belägg för att avvsningsutslag äger rättskraft. Men för att rättsfallet skall ha den av Kallenberg angivna betydelsen måste man för det första betrakta avgörandet som ett avvsningsutslag i modern mening, vilket som nyss påpekats möter vissa betänkligheter även om man skulle bortse från att utslaget ifråga rubriceras som en dom. För det andra skall man anse att saklegitimation är en processförutsättning, något som blev aktuellt i svensk rätt först sedan Kallenberg övergivit sin tidigare, motsatta, uppfattning i denna fråga.<sup>2</sup> Man måste alltså tilltro domstolarna förmågan att förutskicka vad Kallenberg ungefär ett halvsekel senare lanserade som saklegitimationens rätta innebörd!<sup>3</sup> För det tredje måste man, om man nu antar att föregående förutsättningar är uppfyllda, anse att kärandens släktskap med testator i mål av förevarande slag är en fråga om saklegitimation i dess nyssnämnda betydelse, vilket ej är fallet enligt modern svensk processrätt.<sup>4</sup>

Det finns således från moderna utgångspunkter viss anledning att se det första avgörandet i NJA 1877 s. 23 som ett utslag i själva saken. Domstolens uttryckssätt — att T:s påståenden ”lemnades utan afseende” — skulle då närmast ha varit en fingervisning om att rätten ej ansett sig ha anledning att gå in på övriga förutsättningar — formella eller materiella — för bifall till käromålet. Det kan emellertid ifrågasättas om man bör försöka anpassa äldre rättsfall efter nu aktuella indelningsgrunder och frågeställningar på detta sätt. Enligt min mening bör man varken dra några slutsatser i den ena eller andra riktningen av de två sist diskuterade rättsfallen. Risken för anakronistiska resonemang är överhängande här liksom inom hela det område som är föremål för behandling i denna avhandling.

Äldre praxis ger sålunda endast stöd för att vid denna tid skillnaden mellan formell och materiell rätt i så måtto saknade betydelse även i valtningsrätten då det är klart att besvären antingen skall avvisas eller ogillas, och man inte vill träffa ett definitivt val häremellan. Inom civilprocessen kan man numera i allmänhet ej smita undan frågeställningen på detta sätt, eftersom avgörandet måste rubriceras antingen som dom eller beslut (jfr dock förhållandet inom viss specialprocess, där termen beslut används även i materiella frågor).

<sup>1</sup> Se Kallenberg II s. 1300 med not 89.

<sup>2</sup> Jfr dock nedan s. 184 betr. Broomé.

<sup>3</sup> Då Kallenberg presenterar sin nya uppfattning sker det dock under påstående att han med termen saklegitimation menar ”hvad från början egentligen därmed åsyftats, dvs. den processrättsliga frågan om befogenheten att processa som part”, (se Kallenberg I s. 1008 i not 25).

<sup>4</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 49 f.

rättskraftshänseende, att man intog ungefär samma ståndpunkt som var förhärskande i *gemeines Recht* innan Bülow hunnit utöva inflytande på utvecklingen.<sup>5</sup> Jag skall senare försöka besvara frågan om den gemeinrättsliga uppfattningen är aktuell också de lege lata och de lege ferenda i svensk processrätt.

Även om man för in rättsfallen från 1900-talet i bilden, synes praxis inte säga mycket mer än att avvisningsutslag *kan* äga rättskraft. När detta är fallet — vid vilka processhinder och under vilka förutsättningar — måste tills vidare betraktas som en öppen fråga. I *doktrinen* får man ungefär samma besked som i praxis; efter Wrede synes det således ha rätt enighet om att avvisningsutslag *kan* äga rättskraft,<sup>6</sup> men ej heller här får man klart svar på frågan om rättskraften skiljer sig från vad som gäller vid ogillande dom. Att det är fråga om en skillnad i nyssnämnda avseende utsägs dock mer eller mindre klart på flera håll.<sup>7</sup> Enligt Gärde äger således principerna för domens rättskraft endast "i viss utsträckning" tillämpning beträffande slutliga beslut.<sup>8</sup> Anser då Gärde att endast vissa avvisningsutslag äger rättskraft, eller är meningen att samtliga avvisningsbeslut visserligen har rättskraft, men att denna ej är av samma omfattning som vid ogillande dom?

Man synes i vart fall utgå ifrån att distinktionen mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta är av praktisk betydelse också ifråga om avgörandets rättskraft, dvs. på ett område där RB ej tvingar fram ett dylikt kategoritänkande. Avsikten med det följande är att visa att även motsatt uppfattning är förenlig med gällande rätt.

### 3. Ändamålsskäl för rättskraft vid avvisningsutslag, rättskraftens begränsning till tiden samt något om skillnaden mellan peremptoriska och dilatoriska brister

Enligt Rosenberg talar det praktiska intresset "dringend" för att tillerkänna avvisningsutslag rättskraft.<sup>9</sup> Vilka praktiska skäl kan det vara fråga om i detta sammanhang? Låt oss anta att samma rättskraftsregler

<sup>5</sup> Se härom ovan s. 117 ff.

<sup>6</sup> Se Agge s. 69 ff, Kallenberg II s. 1291 ff, Gärde s. 197 och 862, Ekelöf: Rättegång II s. 15 med not 29, Rättegång III s. 71 och Rättsmedlen s. 62 f samt Cars s. 110. Jfr även Welamson i SvJT 1969 s. 933 och betr. brottmål Heuman s. 169.

<sup>7</sup> Se t. ex. Kallenberg II s. 1300 i not 89 och Ekelöf: Civilprocessen II s. 17 f samt vidare nedan s. 135 ff.

<sup>8</sup> Gärde s. 197.

<sup>9</sup> Rosenberg s. 801.

gäller vid avvisningsutslag som vid ogillande dom och undersöka i vilken utsträckning de argument, som brukar anföras till stöd för domens rättskraft, har motsvarande relevans vad gäller avvisningsbeslut. Det blir härvid anledning att också beröra frågan om rättskraftens begränsning till tiden samt skillnaden mellan peremtoriska och dilatoriska brister i kändandens talan.<sup>1</sup>

Även vid avvisningsutslag synes rättskraften kunna fylla en trygghetsskapande funktion. Antag att det är ovisst om en talan skall ogillas eller avvisas. För svaranden är det då sannolikt likgiltigt i vilken form domstolens avgörande träffas, huvudsaken är att han kan förlita sig på att det blir bestående även för framtiden.<sup>2</sup>

Nu kan man emellertid invända att även om man tillerkänner avvisningsutslag rättskraft, så kan det ej bli fråga om någon avsevärd trygghet i nyssnämnda hänseende. Som jag berört tidigare är ju de flesta processhinder dilatoriska.<sup>3</sup> Bristen är i dessa fall tidsmässigt begränsad och kan bortfalla genom omständigheter som inträffar senare. Stundom är det rent av möjligt att avhjälpa<sup>4</sup> ifrågavarande brist inom ramen för rättegången, så t. ex. om en processobehörig part väckt talan och hans ställföreträdare kallas in för att överta processföringen.<sup>5</sup> I andra fall åter ligger kanske den relevanta omständigheten så långt fram i tiden att man ej utan olägenhet kan avhjälpa bristen under pågående rättegång utan tvingas avvisa. Men eftersom rättskraften är begränsad till tiden och endast omfattar de rättsfakta, som förelåg vid avgörandet,<sup>6</sup> hindrar ej ett sådant avvisningsbeslut — även om det antas äga samma rättskraft som ogillande dom — en ny process när relevant factum superveniens sedermera inträtt. Antag t. ex. att bristen i exemplet ovan bestod i att kändanden ej uppnått den ålder, som krävs för processbehörighet i mål av förevarande slag, och att käromålet avvisats av denna anledning. Detta avvisningsutslag kan naturligtvis ej hindra en ny talan om samma sak när kändanden väl blivit myndig.

Att ett processhinder är dilatoriskt skulle enligt det ovanstående be-

<sup>1</sup> Med *avvisningsbeslut*, liksom *avvisningsutslag*, menar jag ett slutligt beslut varigenom käromålet avvisas. Termen *avvisningsutslag* förekommer ej i RB, men används vanligen i här angiven betydelse, jfr t. ex. ovan s. 123 i not 7. Termen *avvisningsbeslut* anknyter närmare till språkbruket i lagtexten, men används stundom även i andra betydelser än den här nämnda (se t. ex. PLB i SOU 1938: 44 s. 504 där man avser beslut varigenom ett olämpligt ombud skiljs från målet, jfr även Cars s. 110). Betr. dessa termer se även ovan s. 120 not 5.

<sup>2</sup> Hjerner i festskrift till Nial s. 322.

<sup>3</sup> Jfr ovan s. 119 och betr. dilatorisk även s. 34.

<sup>4</sup> Betr. termen *avhjäljbara* processhinder, se nedan s. 128 ff.

<sup>5</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 14 och 93.

<sup>6</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång III s. 84 ff.

tyda att bristen ifråga kan bortfalla på grund av "nya rättsfakta",<sup>7</sup> dvs. rättsfakta som uppkommer under eller efter rättegången. Ett avvísningsutslag, som grundats på ett dilatoriskt processhinder, skulle således endast kunna ge en begränsad trygghetsverkan eftersom rättskraften kan beräknas bli genombruten av ett *factum superveniens*. Den vinnande parten kan ej förlita sig på att avgörandet blir bestående för all framtid.

Den inskränkning i rättskraften, som följer av processhindrens mestadels dilatoriska natur, kan ses som en konsekvens av den allmänna regeln om rättskraftens begränsning till tiden. Ett antagande av parallella rättskraftsregler för avvísningsutslag och ogillande dom kan således upprätthållas utan att någon särskild undantagsregel behöver tillämpas för de dilatoriska processhindren. Detta förutsätter dock att jag här fattat begreppet *factum superveniens* på ett sätt, som ej avviker från vad som gäller inom målets materiella del. Hur förhåller det sig då härmed?

Med den här hävdade uppfattningen skulle det inte bara vara fråga om *factum superveniens* när tiden s. a. s. självmant läker sårn — som då en omstämd fordran förfaller till betalning eller en processobehörig part uppnår myndig ålder — utan även när käranden genom *egen aktivitet* åstadkommer den förändring, som gör ny talan möjlig. Antag t. ex. att ett käromål avvisats på grund av att talan ej väckts vid *forum rei sitae*. Om käranden omedelbart därefter inger sin stämningsansökan till behörig domstol är detta enligt mitt sätt att se ett *factum superveniens*. Att käromålet kan tas upp vid den behöriga domstolen beror alltså inte på att avvísningsutslaget saknar rättskraft,<sup>8</sup> utan på att det inträtt en ny omständighet, som ej omfattas av det första avgörandets rättskraft. Eller antag att en talan avvisats på grund av att käranden ej uppfyllt sin litidenuntiationsplikt enligt 14: 12 st 3. En därefter företagen kungörelse utgör enligt mitt förmenande ett nytt rättsfaktum, som botar bristen och möjliggör ny talan om samma sak.

Men är det då verkligen fråga om en tillämpning av sedvanliga rättskraftsregler om man på detta sätt betraktar partens egen aktivitet för att undanröja bristen som ett *factum superveniens*?

<sup>7</sup> Kallenberg (II s. 1430 ff) använder uttrycket "förändrade omständigheter" som svensk term för *facta supervenientia*, men eftersom det ej är fråga om en förändring av de rättsfakta, som förelåg vid tiden för det första avgörandet, utan om nya omständigheter, som ej förelåg vid nyssnämnda tidpunkt, synes mig uttrycket "nya rättsfakta" vara en mer adekvat benämning, även om det härövan fått inkludera också omständigheter som uppkommer under rättegången.

<sup>8</sup> Betr. frågan om domstolarnas inbördes självständighet och rättskraftens "lokala" utsträckning, se nedan s. 149 ff.

Till en början må erinras om att dilatoriska brister kan föreligga även i målets materiella del, annars skulle ju principen om rättskraftens begränsning till tiden vara överflödig vid ogillande dom. Jag har redan vid flera tillfällen nämnt exempel på dylika brister. Antag t. ex. att ett yrkande om betalning ogillas emedan fordringen ej är förfallen, eller att en vindikationstalan ogillas på den grund att svaranden *för närvarande* ej är i besittning av den egendom som avses med kändandens talan. Dessa domar hindrar naturligtvis ej ny talan om samma sak när förfallodagen inträtt, respektive den omtvistade saken kommit i svarandens besittning.

Även vad gäller själva saken kan relevanta *facta supervenientia* inträda genom — eller bestå av — kändandens egen aktivitet. Antag t. ex. att A stämmer B på prestation enligt ett kontrakt, men får sin talan ogillad på den grund att han ej fullgjort sina egna åligganden enligt kontraktet. A utför sedermera ifrågavarande åtgärder och väcker ny talan. Nyssnämnda aktivitet från A:s sida måste betraktas som ett *factum superveniens*, vilket medför att den tidigare domen ej står i vägen för ny talan om samma sak.<sup>9</sup>

Det behövs således inte någon särskild rättskraftsregel för att förklara att ny talan är möjlig vid dilatoriska processhinder. Vi har här helt enkelt att göra med den sedvanliga principen om rättskraftens begränsning till tiden, även om *facta supervenientia* stundom har en annan karaktär än vad som vanligen är fallet i målets materiella del. Valet mellan avvisning och ogillande behöver således i här berörda avseende ej påverkas av några konsekvenser i rättskraftshänseende; man skulle med oförändrat resultat kunna ogilla i stället för avvisa vid samtliga processhinder utan att företa någon justering av de rättskraftsregler som gäller vid ogillande dom.

Jag har hittills talat om dilatoriska processhinder och satt detta uttryck i samband med rättskraftens begränsning till tiden, dvs. principen om *facta supervenientia*. Att ett processhinder är peremptoriskt skulle då innebära att det ej kan inträffa några nya rättsfakta som helar den brist, som föranlett avvisningen.<sup>1</sup> Peremptoriska brister kan naturligtvis föreligga även i målets materiella del, så t. ex. om en talan ogillats på grund av att svaranden överhuvudtaget ej är betalningsskyldig. Döms rättskraft är i ett sådant fall ej begränsad till tiden.

Vid en diskussion om förhållandet mellan dilatoriska och peremptoriska processhinder finns det vissa skäl att som beteckning på de förra

<sup>9</sup> För ytterligare ett exempel se Olivecrona: Rätt och dom s. 309.

<sup>1</sup> För exempel se nedan s. 129 f.

även införa termen "reparabla" brister.<sup>2</sup> I litteraturen förekommer redan uttrycket "avhjälpbara" processhinder, men denna term synes främst komma till användning för sådana brister, som kan rättas till under processen.<sup>3</sup> Till de "reparabla" bristerna hänför jag emellertid även sådana grunder för avvísning eller ogillande, som kan undanröjas genom *facta supervenientia*.

Finns det då några processhinder som är irreparabla (peremptoriska), som för all framtid omöjliggör ny talan om samma sak? Ja, tydligen kan vissa processhinder *stundom* ha denna karaktär — så t. ex. *res judicata* — men det finns inte något processhinder som *alltid* är av denna beskaffenhet. Antag t. ex. att en talan om betalning ogillats på grund av att den omstämda fordringen ej är förfallen. Omedelbart därefter väcker käranden ny talan om samma sak, varvid hans talan avvisas på grund av *res judicata*. Käranden, som är en notorisk rättshaverist, väcker då för tredje gången — och fortfarande innan förfallodagen inträtt — ny talan om samma sak. Härvid skall hans talan avvisas på grund av det tidigare avvísningsbeslutets rättskraft. Men det processhinder, som rättskraften utgör i detta fall, är dilatoriskt eftersom det ej hindrar ny talan när relevant *factum superveniens*, dvs. förfallodagen, inträtt. I samma utsträckning som rättskraften vid en ogillande dom inskränks genom *facta supervenientia* är *res judicata* ett reparabelt (dilatoriskt) processhinder. Har å andra sidan en talan ogillats t. ex. på grund av att svaranden överhuvudtaget ej är betalningsskyldig, kan rättskraften ej genombrytas av något *factum superveniens* och rättskraften är således ett peremptoriskt processhinder i detta fall.

Vissa processhinder är alltid reparabla, så t. ex. bristande lokal behörighet och litispensens, medan andra, t. ex. *res judicata*, bristande fastställelseintresse och bristande talerätt,<sup>4</sup> är reparabla i en del fall och irreparabla i andra. Låt mig ge ytterligare ett exempel på detta förhållande. Antag att talan i ett bördsmål väckts av någon som varken är

<sup>2</sup> Kallenberg (II s. 1641) synes använda uttrycket "processförsättningsbrist ... af beskaffenhet att ... kunna *botas*" (kurs. här) i den mening jag begagnar termen *reparabel* brist. Även om det sistnämnda uttrycket är språkligt missvisande i så måtto att det är käromålet eller processförsättningen — och ej bristen — som repareras, synes termen *reparabel* vara att föredra, dels på grund av att den är smidigare (jfr "botbar" brist), dels ock på grund av att den ger en antydning om de identitetsproblem jag strax skall beröra.

<sup>3</sup> Se t. ex. Ekelöf: Rättegång II s. 14.

<sup>4</sup> Som jag i förbigående nämnt tidigare (se ovan s. 101) arbetar man bl. a. i tysk doktrin *stundom* med en uppdelning av processförsättningar i rättsskyddsförsättningar och processförsättningar i trängre mening, varvid man till den förstnämnda kategorin räknar i huvudsak sådana omständigheter, vars frånvaro i allmänhet utgör en irreparabel brist enligt den här använda terminologin (jfr Kallenberg: Föreläsningar 2 s. 63 i not 2).

släkt med det barn eller den fader målet gäller. Denna brist är peremtorisk, den kan ej undanröjas genom *facta supervenientia*. Antag nu i stället att ifrågavarande talan väcks av de övriga barnen i samma äktenskap, medan mannen är vid liv. Enligt Ekelöf skall då avvísning ske på grund av bristande talerätt.<sup>5</sup> Men i detta fall är processhindret dilatoriskt. Då mannen avlider är ju barnen behöriga att väcka ny talan om samma sak (FB 2: 2). Den trygghet som kan uppnås genom avvísningsutslagens rättskraft skiftar alltså från fall till fall, så även inom ramen för ett och samma processhinder.

I hittills berörda avseenden synes distinktionen mellan dilatoriska (reparabla) och peremtoriska (irreparabla) brister vara av större betydelse ur rättskraftssynpunkt än skillnaden mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta. Det torde väl också vara detta förhållande, som föranlett Ekelöf att ställa frågan om inte den förstnämnda systematiken har mer skäl för sig än den nu vedertaga.<sup>6</sup> I så måtto är detta naturligtvis riktigt att skillnaden mellan peremtoriska och dilatoriska invändningar ger bättre uttryck för principen om rättskraftens begränsning till tiden; nyssnämnda terminologi är ju numera i själva verket bara en omformulering av denna frågeställning. Däremot torde det ej finnas skäl för att lägga denna distinktion till grund för skillnader i handläggningshänseende eller begagnande av olika slags avgöranden. Ett sådant förfaringsätt skulle ju innebära att man i varje särskilt fall tvingades avgöra om en invändning var dilatorisk eller peremtorisk.<sup>7</sup> Och härvid uppstår — liksom vid så många andra indelningsgrunder — gränsdragningsproblem som gör att systematiken förlorar i användbarhet.

Men är det då verkligen så svårt att skilja mellan peremtoriska och dilatoriska brister i kändens talan? Ja, naturligtvis är detta inte alltid fallet. Uppenbart dilatoriska, eller med andra ord, uppenbart tidsmässigt begränsade i rättskraftshänseende, är ju de brister som s. a. s. är självläkande, dvs. då kändanden ej behöver göra något annat än att se tiden an för att bristen skall försvinna, så t. ex. vid fullgörelsetalan om ej förfallen fordran eller då avvísning sker på grund av bristande processbehörighet till följd av underårighet. Men antag t. ex. att en skadeståndstalan avvisas vid en specialdomstol<sup>8</sup> på grund av domstolens bristande sakliga behörighet. Om kändanden kan väcka talan om samma

<sup>5</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 74, jfr vidare nedan s. 203 ff.

<sup>6</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 16 och Rättegång III s. 86. Här kan erinras om att skillnaden mellan dilatoriska och peremtoriska invändningar däremot saknade betydelse i rättskraftshänseende under formularprocessen, se ovan s. 58 f.

<sup>7</sup> Se nedan s. 132.

<sup>8</sup> Betr. innebörden av uttrycket specialdomstol, se Ekelöf i SvJT 1971 s. 265 f, jfr JR Ulveson i NJA 1973 s. 1 (s. 3 f).

sak vid allmän domstol är bristen i viss mening reparabel. Antag emellertid att skilda rättsregler tillämpas vid de två domstolarna för bedömning av ifrågavarande anspråk, såsom t. ex. tidigare var fallet med ersättning för immissioner vid allmän domstol respektive expropriationsdomstolen.<sup>9</sup> Om nu avvisningen ägde rum vid den domstol som tillämpade de förmånligaste reglerna för käranden, torde denna betrakta bristen som peremptorisk. Avsåg hans talan skadestånd i anledning av en immission som ej översteg "toleransgränsen" innebar nämligen avvisningen vid expropriationsdomstolen att han för all framtid avstängdes från möjligheten att få ersättning för sin skada. Är bristen dilatorisk (reparabel) i ett sådant fall?

Antag slutligen att en ersättningstalan i ett expropriationsmål framställs av någon som hyrt en lägenhet i andra hand i den fastighet expropriationen avser.<sup>1</sup> Om hans talan avvisas på grund av att han ej är sakägare, återstår visserligen en möjlighet att väcka talan vid allmän domstol. Men för att kunna bifallas måste hans yrkande då riktas mot en annan (kanske penningsvagare) part än i expropriationsmålet, mot sublokatorn i stället för mot exproprianten.<sup>2</sup> Är den brist, som föranledde avvisningen, dilatorisk eller peremptorisk i detta fall? Går kärandens talan att "reparera" eller är de erforderliga förändringarna så omfattande att det blir fråga om en "nybyggnad", en annan talan?<sup>3</sup> Ja, de flesta torde väl anse att det ej längre är fråga om samma sak när det sker en förändring i partsställningen på detta sätt.<sup>3a</sup> Bristen i expropriationsmålet är följaktligen peremptorisk. Eller är den dilatorisk eftersom ny — ehuru utsiktslös — skadeståndstalan mot exproprianten möjligen kan föras vid allmän domstol?

Till de klassificeringsproblem som kan uppstå vid distinktionen mellan peremptoriska och dilatoriska invändningar kommer att det i det ak-

<sup>9</sup> Jfr prop 1971: 122 s. 58.

<sup>1</sup> Se t. ex. NJA 1964 s. 500.

<sup>2</sup> Jfr JR Hedfeldts intressanta yttrande i det ovan i not 1 nämnda rättsfallet.

<sup>3</sup> De identitetskriterier, som vanligen kommer till användning vid bestämmande av rättskraftens omfång, kan uppenbarligen ej begagnas vad gäller förhållandet mellan avgörande vid allmän domstol och specialdomstol. Rättskraften kan ej rimligen sträcka sig längre än till gränserna för domstolens behörighet (jfr Sigeman s. 448). Har en talan ogillats vid en specialdomstol utgör därför detta avgörande stundom ej något hinder för ny talan vid allmän domstol även om yrkandet avser "samma rättsföljd" eller "samma händelseförlopp". Däremot skulle man i viss mening kunna säga att domens rättskraft även i här diskuterade fall omfattar "alla de omständigheter, som käranden kunnat åberopa till stöd för sin talan" (Ekelöf: Rättegång III s. 80) om man i ordet "kunnat" även innesluter den begränsning som ligger i domsolens bristande sakliga behörighet. För ett särskilt fall se Sigeman: Kvittningslagen s. 286 f. Se även nedan s. 248 f.

<sup>3a</sup> Jfr dock nedan s. 182 i not 7 betr. Nehrman och Schrevelius, se även s. 162 not 7 och s. 249 f.

tuella fallet kanske föreligger så ytterligt små möjligheter att reparera en i och för sig dilatorisk brist att det framstår som konstlat att lägga denna möjlighet till grund för handläggning enligt ett särskilt regelkomplex. Antag t. ex. att en vindikationstalan ogillats på den grund att svaranden ej längre innehar den egendom talan avser. Chansen för att han så småningom skall få saken i sin besittning är naturligtvis i många fall minimal, men bristen är icke desto mindre ovedersägligen dilatorisk. Eller antag att en person, som av allt att döma är obotligt mentalsjuk, väcker en talan som är uppenbart ogrundad. Den bristande processbehörigheten är i princip dilatorisk — det kan ju ej uteslutas att käranden tillfrisknar eller att hans ställföreträdare kan intresseras för att överta processföringen — men sannolikheten för att relevanta facta supervenientia skall inträffa är så liten att man befinner sig på gränsen till vad som måste betraktas som en peremptorisk brist.

Det förefaller ej lockande att s. a. s. i onödan behöva ta ställning till invecklade rättskraftsfrågor för att avgöra vilka regler, som skall komma till användning vid handläggning och avgörande av svarandens invändningar. Men skall systematiken bygga på distinktionen mellan peremptoriska och dilatoriska invändningar i stället för skillnaden mellan formell och materiell rätt, blir detta nödvändigt även då invändningen är uppenbart ogrundad eller sannolikheten för ny process av någon annan anledning är lika med noll. Förstnämnda indelningsgrund är ju, som jag sökt visa ovan, bara en omskrivning av frågan om i vilken utsträckning ett hypotetiskt avgörande, grundat på bifall till ifrågasvarande invändning, skulle äga rättskraft i ny process om samma sak.

Av det föregående har emellertid framgått att även den rådande systematiken är behäftad med svagheter och att den stundom leder till praktiska konsekvenser som ter sig omotiverade ur saklig synpunkt. De lege ferenda finns det goda skäl att avskaffa institutet processhinder.<sup>4</sup> En sådan reform skulle numera — dvs. efter 1971 års ändringar i RB — inte heller kräva särskilt vittgående förändringar av det gällande regelsystemet. Gemensamma bestämmelser för handläggning och avgörande av alla svarandens invändningar torde vara att föredraga framför den nu rådande uppdelningen. En övergång till skilda handläggningsregler för dilatoriska och peremptoriska invändningar skulle däremot sannolikt inte medföra några betydande fördelar jämfört med nu rådande system. Till de betänkligheter som redan anförts kommer att slutresultatet efter en dylik reform skulle bli nära nog status quo. De flesta processhinder är ju dilatoriska och de flesta sakinvändningar peremptoriska.

Låt oss nu efter denna långa utveckling återvända till frågan om vilka

<sup>4</sup> Se vidare nedan s. 229 ff.

ändamålsskäl som talar för rättskraft vid avvisningsutslag. Som framgått av det föregående kan rättskraftens trygghetsskapande funktion bli aktuell även vid en dylik utgång av målet. Särskilt gäller detta då ett processhinder är irreparabelt och — eller — frågan för sitt bedömande kräver omfattande utredning eller invecklade ställningstaganden i rättsfrågor.<sup>5</sup> Antag t. ex. att en talan avvisats på grund av *res judicata* efter en omfattande prövning av detta slag. Som Eckhoff framhållit skulle då "... selve den sikkerhet som domens rettskraft har til formål å skape, ... svekkes hvis den kjennelse som avviste en ny sak om det avgjorte spørsmål, icke skulle ha bindende virkning".<sup>6</sup> Det skulle strida mot en av grunderna för 17: 11 om rättskraftsfrågan kunde tas upp till ny prövning. Men även vid utslag som grundats på ett dilatoriskt processhinder kan rättskraften vara motiverad ur trygghetssynpunkt. Den vinnande parten bör vara skyddad mot ny prövning av samma processhinderfråga till dess relevanta *facta supervenientia* inträtt.

Att fränkänna samtliga avvisningsutslag rättskraft på grund av att rättskraftens trygghetsfunktion vid somliga processhinder är av mindre betydelse än vid dom i saken, kan ej komma ifråga. Sätillvida råder ju också enighet inom doktrinen att avvisningsutslag anses äga rättskraft i åtminstone vissa fall.<sup>7</sup> Och att endast fränkänna de avvisningsutslag, som grundats på en dilatorisk brist, rättskraft skulle strida mot praxis, eftersom flera av de belägg som där finns på avvisningsbeslutens rättskraft, gäller just dilatoriska processhinder.<sup>8</sup> Vidare kan anmärkas att man ej undantagit dilatoriska brister från rättskraft i målets materiella del, naturligtvis frånsett den begränsning till tiden som följer av bristens reparable natur.

Även de övriga skäl, som brukar anföras till stöd för domens rättskraft, äger tillämpning vid avvisningsbeslut. Fränkänns avvisningsutslagen rättskraft uppstår det en risk för slapp processföring med ty åtföljande nackdelar för parterna och domstolen i processekonomiskt hänseende. Och synpunkten att rättskraften bidrar till att upprätthålla allmänhetens förtroende för rättsskipningen och domstolens auktoritet har — även om detta skäl ej är tungt vägande i och för sig — i princip samma vikt vid avvisningsutslag som vid avgöranden av själva saken.<sup>9</sup>

Vad gäller rättskraftens processekonomiska funktion föreligger dock sätillvida en skillnad, att eftersom frågor om processhinder skall hand-

<sup>5</sup> Jfr Kallenberg II s. 1641 och 1255 i not 34.

<sup>6</sup> Eckhoff: Rättskraft s. 342.

<sup>7</sup> Se ovan s. 125.

<sup>8</sup> Se ovan s. 121.

<sup>9</sup> Jfr Kallenberg II s. 1256. Se även Westerberg: Rättskraft s. 806 och Afzelius ovan s. 84 återgivna uttalande.

läggas och avgöras först i målet, har ett avvsningsutslag i allmänhet ej föregåtts av så stor tids- och kostnadsåtgång som en ogillande dom. De flesta frågor om processhinder är så enkla att det ibland kanske rent av skulle gå snabbare att pröva frågan på nytt än att pröva förutsättningarna för rättskraft. Men just i dessa fall blir ju också rättskraftsfrågan i allmänhet lätt att bemöda. Och naturligtvis kan det även förekomma att en fråga om processhinder är komplicerad med åtföljande tids- och kostnadsåtgång.

Som tidigare påpekats stadgar RB ej någon skillnad i rättskraftshänseende mellan processhinder och materiella rättsfakta och i stort sett äger de ändamålsskäl, som uppbär rättskraftsinstitutet, tillämpning även för avvsningsutslagens del. Man kan ifrågasätta rättskraftsinstitutets berättigande de lege ferenda, men det föreligger ej några avgörande skäl för att fränkänna just avvsningsutslagen rättskraft. Och kan man tillämpa samma regler för domar och avvsningsutslag har man åtminstone undvikit att ytterligare komplicera rättskraftsläran,<sup>1</sup> som — även bortsett från den här diskuterade problematiken — redan nu är alltför invecklad.

Jag har hittills funnit att avvsningsutslag äger rättskraft och att härvid samma regler kan tillämpas vid ogillande dom och avvsningsutslag ifråga om rättskraftens begränsning till tiden. Emellertid kan man naturligtvis inte utan vidare utgå från att även övriga principer för rättskraftens utsträckning passar också för avvsningsutslagens del. Om avvsningsutslagen påkallar särskilda hänsyn, torde nämligen dessa inte ha beaktats vid utformningen av olika rättskraftsläror. Man måste därför konfrontera förhållandena vid avvsnig med rådande uppfattningar rörande domens rättskraft för att se om den eftersträlvade enhetligheten kan uppnås utan alltför stora olägenheter.

#### 4. Kan principen om gemensamma rättskraftsregler för avvsningsutslag och ogillande dom upprätthållas?

I det följande skall jag undersöka hur långt principen om en gemensam reglering i rättskraftshänseende mellan ogillande dom och avvsningsutslag låter sig upprätthållas. Det blir härvid anledning att *dels* stanna vid vad som brukar anses kännetecknande för avvsningsutslagens rätts-

<sup>1</sup> En annan metod att nå detta resultat vore att helt fränkänna avvsningsutslag rättskraft. Även om ganska goda skäl kan anföras till förmån för en sådan lösning kan den dock knappast förordas ens de lege ferenda. Och de lege lata är det som framgått ovan ej möjligt att förneka avvsningsutslagens rättskraft.

kraft och se om inte detsamma gäller för ogillande dom, *dels ock* att företa en motsvarande jämförelse från andra hållet.

I samma mån, som det råder delade meningar om rättskraftens utsträckning vid materiella avgöranden, leder detta naturligtvis till olika resultat för avvisningsutslagens del, om nu en gemensam reglering förutsätts vara för handen. Som vi sett vid diskussionen om tysk rätt, kan ju antagandet av parallellitet mellan avvisningsutslag och ogillande dom i rättskraftshänseende leda till högst olika resultat trots den gemensamma utgångspunkten.<sup>2</sup> Jag kan dock inte här företa en jämförelse mellan olika rättskraftsläror för att se vilken som är bäst lämpad för avvisningsutslagens del, utan jag får nöja mig med att ta upp några praktiskt viktiga rättskraftsfrågor.

Innan jag övergår härtill finns det anledning att peka på en skillnad mellan de bestämmelser som gäller för processhinder respektive materiella rättsfakta. Som framgått av föregående kapitel är förfarandet vid handläggning och avgörande av frågor om processhinder stundom mindre kvalificerat än vid frågor om själva saken; avvisning kan ske redan under förberedelsen, muntlighets- och omedelbarhetsprinciperna tillämpas ej i samma utsträckning etc.<sup>3</sup> Mot bakgrund härav kan man ifrågasätta om det finns tillräckliga garantier för att avvisningsutslagen föregås av en så noggrann prövning att man bör ge avgörandet den orubblighet, som rättskraften medför. Enligt min uppfattning behöver man dock ej fränkänna avvisningsutslaget rättskraft av denna anledning. Förfarandet kan ju — både i under- och överinstansen — vid behov anpassas till en mer kvalificerad prövning och man har därför skäl att utgå från att varje avvisningsutslag föregåtts av den utredning frågan s. a. s. förtjänar. I denna riktning talar även att förutsättningarna för resning är desamma vid avvisning och ogillande dom (58: 10), ett förhållande som i viss mån stöder antagandet att gemensamma rättskraftsregler gäller för avgöranden av de slag varom här är fråga.

### **A. Kännetecken på avvisningsutslagens rättskraft**

Under ovanstående rubrik skall jag först stanna vid det förhållandet att man, vad gäller avvisningsutslagens rättskraft, synes ha att göra med två identitetsproblem. En förutsättning för avvisning på grund av det tidigare avvisningsutslagens rättskraft anses nämligen vara att det inte bara är fråga om samma processhinder som i den första processen, det skall dessutom vara fråga om samma sak i de båda processerna. Denna "extra" förutsättning framskymtar i det tidigare citerade motivuttalan-

<sup>2</sup> Se ovan s. 119 f.

<sup>3</sup> Se ovan s. 92 ff.

det<sup>4</sup> liksom i det ovan<sup>5</sup> återgivna rättsfallet *NJA 1966 s. 450*, där HD understryker att det är fråga om en ny process mellan samma parter och rörande samma avtal som i den tidigare rättegången. Även i doktrinen brukar det särskilt påpekas att avvisningsutslagets rättskraft förutsätter identitet mellan saken i de två processerna; avvisningsbeslut torde, skriver *Ekelöf*,<sup>6</sup> ha rättskraft "... i senare processer *angående samma sak*", och detta förhållande understryks också av *Agge*<sup>7</sup> och *Kallenberg*<sup>8</sup> liksom av *Eckhoff*, som härvidlag framhåller följande:

"Det er altså alltid en grunnbetingelse for at avvisningskjennelsens rettskraft skal kunne ytre seg, at der er en slik sammenheng mellom de to saker at den siste måtte ha vært avvist, hvis den første var blitt pådømt i realiteten."<sup>9</sup>

Att det skall vara fråga om samma sak som är föremål för talan i den andra processen är inte något som skiljer avvisningsutslagens rättskraft från den ogillande domens. I båda fallen är det givetvis den talan<sup>1</sup> som förs i målet, som avvisas respektive ogillas genom utslaget; det är inte fråga om en fastställelse av ifrågavarande brist utan relation till sin omgivning. Antag t. ex. att en talan avvisats på grund av kändens bristande processbehörighet. Avvisningen riktar sig då mot kändens talan och ej mot dennes person.<sup>2</sup> Ett sådant avvisningsutslag hindrar således ej *varje* process av personen ifråga. Det torde väl vara detta förhållande man avsett i de ovan citerade doktrinuttalandena. Men den rättskraftsbegränsning det här är fråga om innebär ej någon avvikelse från vad som gäller i målets materiella del. Ogillas t. ex. en talan på grund av att svaranden ej ägde rättshandlingsförmåga vid ingående av det omstämnda avtalet, äger denna dom ej rättskraft vid talan om andra förpliktelser svaranden ådragit sig vid samma tid. Domskal

<sup>4</sup> Återgivet ovan s. 121.

<sup>5</sup> Se ovan s. 121.

<sup>6</sup> Ekelöf: Rättsmedlen s. 62, kursiverat av Ekelöf.

<sup>7</sup> Agge s. 83.

<sup>8</sup> Kallenberg II s. 1301.

<sup>9</sup> Eckhoff: Rettskraft s. 347.

<sup>1</sup> Hassler har rekommenderat att *käromålet* eller saken skall anges som objekt för avvisningen, medan däremot den mångtydiga termen *talan* borde undvikas i detta sammanhang (Hassler i festskrift till Herlitz s. 139). Jag kan dock inte se att några allvarliga olägenheter är förenade med att även ange kändens talan som objekt för avvisningen. — Betr. termen "mål" i 34: 1 se Ekelöf i SvJT 1950 s. 525 vid not 4.

<sup>2</sup> Jfr dock t. ex. *NJA 1964 s. 500*; i expropriationsmål riktas språkligt sett stundom avvisningen mot den person som konstateras icke vara sakägare och ej mot den talan denne för i målet.

vinner ej rättskraft. De särskilda påpekanden man gjort om rättskraften vid avvisningsutslag är helt enkelt ett uttryck för att ej heller beslutsskäl vinner rättskraft.

En följd av vad ovan sagts är att man inte kan undgå de svårigheter, som är förknippade med att bestämma identiteten mellan två processer, genom att avvisa i stället för att ogilla i den första. För att avvisning skall kunna ske på grund av res judicata i den andra processen måste domstolen alltid konstatera att det är fråga om samma talan som i den första rättegången. Härvidlag skiljer sig inte avvisningsutslaget rättskraft från vad som gäller vid ogillande dom. Jag skall återkomma till detta förhållande längre fram.<sup>3</sup> Men hur är det då med det andra identitetskravet? För att ett avvisningsutslag skall äga rättskraft i process nr 2 skall det ju, menar Kallenberg, inte bara vara samma sak som är föremål för talan, det skall dessutom föreligga identiskt samma processförutsättningsbrist.<sup>4</sup> Ett avvisningsutslag är, som Ekelöf uttryckt saken, "bindande endast i vad angår det processhinder, varpå beslutet grundats".<sup>5</sup> Vad menar man med dessa uttalanden, har vi i dem uttryck för en skillnad i rättskraftshänseende mellan avvisningsutslag och ogillande dom?

Ja, meningen kan inte gärna vara att endast ogillande dom och inte avvisningsutslag kan hindra ny talan om samma sak för all framtid. Avvisas kändens talan på grund av ett peremptoriskt processhinder är det till föga tröst för den tappande parten att utslaget, enligt Ekelöfs nyss återgivna uttalande, är bindande endast beträffande detta processhinder; att rättskraften "*inte omfattar själva saken*".<sup>6</sup> Som Ekelöf själv påpekar finns det ju processhinder som medför att "*samma talan inte under några omständigheter kan upptas till prövning i sak*".<sup>7</sup> Det torde väl vara just de peremptoriska processhindren Ekelöf åsyftar härmed.<sup>8</sup> Men enligt min mening är det då förvillande att säga att rättskraften inte omfattar själva saken. Även ett avvisningsutslag kan prekludera grunden för käromålet.<sup>9</sup> Och ogillas en talan på grund av en dilatorisk invändning, omfattar rättskraften inte själva saken.<sup>1</sup> I här berörda avseende går det tydligen inte någon skiljelinje i rättskrafts-

<sup>3</sup> Se nedan s. 147 f.

<sup>4</sup> Kallenberg II s. 1301 i not 91.

<sup>5</sup> Ekelöf: Civilprocessen II s. 17 f och Rättegång II, 2 uppl., s. 20. I 3 uppl. (s. 15 med not 29) har denna mening flyttats ned i noten och ordet "endast" utgått.

<sup>6</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 15. Liknande uttalanden förekommer även i utländsk doktrin, se t. ex. betr. tysk rätt Pohle s. 161 och betr. fransk rätt Solus s. 288.

<sup>7</sup> Ekelöf a. st.

<sup>8</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång III s. 86.

<sup>9</sup> Jfr dock Ekelöf: Civilprocessen II s. 17 f.

<sup>1</sup> Så Ekelöf a. st., jfr ovan s. 128.

hänseende mellan formell och materiell rätt, dvs. mellan ogillande dom och avvsningsutslag. Det avgörande är i stället gränsen mellan dilatoriska och peremptoriska invändningar.

Kan då den avsedda skillnaden i rättskraft mellan ogillande dom och avvsningsutslag ligga i det förhållandet att det senare inte antas hindra den vinnande parten — dvs. *svaranden* — från att framställa invändning om andra processhinder än det som föranledde avvsningen i den första processen, medan motsatsen skulle vara förhållandet beträffande sakinvändningar vid ogillande dom? Frågan kan förefalla opraktisk, men som vi snart skall få se saknar den inte betydelse. Här-till kommer att den kan kasta nytt ljus över spörsmålet om den antydda, men aldrig explicit uttalade, skillnad i rättskraftshänseende vi här har att göra med. Låt oss därför först utgå från att avvsningsutslag har en på nyss antytt sätt begränsad preklusionsverkan och undersöka om inte detsamma är förhållandet med ogillande dom.

Är då den ogillande domens rättskraft — liksom avvsningsutslaget — begränsad till att avse endast den i domen åberopade grunden för ogillande? Ja, enligt Olivecrona tycks det förhålla sig på det sättet: ”regeln om preklusion av svarandens motfakta gäller endast för det fall att käromålet bifallits”.<sup>2</sup> Liknande uttalanden kan man återfinna i tysk doktrin, så t. ex. Rimmelspachers tidigare återgivna påstående om absolut parallellitet mellan avvsningsutslag och ogillande dom i rättskraftshänseende.<sup>3</sup> Och uppenbarligen är den ogillande domens rättskraft inskränkt till grunden för ogillande i de fall då käromålet *ogillats i anledning av en dilatorisk invändning*. Antag att så skett i ett kravmål på grund av att förfallodagen ej inträtt. Väcker borgenären ny talan, skall denna avvisas om han endast gör gällande att rätten i den tidigare processen felbedömt förfallofrågan. Skulle kåranden däremot påstå att fordringen numera förfallit till betalning och rätten finna detta vara förhållandet, har gårdenären rätt att få prövat om han överhuvudtaget är betalningsskyldig. Trots att svaranden kunnat framställa — och kanske även framställt — invändning härom i den första processen, har den ogillande domen uppenbarligen inte prekluderat hans möjligheter att framställa andra invändningar än den som lades till grund för domslutet.<sup>4</sup>

Den ogillande domens rättskraftsbegränsning till grunden för ogillandet i nyss berörda fall är tydligen analog med situationen då ett käromål *avvisats i anledning av ett dilatoriskt processhinder*, så t. ex. om

<sup>2</sup> Olivecrona: Rätt och dom s. 309. — Se även nedan s. 249 f.

<sup>3</sup> Se ovan s. 118.

<sup>4</sup> Olivecrona a. st. och Ekelöf: Rättegång III s. 86 f.

talán instämmts till fel forum och káranden sedermera väcker talán vid rätt forum.<sup>5</sup> Naturligtvis står det då svaranden fritt att framställa andra processinvändningar, även om han i och för sig kunnat göra — och kanske gjort — det redan i den första processen. Eller antag att avvísning skett i den första processen på grund av bristande processbehörighet till följd av underårighet. När denna dilatoriska brist reparats<sup>6</sup> — dvs. när den underårige uppnått erforderlig ålder eller en ställföreträdare övertagit processföringen — står det káranden fritt att väcka ny talán. Men då kan svaranden också framställa andra processinvändningar. Rättskraften inskränker sig till den brist som föranledde avvísningen, precis som den vid den ogillande domen inskränkte sig till den brist — att förfallodagen ej inträtt — som föranledde ogillandet.

Men är Olivecronas uppfattning om en skillnad mellan bifallande och ogillande dom i preklusionshänseende riktig också då en *peremptorisk* brist lagts till grund för avgörandet? Är den ogillande domens rättskraft även i detta fall begränsad till grunden för ogillandet? Eller prekluderas svarandens samtliga sakinvändningar? Ja, denna speciella situation har man inte intresserat sig för i doktrinen. Anledningen härtill torde väl vara att den i allmänhet saknar praktisk betydelse. Då svaranden vunnit målet har han ju inte anledning att framställa några ytterligare invändningar mot kárandens anspråk.<sup>7</sup>

Antag emellertid att káranden i process nr 1 för talán om betalning enligt ett köpekontrakt och får sin talán ogillad på grund av att något avtal aldrig slutits mellan parterna. Efter en tid väcker han ny talán av enahanda innebörd, varvid svaranden ej gör invändning om res judicata utan i stället — kanske för att kunna kräva skadestånd eller för att undvika en svår rättskraftsfråga — vill ha talán ogillad på den grund att káranden förfarit svekfullt vid avtalsslutet. Man kan också tänka sig att svaranden i den första processen initierar en ny process genom att väcka negativ fastställsetalán eller yrka skadestånd på nyss angiven grund, varvid motparten föredrar att processa härom framför en vidlyftig argumentation i en svårförutsebar rättskraftsfråga. Alldeles oavsett om invändning om res judicata framställs i de här antydda fallen kommer avvísning (resp. ogillande<sup>8</sup>) att äga rum i den andra processen; res judicata är ju ett tvingande processhinder.

Mot bakgrund av vad nyss anförts skulle det vara korrekt att ogil-

<sup>5</sup> Ekelöf a. st.

<sup>6</sup> Betr. det fallet att talán nr 2 väcks *innan* facta supervenientia föreligger, se nedan s. 140 i not 1 och s. 142.

<sup>7</sup> Så Olivecrona a. a. s. 310.

<sup>8</sup> Se Ekelöf: Rättegång III s. 74.

lande dom inte bara prekluderar kändens alternativa grunder för bifall<sup>9</sup> utan även svarandens alternativa grunder för ogillande. Den av Olivecrona påtalade skillnaden mellan ogillande och bifallande dom skulle således äga aktualitet endast när ogillande skett på grund av en dilatorisk invändning.<sup>1</sup> Man behöver tydligen inte komplicera rättskraftsläran med att arbeta med skilda regler för ogillande och bifall i preklusionshänseende, dock med undantag för det tidigare diskuterade förhållandet att en dilatorisk invändning leder till en begränsning i rättskraftshänseende.

En ogillande dom prekluderar således — förutsatt att den grundats på en peremptorisk invändning — inte endast kändens alternativa grunder för bifall utan även svarandens alternativa grunder för ogillande, framförda eller inte i den tidigare processen. Föreligger det då någon skillnad mot avvisningsutslag i detta hänseende?

Till en början må konstateras att ett avvisningsutslag inte endast är förenat med en betydande preklusionverkan vad gäller kändens alternativa grunder för bifall, utan också ifråga om svarandens grunder för *ogillande*. Avvisningsutslaget innebär ju — såvitt grunden för det samma ej undanröjts genom *facta supervenientia* — att svaranden inte kan få kändens talan i en andra process ogillad överhuvudtaget; samtliga sakinvändningar prekluderas således även i detta fall och inte bara vid ogillande dom i den första processen. Antag t. ex. att käromålet avvisas på grund av bristande processbehörighet och att kändens väcker ny talan, varvid svaranden av någon anledning — t. ex. för att kunna kräva skadestånd — skulle föredra att talan *ogillas* på grund av svek. Detta går naturligtvis inte för sig. Så länge den bristande processbehörigheten kvarstår kan ju kändens talan inte tas upp till saklig prövning. Eftersom *res judicata* är ett tvingande processhinder — ingenting talar för att det härvid skulle föreligga någon skillnad mellan *res judicata* på grund av en dom eller avvisningsutslag — och frågor om processhinder skall avgöras innan man går in på själva saken, kan svaranden inte få några sakinvändningar prövade i process nr 2. Avvisningsutslaget i den första processen har en lika omfattande

<sup>9</sup> Så Ekelöf: Rättegång III s. 80 f, jfr däremot Olivecrona: Rätt och dom s. 272 f och av Ekelöf i a. a. s. 81 ff anmärkt litteratur.

<sup>1</sup> För fullständighetens skull bör kanske påpekas att motsvarande situation även kan uppstå om domen i den första processen grundats på en dilatorisk brist och ny talan på ovan i texten antytt sätt väcks *innan* *factum superveniens* föreligger. Eftersom fastställsetalan är möjlig i sådana fall förefaller det inte föreligga några avgörande skäl mot att anta *res judicata* om talan nr 2 utformas som en fullgörelsetalan. En annan sak är att detta processhinder de *lege ferenda* med fördel skulle kunna vara dispositivt. — Beträffande motsvarande situation vid avvisning, se nedan s. 142 ff.

preklusionsverkan som ogillande dom. Samtliga sakinvändningar prekluderas i båda fallen.

Nå, om nu alla sakinvändningar prekluderas genom avvisningsutslaget, hur är det då med eventuella grunder för avvisning? Prekluderas även dessa? Låt oss anta att avvisning skett på grund av ett processhinder i den första processen. Kan då — även om *facta supervenientia* ej är för handen — avvisning ske på grund av något annat processhinder i process nr 2? Är det en förmodan härom som ligger bakom uttrycket att avvisningsutslag endast är bindande i vad angår det processhinder, varpå beslutet grundats?<sup>2</sup>

Även vad gäller avvisningsutslag kan det här antydda problemet tyckas vara av föga praktisk betydelse.<sup>3</sup> Svaranden har naturligtvis i allmänhet inte behov av att framställa andra processinvändningar än den han hade framgång med i den första rättegången. Antag emellertid att avvisning sker på grund av att målet instämts till fel forum eller på grund av bristande processbehörighet i process nr 1. Sedermera återkommer käranden i ny process vid samma domstol, varvid han modifierat sin talan så att det kan ifrågasättas om det är fråga om samma sak som i den första rättegången, vilket ju är en förutsättning också för avvisningsutslagens rättskraft. Svaranden kan inte förutse om det tidigare avvisningsutslaget kan läggas till grund för en framgångsrik invändning om *res judicata*, utredningen i denna fråga blir av allt att döma dyrbar. Däremot är det uppenbart att kärandens talan är utsiktslös på grund av bristande talerätt. Bör avvisning kunna ske på grund av bristande talerätt i process nr 2 i detta fall?

Om det var en dispositiv forumregel som föranledde avvisning i den första rättegången, bör enligt min uppfattning avvisning kunna ske på grund av bristande talerätt i process nr 2, förutsatt att svaranden håller inne med foruminvändningen i den andra processen.<sup>4</sup> Men antag att

<sup>2</sup> Jfr ovan s. 137.

<sup>3</sup> Jfr betr. ogillande dom ovan s. 139 f.

<sup>4</sup> I och för sig skulle man naturligtvis — under hänvisning till att *res judicata* är ett tvingande processhinder även i dispositiva mål — kunna hålla före att rätten skall avvisa på grund av det tidigare avgörandets rättskraft oavsett invändning i denna situation. Enligt min uppfattning finns det dock ej skäl att s. a. s. överta denna lösning från målets materiella del. Avgöranden om dispositiva processhinder bör hindra ny process endast om processinvändning framställts (jfr Eckhoff: Rättskraft s. 347 f). I denna riktning talar även att skiljedom anses vara ett dispositivt processhinder i svensk rätt, se Ekelöf: Rättegång III s. 74 i not 42 och Hassler: Specialprocess s. 128 vid not 9 samt av Ekelöf och Hassler å a. st. nämnd praxis och doktrin. Antag emellertid att svaranden i process nr 2 gör foruminvändning men ej åberopar det tidigare avgörandets rättskraft. I denna si-

det är fråga om en tvingande forumregel eller att det första utslaget grundades på bristande processbehörighet. Bör domstolen kunna välja den processekonomiskt fördelaktigare lösningen även i denna situation? Och hur skall man bedöma det fallet att avvisning skett på grund av bristande talerätt i process nr 1 och den bristande processbehörigheten eller forumbristen — tvingande respektive dispositiv — aktualiseras först i den andra rättegången? Problemet saknar tydligen inte praktisk betydelse.

Sannolikheten för att här diskuterade frågor skall komma upp till bedömande i praxis ökas av att det, såvitt jag förstår, kan uppstå samma problem inte bara när det första avgörandet grundats på ett peremptoriskt processhinder, utan även när avvisningen föranletts av en dilatorisk brist och kändanden väcker ny talan om samma sak innan den ifrågavarande bristen reparerats. En gemensam reglering för peremptoriska och dilatoriska processhinder i här aktuella avseende skulle vara att föredra redan av det skälet att det, som tidigare diskuterats, stundom är svårt att skilja mellan brister av dessa två slag. Och såvitt jag kan finna är skälen för och emot de lösningar som kan komma ifråga i stort sett desamma i båda fallen.<sup>5</sup> I fortsättningen behandlar jag därför dessa fall gemensamt.

Nå, kan man då påstå att ett avvisningsutslag inte bara prekluderar svarandens samtliga sakinvändningar<sup>6</sup> utan även samtliga alternativa grunder för avvisning? Nej, fullt ut håller inte ett sådant påstående. Avgörande härvidlag bör enligt min uppfattning vara om den ”nya” invändningen avser ett processhinder som kommer före eller efter den ”gamla” i turordning för handläggning och avgörande vid flera samtidigt föreliggande frågor om processhinder. Som jag berört tidigare<sup>7</sup> torde man visserligen inte behöva anta någon exakt rangordning mellan processförutsättningarna i detta avseende, men i så måtto bör man nog anta en bundenhet att domstolen — i enlighet med vad Ekelöf rekommenderat — har att behandla de processförutsättningar, som skall

tuation synes man mig de lege lata vara förhindrad att pröva forumfrågan på nytt, medan motsatt ordning — här liksom betr. rättskraft överhuvudtaget — torde vara att föredra de lege ferenda.

<sup>5</sup> Ett endast för det dilatoriska fallet relevant skäl för att avvisning skall kunna ske på den nya grunden är att man annars riskerar ytterligare en process då bristen avhjälpes. Som kommer att framgå nedan (s. 146 med not 4) saknar dock ändå distinktionen mellan peremptoriska och dilatoriska processhinder betydelse i ovan i det följande berörda avseende.

<sup>6</sup> Se ovan s. 140 f.

<sup>7</sup> Se ovan s. 102 ff.

säkerställa en korrekt och effektiv handläggning i första hand och i övrigt kan avvisa målet på den grund, som är lättast att bedöma.<sup>8</sup>

På vilket sätt är då denna turordning av betydelse i här diskuterade rättskraftsfråga? Ja, låt mig illustrera detta genom att anknyta till exemplet ovan och låt oss börja med den situationen att svaranden i process nr 1 framställer invändning om kändens bristande talerätt och får till stånd avvisning på denna grund. Kändens företar då vissa åtgärder av betydelse för frågan om sin talerätt och väcker ny talan vid samma domstol. Svaranden anser att ifrågasättande åtgärder visserligen ej utgör relevant factum superveniens och att talan nr 2 således skall avvisas på grund av det tidigare avvisningsutslaget rättskraft. Frågan härom är emellertid komplicerad och dyrbar att utreda. Härtill bidrar att kändens modifierat sin talan så att det kan ifrågasättas om det gäller samma sak som i den första processen. Emellertid upptäcker nu svaranden att talan uppenbarligen instämts i strid med en tvingande forumregel eller att kändens av allt att döma ej är processbehörig. Kan då avvisning ske på någon av dessa grunder i process 2 eller har svarandens alternativa grunder för avvisning prekluderats genom det tidigare avvisningsutslaget?

Enligt min mening talar övervägande skäl för att avvisning bör och skall ske på grund av bristande processbehörighet (jag inskränker mig fortsättningsvis till detta fall) i ovan angivna exempel. Det första argument som kommer i åtanke härvidlag är de processekonomiska fördelar som är förenade med en sådan lösning av problemet. Emellertid kan det lika gärna förhålla sig tvärtom; ja en av fördelarna med rättskraftsinstitutet är väl just att man — *åtminstone i det långa loppet* — vinner på att arbeta med res judicata och undvika prövning av andra frågor än den som låg till grund för det tidigare avgörandet. Det processekonomiska argumentet för att anta ickepreklusion i vårt fall kan alltså lika gärna anföras för den motsatta lösningen.

Ett starkare skäl för att avvisa på den nya grunden är att finna i anledningen till att detta processhinder kommer före det andra i ordningsföljd. Den som ej är processbehörig bör skonas från process, så också i målets formella del.<sup>9</sup> Detta gäller naturligtvis även om bristen ifråga upptäcks först vid den andra rättegången. Den som saknar processbehörighet bör inte tillåtas processa i den ingripande frågan om motpartens — eller sin egen — talerätt. Detta gäller i den första processen och garanteras då — förutsatt att frågan om processbehörighet uppmärksammas av parterna eller domstolen — av den ordningsföljd jag tidigare nämt. Men det kan finnas än starkare skäl att endast släppa

<sup>8</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 14.

<sup>9</sup> Betr. förhållandet mellan forum och processbehörighet, se ovan s. 103 f.

fram processbehörig person till talerätsfrågan i process nr 2, nämligen om det är svårt att avgöra huruvida res judicata är för handen. Preklusion bör inte få komma ifråga beträffande processhinder som kommer före i turordning vid flera samtidigt föreliggande frågor om processhinder. Och som jag strax skall återkomma till bör det härvid inte vara avgörande om det nya processhindret kommer före eller efter res judicata (på grund av dom eller avvisningsutslag) utan om det nya processhindret kommer före eller efter det processhinder som lades till grund för det första avgörandet, dvs. i vårt fall bristande talerätt. Om man däremot utgår från en jämförelse mellan det sist aktualiserade processhindret och res judicata, skulle aldrig avvisning ske på grund av det tidigare avvisningsutslagets rättskraft vid invändning om annat processhinder i process nr 2. Res judicata tillhör ju de processhinder som anses komma sist i angelägenhetsgrad. Som snart skall framgå vore dock en sådan lösning ej ändamålsenlig. Det sist aktualiserade processhindret bör nämligen inte läggas till grund för avvisningen i process nr 2 om det i turordning kommer efter det som föranledde avvisning i process nr 1.

En fördel med den här rekommenderade principen är att man i vårt exempel fäster den processobehöriges uppmärksamhet på möjligheten att få det första avvisningsutslaget undanröjt efter besvär över domvilla enl. 59: 1 p. 1 och 59: 4. Det är visserligen en knivig fråga om besvär över domvilla bör vara möjligt när avvisning skett s. a. s. på grund av fel processhinder i den första processen. Men som jag antytt tidigare torde ordningsföljden vara en god ledstjärna även för lösandet av detta spörsmål.<sup>1</sup>

Nu skulle man kanske kunna hävda att domvillomöjligheten bör kvarstå även om avvisning sker på grund av det tidigare avgörandets rättskraft i den andra processen. Det skulle alltså vara riskfritt att anta preklusion av samtliga processinvändningar, eftersom grava missförhållanden i detta avseende kan rättas till genom domvillobesvär beträffande *båda* avvisningsutslagen. En nackdel med en sådan lösning är dock att man ej fäster den processobehöriges uppmärksamhet på domvillomöjligheten på det sätt som sker om processbehörigheten läggs till grund för det andra avgörandet. Och nog skulle det te sig egendomligt om rätten i den andra processen var tvungen att fatta ett avgörande i medvetande om att detta med framgång skulle kunna komma att angripas med domvillobesvär. Frågan är om man kan beteckna rättens verksamhet som domvilla i så fall, det förefaller på något sätt som att ge med den ena handen och ta tillbaka med den andra.

<sup>1</sup> Se ovan s. 103 och nedan s. 163 f.

Ytterligare ett skäl som talar för att det första avvisningsutslaget ej bör prekludera de grunder för avvisning som kommer före i turordning är följande: Antag att de omständigheter som föranlett kärandens bristande processbehörighet — t. ex. en sinnessjukdom — inträtt mellan de två processerna och att avvisning således skett på grund av bristande talerätt i den första rättegången. Bör domstolen i så fall kunna avvisa på grund av bristande processbehörighet i process nr 2? Ja, mycket talar för att det bör gå för sig. Till de skäl som redan anförts kommer att det första avvisningsutslaget ej går att få undanröjt på grund av domvilla i detta fall, och då bör den processobehörige ej heller få processa i den viktiga frågan om det första avgörandet utgör res judicata i talerättshänseende i process nr 2.

Accepterar man det sist sagda — att ett avvisningsutslag i vart fall ej kan prekludera avvisningsgrunder högre upp på turordningslistan om dessa uppkommit efter det första avgörandet — har man däri samtidigt ett starkt skäl mot att anta preklusion i de fall den nu ifrågavarande bristen förelåg redan vid den första processen. Det är ju en betydande olägenhet att vara tvungen att ta ställning till frågan om bristen uppkommit före eller efter den första processen för att veta om densamma är prekluderad eller ej. Antar man att preklusion aldrig kan ske av processhinder som kommer före den första avvisningsgrunden i turordning slipper man vanskliga överväganden av detta slag.

Av det föregående har framgått att preklusion av alternativa grunder för avvisning visserligen inte bör ske beträffande processhinder som kommer före i ordningsföljd. Bör man då kunna utsträcka denna princip till att preklusion *aldrig* sker av alternativa processhinder oavsett ordningsföljd? Eller finns det några skäl som talar för att preklusion bör ske av processhinder som i ordningsföljd kommer *efter* det, som föranledde avvisningen i den första processen? Antag att kärandens talan avvisades på grund av bristande processbehörighet i process nr 1 och att invändning om bristande talerätt framställs i den andra rättegången.<sup>2</sup> Även om båda parterna skulle önska att få till stånd ett definitivt avgörande i talerätsfrågan bör detta inte vara möjligt så länge det ej föreligger factum superveniens beträffande processbehörigheten. Även i denna situation gäller ju att den som saknar processbehörighet ej bör få processa i talerätsfrågan (eller — för det fall att det gäller en tvingande forumregel — endast behörig domstol bör få avgöra frågan om talerätt).<sup>3</sup> Och i här aktuella fall gäller detta i särskilt hög grad eftersom det är fråga om en konstaterad — och ej blott

<sup>2</sup> Betr. en särskild komplikation vad gäller rättskraftens subjektiva utsträckning, se nedan s. 163 f.

<sup>3</sup> Betr. förhållandet mellan processbehörighet och forumfrågor, se ovan s. 103 f.

påstådd — brist beträffande processbehörigheten (respektive domstolens behörighet).

Att avvísning ej får ske på grund av det nya processhindret (talerätten) kan man naturligtvis om man så önskar kalla för ett resultat av det tidigare avgörandets preklusionsverkan och i linje därmed säga att avvísningsutslag prekluderar alla alternativa grunder för avvísning i den mån de ligger efter i turordning. Men man kan också betrakta det tidigare avgörandet som irrelevant och se förbudet mot att pröva talerätsfrågan som ett resultat av den sedvanliga ordningsföljden. Denna bör tydligen gälla oavsett om någon av de aktuella grunderna för avvísning prövats i tidigare process eller ej.<sup>4</sup> Man kan då påstå att avvísningsutslag saknar preklusionsverkan ifråga om alternativa grunder för avvísning.

Jag har hittills talat om ordningsföljd som om det alltid låter sig avgöras vilken av två brister som kommer först i detta avseende. Emellertid har vi ju i Sverige sannolikt inte så utbildade regler om ordningsföljd att detta alltid är möjligt. Tvärtom har vi bara att skilja mellan två stora grupper: de som skall säkerställa en korrekt och effektiv handläggning och de övriga. Hur skall man då göra om de två aktuella frågorna tillhör samma grupp och den ena är rättskraftigt avgjord genom ett tidigare avvísningsutslag? Ja, även då bör man kunna följa samma princip som gäller när det inte förelåg något avvísningsutslag, dvs. välja den avvísningsgrund som är lättast att bedöma. Många gånger är det väl härvidlag enklast att falla tillbaka på det första avvísningsutslaget rättskraft, men som framgått tidigare behöver så ej alltid vara fallet. Av denna anledning bör ett avvísningsutslag ej heller prekludera alternativa grunder för avvísning inom samma grupp i turordningsavseende.

*Sammanfattningsvis* kan konstateras att man inte behöver anta någon preklusion av alternativa avvísningsgrunder till följd av avvísningsutslaget rättskraft. I vissa fall skulle en sådan preklusion vara direkt olämplig och i andra när man det önskvärda resultatet även genom att arbeta med det vanliga kravet på viss turordning för avgörande vid flera samtidigt föreliggande frågor om processhinder.

Vad gäller preklusion av avvísningsgrunder skiljer sig tydligen avvísningsutslaget ej från den ogillande domen; trots att varje dom i och för sig innefattar ett ställningstagande av innebörd att samtliga processföresättningar är för handen hindrar ju den ogillande domen inte att av-

<sup>4</sup> Det bör likaledes sakna betydelse om det första avgörandet grundats på ett peremptoriskt eller ett — ännu icke reparerat — dilatoriskt processhinder (jfr ovan s. 142 med not 5). Har däremot bristen reparerats, föreligger naturligtvis inga frågor om preklusion eller ordningsföljd.

visning sker på grund av annat processhinder än *res judicata* i process nr 2. *Res judicata* tillhör nämligen inte den första gruppen i turordningshänseende. Preklusion av (alternativa) avvisningsgrunder sker varken genom avvisningsutslag eller ogillande dom.

Även vad gäller preklusion av sakinvändningar råder, som tidigare framgått, full överensstämmelse mellan avvisningsutslag och ogillande dom; i båda fallen prekluderas samtliga sakinvändningar, förutsatt att den brist som låg till grund för avgörandet ej undanröjts genom *facta supervenientia*. Härtill kommer att både avvisningsutslag och ogillande dom prekluderar kändens alternativa grunder för bifall. *Den ogillande domen och avvisningsutslaget är alltså likvärdiga i preklusionshänseende!* Att man synes anta motsatsen i doktrinen torde bero på att avvisningsutslag oftare än ogillande grundas på dilatoriska brister och att ny talan till följd av rättskraftens begränsning i tiden följaktligen oftare är möjlig efter avvisning. Men härvidlag är det snarare fråga om en *kvantitativ* än en *kvalitativ* skillnad i rättskraftshänseende.<sup>5</sup>

Låt oss till sist återvända något till det första identitetskravet, nämligen att avvisningsutslag endast äger rättskraft vid ny talan om *samma sak*. Antag att känden fått en talan om återställande av visst gods avvisad på grund av bristande processbehörighet. I ny process yrkar känden — fortfarande processobehörig — ersättning i pengar, emedan han fått kännedom om att godset ej längre finns i svarandens besittning.<sup>6</sup> Denna talan bör enligt min mening avvisas på grund av det tidigare avvisningsutslaget rättskraft. Samma skäl för antagande av rättskraft föreligger så länge det är fråga om samma sak. Och låg det ej till på detta sätt, skulle känden kunna kringgå rättskraften genom att justera sin talan inom ramen för vad som omfattas av domens rättskraft.

I konsekvens med vad nyss anförts bör man enligt min mening anta rättskraft även i de fall, då talan i den första processen avvisats på grund av ett processhinder och känden senare återkommer med ny talan — utan att ha reparerat processhindret — varvid en dom i den föregående processen skulle ha varit av prejudiciell betydelse för avgörandet i den nya rättegången. Antag t. ex. att A fått en talan om bättre rätt till en fastighet avvisad på grund av bristande processbehörighet. Senare väcker han — utan att det föreligger några *facta supervenientia* i processhinderfrågan — ny talan vid samma domstol och mot samma

<sup>5</sup> Jfr ovan s. 119.

<sup>6</sup> För ett liknande fall, se Rimmelpacher: *Materiellrechtlicher Anspruch* s. 305 f., som i polemik med Blomeyer här antar rättskraft. Beträffande *domens* rättskraft i liknande situationer se Ekelöf: *Rättegång* III s. 100 f.

svarande med yrkande om ersättning för att denne avverkat skog på fastigheten. Samma skäl, som kan anföras för att avvisa talan nr 2 på grund av det tidigare beslutets rättskraft om den nya talan gällt bättre rätt till fastigheten, föreligger även i denna situation.

Emellertid har Agge uttalat motsatt uppfattning och motiverat denna med att svarandens "berättigade intresse" ej kräver rättskraft i fall som det här diskuterade, att man skapar större fasthet i regelsystemet genom att anta rättskraft ej vara för handen samt att en sådan lösning dessutom är den logiskt mest tilltalande.<sup>7</sup> Jag kan dock ej finna Agges framställning övertygande på denna punkt. Man kan visserligen säga, att svaranden ej har så mycket att förlora på om rättskraft ej anses vara för handen i här aktuella fall. Kanske skulle det rent av gå snabbare att bedöma frågan om processhinder på nytt än att anställa ingående jämförelser mellan de två processerna för att utröna om saken i den tidigare processen är av prejudiciell betydelse i den senare. Emellertid är ju — som tidigare berörts — processhinderfrågan inte alltid så enkel att en omprövning av densamma skulle vara att föredraga ur processekonomisk synpunkt. Man kan i vissa fall anförä lika starka skäl för rättskraft som vid ogillande dom, som ju för övrigt även äger rättskraft i de fall en ny bedömning av sakfrågan skulle vara lättare att genomföra än ett ställningstagande i rättskraftsfrågan. Svarandens intresse motiverar således rättskraft i lika hög — eller ringa — grad i detta som i övriga fall.

Vidare märkes att den — inte bara av Agge<sup>8</sup> — eftersträfvade fastheten i regelsystemet snarare minskar än ökar, om man skapar undantag i rättskraftshänseende för de fall då behovet av rättskraft framstår som mindre uttalat. Det återstår då att göra undantag i här aktuella avseende för samtliga processhinderfrågor på det sätt som Agge förordar. Men eftersom man ändå måste anta att avvisningsutslagen har rättskraft i de fall en dom i process nr 1 skulle ha varit av betydelse som processhinder i den andra rättegången, uppkommer med Agges lösning besvärliga mellanfall. Stundom vållar det nämligen svårigheter att avgöra om en tidigare (hypotetisk) dom skulle ha utgjort processhinder eller varit av betydelse i prejudiciellt avseende i den nya processen. Just det av Agge anförda exemplet får för övrigt hos Ekelöf illustrera de svårigheter som föreligger i detta hänseende.<sup>9</sup> Jag kan ej heller inse varför Agges åsikt skulle vara logiskt mera tilltalande än att låta avvisningsutslagets rättskraft bestämmas enligt samma regler som gäller för ogillande dom.

<sup>7</sup> Agge s. 83 f. Jfr även Eckhoffs ovan s. 136 citerade uttalande.

<sup>8</sup> Se t. ex. även Kallenberg II s. 1302.

<sup>9</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång III s. 74 och Agge s. 83.

## B. Avvisningsutslagets prejudiciella betydelse och rättskraftens "lokala" utsträckning

I samband med det sist diskuterade spørsmålet finns det anledning att ställa frågan om ett avvisningsbeslut kan äga *prejudiciell* betydelse på samma sätt som en dom, eller m. a. o. om rättskraften vid avvisningsutslag kan ha någon *positiv* funktion vid bedömning av en senare uppkommen fråga om processhinder.<sup>1</sup> Med den här lanserade uppfattningen att samma rättskraftsregler gäller vid ogillande dom och avvisningsutslag, skulle frågan alltså preliminärt besvaras jakande. Håller ett sådant antagande? Kan frågan överhuvudtaget bli aktuell?

Vad som kommer först i åtanke — även om det är tveksamt hur situationen skall systematiseras — är det fallet att en talan avvisats på grund av att den ej väckts vid behörig domstol. Är då den domstol, som utpekats som behörig, bunden av avvisningsutslaget i så måtto att den måste ta upp målet på grund av det tidigare avvisningsutslagets rättskraft? Nej, som bekant är detta ej fallet.<sup>2</sup>

Enligt Ekelöf motiveras frånvaron av bundenhet i nyssnämnda hänseende av "de olika underrätternas självständighet i förhållande till varandra".<sup>3</sup> Argumentet förutsätter att underrätterna är självständiga i förhållande till varandra även i andra avseenden, annars blir det fråga om ett cirkelresonemang. Föreligger det då i allmänhet en dylik självständighet i liknande situationer?

Till stöd för en allmän regel av nyssnämnd innebörd har jag endast funnit ett exempel utöver det ovan diskuterade. Enligt 12: 5 äger näm-

<sup>1</sup> Man kan naturligtvis även ställa frågan om avvisningsutslag kan äga *prejudiciell* betydelse för en senare *dom*. Antag t. ex. att A två gånger väckt talan mot B om bättre rätt till en skogslott och fått sin andra talan avvisad på grund av res judicata. Han väcker då för tredje gången talan mot B med yrkande om ersättning för att denne avverkat skog på fastigheten ifråga. B bestrider A:s talan under åberopande av att äganderättsfrågan är rättskraftigt avgjord, vilket A i sin tur ej vill hålla med om. Skall A:s talan då ogillas på grund av den rättskraft, som är förenad med domen i den förda processen, eller på grund av den *prejudiciella* betydelse avvisningsutslaget i process nr 2 möjligen äger? Samma skäl som talar för att avvisningsutslaget i process nr 2 har betydelse som processhinder i en tredje rättegång om samma sak (se härom ovan s. 132 f) talar för att rättskraftsfrågan ej skall få tas upp till ny bedömning i här diskuterade fall. Jfr dock Eckhoff (Rättskraft s. 343), som är av annan mening och f. ö. hyser den uppfattningen (a. a. s. 338 f) att man ej kan skilja mellan rättskraftens positiva och negativa verkan vid avvisningsutslag.

<sup>2</sup> Se RB 10: 20 st 2 och Ekelöf: Rättsmedlen s. 62, jfr dock betr. förhållandet mellan AD och tingsrätt Hassler: Specialprocess s. 104.

<sup>3</sup> A. a. a. st, jfr PLB i NJA II 1943 s. 117, som med hänvisning till PK motiverar det förhållandet att hänvisning ej kan ske av tvistemål med "den sidoordnade ställning" domstolarna intar i förhållande till varandra.

ligen rätten förklara ett rättegångsombud obehörig att brukas som ombud men endast vid den ifrågavarande domstolen.<sup>4</sup> Beslutet hindrar alltså ej ombudet ifråga att omedelbart uppträda inför annan domstol, vilket möjligen skulle kunna ses som ett utslag av en mera allmän princip om domstolarnas inbördes självständighet.

Finns det då något som talar *emot* att sidoordnade domstolar intar en självständig ställning i förhållande till varandra? Ja, här kan nämnas att en domstol i *brottmål* kan förordna om överflyttning av mål med viss bindande verkan för den andra domstolen.<sup>5</sup> Men det finns även andra belägg för att sidoordnade domstolar kan vara bundna av varandras avgöranden. Antag att det föreligger en lagakraftvunnen underrättsdom och att den tappande därefter väcker talan vid annan domstol om samma sak. De principer som ligger till grund för 17: 11 talar alldeles avgjort för att talan i detta fall skall avvisas på grund av *res judicata*, och detta är uppenbarligen också fallet i gällande rätt. Vore det ej så skulle ju endast överrättsdomarnas rättskraft bli av praktisk betydelse i de fall det föreligger konkurrerande fora.<sup>6</sup>

Antag nu att en talan *avvisats* vid domstol A på grund av *res judicata*. Är då domstol B bunden av detta beslut så att ny talan angående samma sak vid denna domstol skall avvisas, inte på grund av domens utan på grund av det föregående avvisningsutslagens rättskraft? Ja, som jag tidigare funnit, skulle en ny prövning av rättskraftsfrågan vid *samma* domstol strida mot grunderna för 17: 11.<sup>7</sup> Men antar man att ett avvisningsutslag äger rättskraft i detta fall, måste man i konsekvens med det föregående anta rättskraft inte bara vid den domstol som avkunnat avvisningsutslaget utan även vid andra domstolar. Avvisningsutslagens — liksom den ogillande domens — rättskraft torde i det här diskuterade fallet ha en "lokal utsträckning", som åtminstone omfattar andra behöriga domstolar.

Jag har alltså funnit att ett avvisningsutslag grundat på bristande behörighet ej binder den domstol, som utpekats som behörig, medan däremot avvisningsutslag, som grundats på *res judicata*, även binder andra domstolar än den som avkunnat utslaget. Hur förhåller det sig då med övriga frågor om processhinder? Skall ett avvisningsutslag — såsom utslag i forumfrågan — antas sakna rättskraft mot sidoordnad domstol eller — analogt med de principer som torde gälla för rättskraftsavgö-

<sup>4</sup> Se härom Ekelöf i *Scandinavian Studies in law*, 1958, s. 112 ff.

<sup>5</sup> 19: 7 st 2, jfr Ekelöf: *Rättegång II* s. 40 f vid not 99.

<sup>6</sup> Här kan inflikas att ett underrättsavgörande kan binda inte bara sidoordnade, utan även *överordnade*, domstolar, så t. ex. då en underrättsdom är av prejudiciell betydelse i ett senare mål som överklagas.

<sup>7</sup> Se ovan s. 132 f.

randen — binda sidoordnade domstolar? Ja, även här finns det anledning att erinra om vad som gäller för ogillande dom; domen äger rättskraft vid övriga domstolar oavsett vilken brist som lagts till grund för ogillandet.<sup>8</sup> Samma skäl, som kan anföras för att en dom äger rättskraft vid andra domstolar på detta sätt, talar för att ett lagakraftvunnet avvisningsutslag bör äga rättskraft vid sidoordnade domstolar oavsett vilket processhinder som lagts till grund för avgörandet. Har avvisning skett på grund av t. ex. bristande processbehörighet vid en domstol, bör således frågan om processbehörighet ej få tas upp till ny prövning, då käranden väcker ny talan om samma sak vid annan domstol. Avvisningsutslaget rättskraft skulle annars förlora en stor del av sin trygghetsverkan och även i övrigt mindre väl fylla sin avsedda funktion.

Mot bakgrund av vad jag funnit ovan framstår RB 10: 20 st 2 snarare som ett undantag från en allmän princip om domstolarnas inbördes bundenhet är som belägg för en regel av motsatt innebörd.

Emellertid gäller vad ovan sagts endast under ett par förutsättningar. För det första kan ju, som nyss påpekades, avvisning på grund av domstolens bristande behörighet ej verka "positivt" och tvinga annan domstol att ta upp en talan utan självständig bedömning av forumfrågan. För det andra skulle man kunna hävda att den "lokala" utsträckning, som avvisningsutslaget rättskraft här påstås äga, borde förutsätta att en viss ordningsföljd tillämpas i de fall det samtidigt föreligger flera grunder för avvisning. Rör en av de aktuella bristerna domstolens bristande behörighet skulle i så fall denna fråga i första hand läggas till grund för avgörandet, även om en annan brist framstår som uppenbar.<sup>9</sup> Man kan tycka att eftersom de flesta processförutsättningar äger samband med sakfrågan, bör frågor om processhinder handläggas och avgöras endast av en domstol, som är behörig att avgöra saken. Skall avvisningsutslagen äga generell rättskraft i här diskuterade avseende, borde det således vara den domstol, som är bäst skickad att avgöra själva saken — och därmed även frågan om processhinder — som avkunnat avvisningsutslaget. Å andra sidan kan det ifrågasättas om man bör tillmäta forumreglerna en sådan vikt. I ett samhälle med utvecklade kommunikationer torde de allmänna domstolarna ha ungefär samma möjligheter att på ett tillfredsställande sätt handlägga och avgöra ett mål, oavsett om de äger lokal behörighet därtill. Rättskraften skulle i så fall gälla vid annan domstol även om den domstol, som avkunnat utslaget, saknat lokal behörighet i målet.

<sup>8</sup> Jfr dock ovan s. 131 not 3 betr. förhållandet mellan allmän domstol och specialdomstol.

<sup>9</sup> Jfr dock ovan s. 103 f betr. processbehörighet.

Antag emellertid att det, enligt de för ett avvsningsbeslut anförda skälen, endast föreligger en behörig domstol, t. ex. en specialdomstol, och att ny talan väcks vid *allmän* domstol sedan avvsnung ägt rum vid *annan allmän* domstol. Skall då, enligt grunderna för 10: 20 st 2, den nya domstolen själv få bedöma frågan om sin behörighet eller bör, i överensstämmelse med principen om rättskraftens lokala utsträckning, avvsnung ske på grund av det tidigare beslutets rättskraft?<sup>1</sup>

Till följd av de oklarheter, som råder om grunderna för 10: 20 st 2, synes det svårt att ge ett bestämt svar på frågan huruvida avvsningsutslaget äger rättskraft vid den andra domstolen i sist diskuterade fall. Antas det enbart vara domstolshierarkiska synpunkter som ligger bakom nyssnämnda stadgande, bör man kanske undvika att låta bestämmelsen vara vägledande även i vårt fall; 10: 20 st 2 är ju som nyss framgått inte uttryck för någon allmän princip, och ifrågavarande domstolshierarkiska synpunkter synes väga lättare än de processekonomiska vinster som kan vara förenade med rättskraft vid avvsningsutslag. Å andra sidan skulle det komplicera regelsystemet att anta en sidoordnad bundenhet i forumfrågan blott för vissa speciella fall. Och kanske finns det skäl att även låta en av grunderna för forumreglerna, nämligen att varje fråga skall avgöras av den domstol som har de bästa förutsättningarna att träffa ett "riktigt" avgörande, vara vägledande vid tolkningen av 10: 20 st 2. Att hänvisning ej får ske sidoordnade domstolar emellan skulle således till viss del bero på att varje domstol måste anses vara expert på sin egen behörighet. Samma skäl som talar för att domstolarna ej får bestämma för varandra i s. a. s. positiv riktning — skäl som dock enligt vad nyss anförts ej är så starka — kan i så fall anföras emot en motsvarande negativ bestämmanderätt. Om en allmän domstol avvisat på grund av att målet hör till specialdomstol borde det sålunda stå annan allmän domstol fritt att ta forumfrågan under nytt övervägande. För denna lösning talar också att man slipper undersöka vilka skäl som varit bestämmande för avvsnungen vid den första domstolen för att bestämma rättskraften, något som däremot skulle bli nödvändigt om skilda rättskraftsregler tillämpades i olika forumfrågor. Övervägande skäl talar därför emot en bundenhet i det här diskuterade exemplet. I och med att ett avvsningsbeslut grundats på domstolens bristande behörighet skulle således utslaget sakna rättskraft vid annan domstol. Avvsningsutslag grundade på andra processhinder skulle däremot binda även andra domstolar än den som avkunnat avgörandet.

<sup>1</sup> Agge (s. 71) anser det tveksamt hur frågan skall lösas medan Kallenberg (II s. 1298), liksom Eckhoff (Rättskraft s. 339 ff), förordar rättskraft för åtminstone vissa fall.

Låt oss nu lämna frågan om rättskraftens lokala utsträckning och återvända till spörsmålet om avvisningsutslag kan vara av *prejudiciell betydelse* vid bedömning av andra frågor om processhinder. Antag att A, som är 18 år, får en talan mot B avvisad på grund av bristande processbehörighet. Kort därefter väcker A på nytt talan om samma sak, men denna gång genom sin ställföreträdare. B invänder då att ställföreträdaren ej äger föra A:s talan, eftersom den är av den arten att A är processbehörig redan vid 16 års ålder. Domstolen anser nu att B:s invändning har fog för sig. Äger då domstolen avvisa talan nr 2 eller måste den lägga innehållet i det tidigare avvisningsutslaget till grund för sin bedömning av processbehörighetsfrågan och ta upp saken till prövning?

Ja, enligt min mening talar övervägande skäl för den sistnämnda lösningen. Någon motsvarighet till 10: 20 st 2 finns ju ej för detta fall. Anser man att avvisningsutslaget ej har prejudiciell betydelse, skulle avvisning följa och kändan därmed vara avstängd från att få sin talan prövad ända fram till myndighetsdagen. Möjligheterna att få det första avgörandet undanröjt genom extraordinära rättsmedel är ju begränsade på ett sätt som gör att denna utväg endast undantagsvis kan tillgripas i fall av här diskuterat slag. Antas däremot avvisningsbeslutets rättskraft vara densamma som vid ogillande dom, är rätten bunden att ta upp A:s talan i process nr 2, oavsett vilken inställning man har till B:s invändning. Jag kan ej se att denna lösning skulle vara förenad med några allvarliga olägenheter. Naturligtvis kan det te sig egenomligt att domstolen ej skall äga avvisa ens om det är uppenbart att det första avgörandet är "materiellt" felaktigt. Risker för en dylik konflikt följer emellertid alltid i rättskraftens spår och är ej speciell för frågan om avvisningsutslagens prejudiciella betydelse. Vidare kan risken för felaktiga avgöranden bli större om rättskraft ej anses inträda, vartill kommer att man knappast kan ifrågasätta enbart här aktuell rättskraftsverkan.<sup>2</sup> Vad som kan diskuteras är rättskraftens ändamålsenlighet överhuvudtaget; att fränkänna avvisningsutslag *all* rättskraft är dock lika omöjligt de lege lata som att göra motsvarande antagande beträffande domens rättskraft.

Teorin om parallellitet i rättskraftshänseende mellan avvisningsutslag och ogillande dom synes således kunna försvaras även vad gäller rättskraftens prejudiciella betydelse.<sup>3</sup> Emellertid kan det ovan diskutere-

<sup>2</sup> Jfr Ekelöf: Rätttegång III s. 65 f och s. 73.

<sup>3</sup> I tysk doktrin har man i allmänhet motsatt uppfattning, medan däremot Rimmspacher antar rättskraft i det i texten diskuterade exemplet, se härom Rimmspacher: Anspruch s. 304 f. I tysk rätt föreligger än starkare skäl för rättskraft i här aktuella situation eftersom möjligheten till resning är mindre än i svensk rätt, jfr ovan s. 115.

rade exemplet varieras på ett sådant sätt att den av mig rekommenderade lösningen framstår som mindre ändamålsenlig.<sup>4</sup> Antag att det i stället var ställföreträdaren som förde talan i process nr 1 och att talan avvisades emedan A ansågs behörig att själv föra talan. Då A startar process nr 2 klarläggs det emellertid att han icke är processbehörig och att avvisningsutslaget i process nr 1 grundade sig på ett misstag. Är då domstolen i konsekvens med vad ovan anförts, tvungen att ta upp den processobehöriges talan och stillatigande åse hur denne ej förmår tillvarata sin rätt?

Det kan tyckas uppenbart att man måste medge ett undantag från principen om avvisningsutslagens rättskraft i detta fall. Emellertid synes motsatt uppfattning mera sällan behöva leda till några olägenheter i praktiken. Ingen av parterna kan nämligen vara intresserad av att driva förfarandet ända fram till dom, eftersom den tappande parten kan få domen undanröjd genom besvär över domvillan enligt 59: 1 p 1. Att processhinderfrågan varit föremål för bedömning tidigare utgör ju ej något hinder härvidlag.<sup>5</sup> Och att ställföreträdaren kan "slarva bort" A:s utsikter till en bifallande dom genom att missköta processhinderfrågan i den första rättegången stämmer väl överens med hans övriga inom- och utomprocessuella möjligheter att med bindande verkan för A disponera över dennes intressen. Man synes således inte ens i det extrema fall jag sist diskuterat vara tvungen att avvika från antagandet att avvisningsutslag äger prejudiciell betydelse på samma sätt som ogillande dom.

Låt oss slutligen stanna något vid en situation då ett avvisningsutslag kan tänkas vara av prejudiciell betydelse på så sätt att det tidigare avgörandet, tillsammans med ytterligare rättsfakta, konstituerar ett annat processhinder än det, som var föremål för bedömning i den första rättegången. Antag att A väcker en talan men får denna avvisad på grund av litispendens. Senare då dom fallit i det parallella målet, väcker han ny talan om samma sak. Är domstolen då bunden av sitt tidigare ställningstagande i identitetsfrågan? Ja, såvitt jag kan förstå talar samma skäl för att identitetsfrågan skall anses rättskraftigt avgjord i detta fall som då den tidigare avvisningen grundats på res judicata. Domstolen skall i så fall avvisa A:s tredje talan, varvid det tidigare avvisningsbeslutet — dvs. det som grundade sig på litispendens — skall läggas till grund för bedömningen av identitetsfrågan.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Rimmelspacher nämner ej denna för hans — och min — uppfattning mera besvärande variant.

<sup>5</sup> Se härom NJA II 1943 s. 740 ff.

<sup>6</sup> A. m. Eckhoff: Rättskraft s. 343.

### C. Rättskraftens objektiva utsträckning<sup>7</sup>

Vad gäller rättskraftens objektiva utsträckning må först erinras om att förutsättningarna för resning är desamma vid avvsningsutslag och ogillande dom (59: 1 och 10). Detta förhållande talar i viss mån för att även frågan om rättskraftens objektiva utsträckning kan ges en gemensam lösning vid avgöranden av båda slagen. Man torde åtminstone kunna anta att avvsningsutslagens rättskraft i viss sträckning omfattar bevisning och rättsfakta, som ej varit föremål för prövning i den första processen. I annat fall skulle det ju knappast föreligga något behov av resningsregler för avvsningsutslagens del.<sup>8</sup>

I det följande skall jag endast ta upp ett par typfall för att belysa frågan om det är rimligt att anta gemensamma rättskraftsregler för avvsningsutslag och ogillande dom även i här aktuella avseende. En ingående konfrontation med olika läror om rättskraftens objektiva utsträckning vid ogillande dom är ej möjlig inom ramen för denna avhandling, och en del av här aktuella problem har redan diskuterats, bl. a. i avsnitt 4 A ovan.

Låt mig börja med det fallet, att A fått en talan avvisad på grund av bristande processbehörighet och att han i process nr 2 enbart anfört ny bevisning till stöd för sin behörighet. Det förefaller, som redan antytts ovan, ganska uppenbart att avvisning då skall ske på grund av det tidigare beslutets rättskraft. Något annat har knappast gjorts gällande beträffande ogillande dom och det synes ej heller finnas skäl att anta motsatsen för avvsningsutslagens del. Emellertid har Kallenberg i anslutning till det ovan<sup>9</sup> diskuterade testamentsfallet *NJA 1877 s. 23* gjort ett uttalande av motsatt innebörd. Kallenberg anser utgången i målet — att ny talan ej upptogs till prövning — otillfredsställande och frågar:

”Utgör en dom, hvarigenom en persons talan afvisats på den grund, att han ej styrkt sin saklegitimation . . . hinder för samma person att senare, då han kan styrka sin legitimation, få samma ånyo instämnda talan pröfvad? Ja, man torde kunna utvidga frågan till att afse andra processförutsättningar än saklegitimation. För min del är jag böjd att besvara frågan nekande, dvs. jag är böjd för att anse sådant hinder icke föreligga. Man kan eljest, liksom i förevarande rättsfall, komma till resultat, som äro för rättskänslan mycket stötande. Det må emellertid framhållas, att, om man bedömer ifrågavarande spörsmål så som jag nu antydt, rättskraften beträffande

<sup>7</sup> Vad gäller preklusion av sakinvändningar och andra processhinder än det som föranlett avvisning, se ovan s. 138 ff.

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 120 f.

<sup>9</sup> Se ovan s. 123 ff.

afvisningsutslag ej får samma omfattning som beträffande domar . . . I den anmärkta skillnaden ser jag för min del ej något, som bör väcka betänkligheter.”<sup>1</sup>

Kallenbergers uppfattning är förvånande — enligt Ekelöf innebär den ”ett betänkligt försvagande av avvisningsbeslutens rättskraft”.<sup>2</sup> Särskilt märkligt förefaller det att Kallenberg tagit just nyssnämnda rättsfall till utgångspunkt för sin uppfattning. Som vi tidigare diskuterat utgör ju den fråga som var aktuell i rättsfallet ett exempel på omständigheter inom gränsområdet mellan formell och materiell rätt; den ifrågasvarande bristen anses således numera ej föranleda avvisning.<sup>3</sup> Antar man — som Kallenberg — att distinktionen mellan avvisning och ogillande har konsekvenser i rättskraftshänseende, blir ju skillnaden särskilt svårförklarlig i fall av detta slag. Jag har också svårt att förstå varför det skulle vara ”stötande för rättskänslan” att anta rättskraft just i avvisningssituationen. Föreligger giltig ursäkt till att ifrågasvarande processmaterial ej förebringades i den första processen har ju käranden möjlighet att få beslutet ändrat efter resning.<sup>4</sup> Är käranden bara medveten om att avvisningsutslag har samma rättskraft som ogillande dom i här aktuella avseende, finns det ingen anledning att anta att han lägger ner mindre arbete på processföringen i denna del av målet än vad som skulle ha varit fallet om frågan betraktats som materiell.

Även det förhållandet, att domstolen har möjlighet att ex officio föranstalta om ytterligare utredning beträffande frågor om tvingande processhinder, gör att man ej behöver hysa så stora betänkligheter som Kallenberg mot att åtminstone låta avvisningsutslagets rättskraft omfatta annan bevisning än den som varit föremål för prövning i den förda processen. Genom att förelägga käranden att komplettera sin utredning kan ju rätten förvarna denne om ett kommande avvisningsutslag. Och skulle inte käranden vilja utnyttja den anvisade möjligheten, kan han överklaga avvisningsutslaget och eventuellt åberopa ny bevisning i högre instans.<sup>5</sup> Risker för ett rättskraftigt avgörande torde såle-

<sup>1</sup> Kallenberg II s. 1300 i not 89.

<sup>2</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 15 i not 29. Eckhoff (Rättskraft s. 345 i not 16) invänder gentemot Kallenberg att käranden kan få sin arvsrätt avgjord genom dom och sedan återkomma med ny talan, varför avvisningsutslagets rättskraft ej får så allvarliga konsekvenser. Denna invändning saknar dock naturligtvis relevans i andra fall än det som diskuteras av Kallenberg.

<sup>3</sup> Se ovan s. 124 f, jfr även nedan s. 159 i not 4.

<sup>4</sup> Så även vid tiden för Kallenbergers framställning, Kallenberg II s. 1634 och 1636.

<sup>5</sup> Man kan dock ej utesluta att 50: 25 är analogt tillämplig i detta fall, jfr ovan s. 107.

des ej föränleda kåranden att införa mer bevisning än nödvändigt. Ett antagande om att avvisningsutslagens rättskraft omfattar all bevisning, som kåranden kunnat förebringa vid tiden för avgörandet, synes således ej leda till några processekonomiska nackdelar. Däremot skulle en inskränkning i rättskraften kunna leda till slapp processföring med därav följande skadeverkningar i nyssnämnda avseende.

Ej heller vad gäller preklusion av icke åberopade rättsfakta (av betydelse för samma processhinder) synes man behöva hysa några särskilda betänkligheter för avvisningsutslagens del. Som nyss antytts, är olägenheterna av en vidsträckt preklusionsverkan snarare mindre än vid materiella rättsfakta. En omfattande rättskraft i detta hänseende kan kombineras med aktivitet från domstolens sida för att förhindra att avvisningen kommer överrumplande. Och — liksom beträffande preklusion av icke åberopad bevisning — torde det ordinarie fullföljdsförfarandet samt möjligheten till resning utgöra tillräckliga korrektiv mot "stötande" resultat vid en rättskraftsverkan av den art jag här rekommenderat.

#### **D. Rättskraftens subjektiva utsträckning**

Antag att A fått en talan ogillad och att han sedan startat ny process om samma sak. Denna talan skall då naturligtvis avvisas på grund av res judicata. Antag emellertid att han därefter överlåter det anspråk saken gäller till B, som väcker ny talan än en gång. Skall denna talan avvisas på grund av domens eller avvisningsutslagens rättskraft? Eller antag att A:s talan i den första processen avvisats på grund av svarandens bristande processbehörighet. Kan B i så fall få saken upptagen till prövning? Kan ett avvisningsutslag även gälla för och emot tredje man?

I nordisk doktrin har nyssnämnda fråga berörts av Agge, Kallenberg och Eckhoff, som samtliga anser att avvisningsutslagens rättskraft även kan träffa tredje man.<sup>6</sup> Agge skriver:

"När det gäller rättskraftens gränser i subjektivt hänseende, torde man kunna uppställa den regeln, att därest en dom i sak undantagsvis skulle vara bindande i process mot tredje man, en processdom i dylikt mål utövar sin rättskraft i ny rättegång mot tredje person. Denna princip gäller av ganska lätt insedda skäl endast om avvisningsbeslutet grundats på brister i de förutsättningar, som ovan angivits hänföra sig till sakens beskaffenhet men icke om bristerna gälla de personer, vilka uppträtt i den förra men icke i den senare processen. I fråga om brister i domstolens kompetens be-

<sup>6</sup> Agge s. 84, Kallenberg II s. 1301 f och Eckhoff: Rettskraft s. 347 med not 18.

ror det på om den part, vartill lagen anknutit ett s. k. personligt forum, även i den nya processen intager samma partställning som tidigare. I så fall möter näppeligen hinder att tillägga ett avvisningsbeslut verkan även i process mot tredje man.”<sup>7</sup>

Kallenberg uttrycker sig mera kortfattat, men synes hylla samma princip som Agge:

”... såframt en i den tidigare processen meddelad dom skulle haft rättskraft gentemot tredje man, jämväl det däri meddelade avvisningsutslaget har rättskraft mot honom . . .”<sup>8</sup>

Agges och Kallenberg's uttalanden kan tyckas välkomna för mig som vill presumera likformig rättskraft vid avvisningsutslag och ogillande dom. Frågan är emellertid om inte den avhängighet nyssnämnda författare konstruerar mellan dom och avvisningsutslag kan leda till egenomliga resultat.<sup>9</sup>

Låt mig först erinra om att domens rättskraftsverkan mot tredje man ej alltid är densamma vid bifallande och ogillande dom. Den rekommenderade metoden att låta en hypotetisk dom i sakfrågan vara bestämmande för avvisningsutslaget's rättskraft kan av denna anledning få svårmotiverade konsekvenser:

Antag t. ex. att en grupp aktieägare väcker talan om ogiltigförklaring av ett bolagsstämmobeslut. De får sin talan avvisad på grund av att saken ej hör under svensk domsrätt. En annan grupp aktieägare väcker därefter en talan av enahanda innebörd under förebringande av ny bevisning i domsrättsfrågan. Enligt Agges metod skall då frågan om det tidigare avvisningsutslaget's rättskraft avgöras mot bakgrund av om en dom i den första processen skulle ha ägt rättskraft även mot den andra ägargruppen. Enligt 138 § 2 mom 2 st ABL äger bifallande dom i mål av här aktuella slag rättskraft mot alla, medan ogillande dom ej rättskraftigt avgör bolagsbeslutets verkan mot tredje man. Om det nu var uppenbart att talan i process nr 1 skulle ha ogillats om den blivit föremål för prövning, skulle domen ej äga rättskraft mot den andra ägargruppen och avvisningsutslaget således ej heller stå hindrande i vägen för ny process: Men om talan av allt att döma skulle ha bifallits i process nr 1 skulle ju domen äga rättskraft även mot den andra ägargruppen och således även avvisningsutslaget göra det. Ny process skulle med andra ord bli möjlig endast då den var utsiktslös!

<sup>7</sup> Agge a. st.

<sup>8</sup> Kallenberg II s. 1301 f.

<sup>9</sup> Som framgått ovan (s. 155 f) innebär emellertid Kallenberg's uppfattning om rättskraftens objektiva utsträckning att tredje man alltid kan undgå en eventuell rättskraftsverkan genom att åberopa ny bevisning.

Det är inte bara vid talan enligt 138 § ABL som rättskraften skiljer sig vid ogillande och bifallande dom. Även vid borgen föreligger en liknande skillnad.<sup>1</sup> Man bör nog därför — och för att slippa ta ställning till själva saken vid avgörandet av rättskraftsfrågan — alltid bedöma avvisningsutslagens rättskraft mot tredje man utifrån den subjektiva utsträckning ett *ogillande* av ifrågavarande talan skulle ha, om nu Agges metod överhuvudtaget bör användas. Men är det då nödvändigt att ta omvägen över en hypotetisk dom i detta sammanhang? Kan man inte tillämpa samma princip som kommer till användning vid bestämmande av domens rättskraft? Låt oss se vad ett sådant förfaringsätt skulle leda till.

Enligt Ekelöfs huvudregel för rättskraftens subjektiva utsträckning äger dom rättskraft med avseende på tredje man endast om "den förändring av tredjemans rättsställning, som rättskraften medför vid oriktig dom, även kunnat inträda genom ett avtal, som parterna slutit vid tiden för rättegången".<sup>2</sup> Domens rättskraft i detta hänseende förutsätter alltså en motsvarande civilrättslig dispositionsrätt.

En direkt tillämpning av Ekelöfs huvudregel — som dock ej är utformad med tanke på avvisningsbeslut eller domar i indispositiva mål<sup>3</sup> — synes således leda till att avvisningsutslag endast skulle äga rättskraft mot tredje man i de fall avgörandet grundats på ett dispositivt processhinder.<sup>4</sup> De flesta processhinder är emellertid tvingande i svensk rätt.<sup>5</sup> Processförutsättningarna avser intressen, som parterna anses ej kunna råda över.

Möter det då några betänkligheter att anta rättskraft även i de fall då avvisning skett på grund av tvingande processhinder? Skulle det strida mot de principer, som ligger till grund för officialprövningen, att

<sup>1</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång III s. 109.

<sup>2</sup> Ekelöf: Rättegång III s. 106 f.

<sup>3</sup> A. a. s. 110.

<sup>4</sup> Här kan nämnas att en sådan inskränkning i och för sig synes förenlig med de exempel på avvisningsutslagens rättskraft mot tredje man som anförts i doktrinen. Agge åberopar NJA 1926 s. 209 till stöd för sin teori om en mera vidsträckt subjektiv utsträckning, men detta rättsfall avser invändning om skiljeavtal, som även vid tiden för rättsfallet betraktades som ett dispositivt processhinder (jfr de i Bolding: Skiljedom s. 60 not 1 anförda rättsfallen). Det är f. ö. tveksamt om den person, som träffades av rättskraften i nyssnämnda rättsfall betraktades som tredje man. Enligt HD var tvisten i process nr 2 "att behandla så som om föreningen (dvs. parten i den tidigare processen) själv förde talan". Det av Eckhoff (Rättskraft s. 347) anförda exemplet avser enligt vad ovan (s. 124 f och 156) anförts betr. NJA 1877 s. 23 snarast *domens* rättskraft mot tredje man (jfr Ekelöf: Rättegång II s. 49 f).

<sup>5</sup> Se ovan s. 92.

låta ett avgörande i en indispositiv fråga vara bindande för och emot tredje man?

Nej, det synes ej föreligga några avgörande skäl att göra skillnad mellan avvisningsutslag och ogillande dom i detta sammanhang. Avsikten med officialprövningen vid tvingande processhinder är ju att — oavsett vilken inställning parterna har härvidlag — *förhindra att saken tas upp* till prövning, då det föreligger processhinder, medan det där- emot i allmänhet saknas skäl för att *förhindra avvisning* i de fall parterna önskar en sådan utgång i målet.<sup>6</sup> Parterna kan visserligen ej tvinga fram avvisning då samtliga processförutsättningar uppenbarligen är för handen, men i praktiken kommer man ganska nära en sådan ordning. Även vad gäller avvisningsutslag grundar sig nämligen rättens avgörande i de flesta fall på det processmaterial parterna förebringat<sup>7</sup> och rätten torde endast verka för ytterligare utredning för att kontrollera om saken kan tas upp, ej för att förhindra avvisning.<sup>8</sup>

Mot bakgrund av det föregående framstår det ej som någon orimlig tanke att anta parallellitet mellan ogillande dom och avvisningsutslag i rättskraftshänseende även vad gäller avgörandets verkan mot tredje man. I de fall en ogillande dom är bindande i detta hänseende skulle man alltså kunna anta en motsvarande rättskraftsverkan om processen slutar med ett avvisningsutslag och detta även om det processhinder, som lagts till grund för avgörandet, är tvingande.<sup>9</sup> Vi är alltså tillbaka vid Agges princip i den modifierade form jag här angivit; avvisningsutslag har rättskraft för och emot tredje man för den händelse *ogillande* dom skulle ha ägt denna verkan. Som jag strax skall visa krävs emellertid ytterligare en precisering för att denna princip ej skall få olämpliga konsekvenser.

Måste man då trots allt ta omvägen över en hypotetisk doms rättskraft för att nå detta resultat? Kan man inte bortse från om en brist i kärandens talan är formell eller materiell och besvara frågan om rättskraftens subjektiva utsträckning från samma utgångspunkter i båda fallen? Låt oss än en gång återvända till Ekelöfs huvudregel för rätts-

<sup>6</sup> Jfr ovan s. 107 f. I de fall det samtidigt föreligger flera frågor om processhinder har dock rätten anledning att förhindra att avvisning sker på grund av en brist som enligt vad jag berört tidigare (ovan s. 102 ff) bör handläggas *efter* den andra processhinderfråga som är aktuell i processen. Antag t. ex. att käranden är processobehörig och att svaranden framställt invändning om *res judicata*. I detta fall har domstolen anledning att förhindra en avvisning på den senare grunden.

<sup>7</sup> Jfr Kallenberg I s. 1169 f och II s. 1302.

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 99 f med not 1.

<sup>9</sup> Man skulle även kunna hävda att det föreligger starkare skäl för rättskraft i detta fall eftersom officialprövningen innebär en viss garanti för att avgörandet är "materiellt" riktigt.

kraft mot tredje man och se om ett sådant förfaringssätt leder till ett ändamålsenligt resultat.

Som tidigare påpekats träffas enligt Ekelöf tredje man av rättskraften i den mån han är bunden av ena partens motsvarande civilrättsliga förfogande över det *omtvistade rättsförhållandet*.<sup>1</sup> Avgörande är alltså inte *vilken* materiell brist<sup>2</sup> som lagts till grund för den ogillande domen, utan rättskraften bestäms i detta sammanhang med utgångspunkt från *saken*, från den talan som förs i målet. Antag t. ex. att en talan i anledning av ett avbetalningsköp ogillats. Det synes härvid sakna betydelse för domens verkan mot tredje man vilken brist som lagts till grund för avgörandet, om ogillandet grundats på en dispositiv eller indispositiv bestämmelse, på en peremptorisk eller dilatorisk brist etc.<sup>3</sup> I linje härmed borde man ej heller behöva fästa avgörande vikt vid om det brustit i en formell eller materiell förutsättning för bifall.<sup>4</sup> Är detta riktigt följer i sin tur att man inte behöver göra skillnad mellan dispositiva och tvingande processhinder i förevarande hänseende.<sup>5</sup> Avgörande för rättskraften skulle i samtliga fall vara om parterna äger disponera över *saken* med bindande verkan mot tredje man.

Skälen för och emot rättskraft verkar alltså vara desamma oavsett vilken omständighet som lagts till grund för avgörandet i det enskilda fallet. Antag t. ex. att A, i enlighet med det inledningsvis skisserade exemplet, fått sitt käromål avvisat på grund av res judicata eller på grund av svarandens processobehörighet. Han överlåter därefter den omständiga fordringen till B, som väcker ny talan om samma sak. Principen att förvärvaren ej bör få en bättre processuell ställning än överlåtaren

<sup>1</sup> Ekelöf: Rättegång III s. 106, kurs. här.

<sup>2</sup> Jfr däremot ovan s. 125 ff betr. rättskraftens begränsning till tiden.

<sup>3</sup> I så måtto kan bristens "art" naturligtvis vara av betydelse att det förhållandet, att processen förs mellan andra parter, stundom försätter ifrågavarande spörsmål i ett nytt läge. Men att avgörandets rättskraft ej träffar tredje man i dylika fall behöver ej ses som en inskränkning i rättskraftens subjektiva utsträckning. Den nya partsställningen utgör i sådana fall snarare ett factum superveniens eller också innebär förändringen att den andra processen ej längre kan anses gälla samma sak som den första. Att anspråket framställdes emot "fel" person i den första rättegången kan ju ej få hindra process mellan de rättssubjekt saken gäller, jfr ovan s. 131 samt nedan s. 162 not 7 och 249 f.

<sup>4</sup> Rättsfakta av båda slagen utgör "Erfolgsvoraussetzungen" som i och för sig är av samma betydelse för frågan om talan kan bifallas eller ej, jfr ovan s. 114 och nedan s. 202 f.

<sup>5</sup> På så sätt råder dock en skillnad mellan ett tvingande processhinder och en indispositiv lagbestämmelse av nyssnämnt slag att relevanta rättsfakta i sistnämnda fall i allmänhet måste åberopas för att kunna läggas till grund för avgörandet (jfr dock betr. s. k. "officialfakta" ovan s. 92 i not 3 samt vidare nedan t. ex. s. 204 och 246 f.

vid s. k. *successio post rem judicatam*<sup>6</sup> synes äga relevans även om den första processen slutat med ett avvísningsutslag och detta oavsett vilket processhinder det härvidlag varit fråga om. Talan nr 2 bör sålunda avvisas på grund av det tidigare avvísningsutslagets rättskraft..

Finns det då någon anledning att göra skillnad för det fallet att successionen skett på svarandesidan? Antag att avvísning sker på grund av *kärandens* bristande processbehörighet i den första rättegången, varpå svaranden överlåter sin rättsställning. Käranden väcker då ny talan om samma sak mot förvärvaren. Lika väl som man kan säga, att det ej finns anledning att ge denne bättre ställning än överlåtaren i det första exemplet, gäller att det ej heller finns skäl att försätta honom i en sämre ställning än överlåtaren hade. Motsatt uppfattning synes strida mot de inledningsvis skisserade ändamålssynpunkterna. Avvísningsutslaget bör äga rättskraft mot tredje man oberoende av vilket processhinder som lagts till grund för detsamma, såvida parterna ägt disponera över *saken* med motsvarande bindande verkan.<sup>7</sup>

Ekelöfs huvudregel för rättskraft mot tredje man synes således kunna användas i dispositiva tvistemål oavsett om det slutliga avgörandet meddelats i form av en dom eller ett avvísningsbeslut. Man behöver alltså ej gå den av Agge anvisade omvägen via en hypotetisk doms rättskraft i motsvarande situation. Men har då detta någon annan betydelse än att styrka tesen om att samma rättskraftsregler kan tillämpas vid avvísningsutslag och ogillande dom? Leder den här skisserade metoden och Agges princip någon gång till olika resultat?

<sup>6</sup> Jfr Welamson: Domvillobesvär s. 215.

<sup>7</sup> Om avvísning skett på grund av *svarandens* bristande processbehörighet och succession därefter sker på svarandesidan, utgör däremot avvísningsutslaget naturligtvis inte hinder för talan av eller emot förvärvaren (jfr Agges ovan s. 157 f återgivna uttalande). Att tredje man — den nye svaranden — inte är bunden av rättskraften i ett sådant fall följer enligt min mening emellertid ej av principen om rättskraftens begränsning till parterna; det är ju här närmast fråga om *successio post rem judicatam* och bundenhet skulle alltså normalt sett följa analogt med Ekelöfs princip för *domens* rättskraft mot tredje man. Att ny talan är tillåten kan i stället — liksom i andra fall då avvísningen grundats på parts "personliga egenskaper" (jfr Eckhoff s. 347) — sägas följa av principen om rättskraftens begränsning till tiden. Att talan nr 2 väcks mot annan part är i sådana fall — enligt ett sätt att se — ett factum superveniens. Det är fråga om "samma sak" även efter förändringen i partsställningen eftersom dom skulle äga rättskraft mot den nytillträdde parten. Man bör dock naturligtvis akta sig för att dra några slutsatser av hur man betecknar rättskraftsinskränkningen ifråga; om man så vill kan man även se det hela som undantag från principen om att grunden för avvísning eller ogillande saknar betydelse för avgörandets rättskraft, jfr ovan s. 131 med i not 3a a. st. och nedan s. 249 f.

<sup>8</sup> Citatet hämtat från Ekelöf (Rättegång III s. 109), som dock ej uttalat sig i den här aktuella frågan.

Ja, skillnaden blir märkbar i de fall, då "tredjeman träffas av rättskraften, ehuru dennes rättsställning ej är underkastad ena partens civilrättsliga förfoganderätt", dvs. då tredje man blir bunden *i strid med Ekelöfs huvudregel*.<sup>8</sup> Antag att en man avlidit och att en av hans arvingar (A) väcker talan enligt FB 2: 2 om att barnet B saknar äktenskaplig börd. Även om A:s talan ogillas, har domen rättskraft i ny process om samma barns börd, förd av någon av de övriga arvingarna.<sup>9</sup> Antag nu att käromålet i den första processen avvisats på grund av att saken ej ansågs höra under svensk domsrätt och att därefter något av de andra barnen i samma äktenskap väcker talan mot B om samma sak. De socialmoraliska skäl<sup>1</sup> som talar för att dom i dylikt mål äger rättskraft mot alla, är ju ej aktuella i detta fall. Det synes således ej motiverat att enligt grunderna för 17: 11 tillerkänna avvisningsutslaget rättskraft mot envar i en dylik situation.

Att tillerkänna avvisningsutslag rättskraft mot tredje man i samma utsträckning som ogillande dom synes emellertid inte bara omotiverat, det skulle i vissa fall kunna leda till direkt olämpliga konsekvenser. Detta sammanhänger med att parternas talerätt — en processförutsättning som jag skall ta upp till närmare granskning i nästa kapitel — tillhör de frågor som bör prövas sist, då flera processhinder är aktuella i samma rättegång.<sup>2</sup> Uppkommer det en fråga om någon annan processförutsättning har rätten således ej anledning att kontrollera parternas talerätt i målet; avvisning på denna grund får ju bara ske om övriga — eller i vart fall de flesta — processförutsättningar föreligger. Man kan således i allmänhet ej veta om ett avvisningsutslag tillkommit efter process mellan taleberättigade parter. Detta behöver dock ej hindra att avvisningsutslaget tillerkänns rättskraft mot tredje man *i enlighet* med Ekelöfs huvudregel för rättskraftens subjektiva utsträckning. Avgörandet har ju då rättskraft mot tredje man endast i de fall parterna äger motsvarande utomprocessuella dispositionsmöjligheter, vilket — som jag skall beröra närmare i nästa kapitel — i allmänhet är detsamma som att de har talerätt.

Men hur är det då när ett avgörande har rättskraft mot tredje man *i strid med* huvudregeln? Ja, vad gäller *domar* behöver man inte befara några allvarliga olägenheter i här diskuterade avseende. För den händelse någon av parterna saknat talerätt kan ju tredje man angripa domen medelst besvär över domvilla, eftersom målet då upptagits "ehuru däremot förelegat rättegångshinder, som vid fullföljd högre rätt haft att självant beakta" (59: 1 p 1). Har däremot ett *avvisningsutslag* till-

<sup>9</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 169 f och Rättegång III s. 111.

<sup>1</sup> Se härom nedan s. 221.

<sup>2</sup> Betr. ordningsföljden härvidlag, se ovan s. 102 ff.

kommit efter rättegång vari ena parten saknat talerätt, föreligger ej motsvarande möjlighet att få avgörandet undanröjt. Visserligen stadgas i 59: 4 att 59: 1 är tillämpligt även för avvisningsutslagens del, men som jag berört tidigare<sup>3</sup> torde p 1 i sistnämnda bestämmelse mera sällan kunna bli aktuell härvidlag; domstolen har ju ej skyldighet att kontrollera förefintligheten av samtliga processförutsättningar innan ett avvisningsutslag meddelas, vilket däremot är fallet vid ogillande dom. En tillämpning av 59: 1 torde möjligen kunna bli aktuell om avvisning skett på grund av något processhinder som s. a. s. ligger långt bak i turordningen<sup>4</sup> trots att en av de "föregående" processförutsättningarna saknats, så t. ex. om avvisning skett på grund av res judicata i en rättegång vari ena parten saknat processbehörighet.<sup>5</sup> Antag emellertid att avvisning skett på grund av någon av de processförutsättningar som skall handläggas och avgöras före frågan om talerätt. Någon möjlighet till domvillobesvär enligt 59: 1 p 1 torde då ej föreligga. Tillerkänner man detta avgörande rättskraft mot tredje man *i strid med* huvudregeln — men i enlighet med den av Agge angivna principen — skulle således även ett avvisningsutslag, som tillkommit på initiativ av någon som saknat talerätt, hindra de taleberättigade att få saken prövad, vilket knappast kan få komma ifråga.<sup>6</sup>

Eftersom man inte har någon som helst garanti för att avvisningsutslag tillkommit efter rättegång mellan taleberättigade parter, synes man således böra tillerkänna sådana avgöranden rättskraft mot tredje man endast i de fall denne är bunden av parternas motsvarande civilrättsliga förfogande över det omtvistade materiella rättsförhållandet, dvs. i enlighet med Ekelöfs huvudregel för domens rättskraft mot tredje man. Vill man använda den av Agge angivna principen bör man alltså göra ytterligare en precisering förutom den tidigare angivna anknytningen till *ogillande* dom; avvisningsutslag skulle således äga bindande verkan för och emot tredje man endast om *ogillande* dom skulle ha ägt sådan verkan *i enlighet med* Ekelöfs huvudregel för rättskraftens subjektiva utsträckning. Ett sådant uttryckssätt framstår dock som en onödig omväg för att uttrycka vad som kan utläsas via en direkt tillämpning av sedvanliga rättskraftsregler, dvs. med utgångspunkt från det materiella rättsförhållande, som är föremål för prövning i målet.

<sup>3</sup> Jfr ovan s. 103 och 144.

<sup>4</sup> Se ovan a. st.

<sup>5</sup> Jfr ovan s. 160 i not 6.

<sup>6</sup> Möjlighet till ny process skulle vara helt utesluten vid peremptoriska brister, jfr ovan s. 129.

## 5. Sammanfattning

I början av detta kapitel ställde jag frågan om skillnaden mellan formell och materiell rätt har någon betydelse i rättskraftshänseende. Jag har i det föregående kunnat konstatera att även avvsningsutslag har rättskraft, att sedvanliga ändamålsskäl gör sig gällande härvidlag samt att man i stort sett kan tillämpa samma regler vid bedömning av den ogillande domens och avvsningsutslaget rättskraft utan att det medför någon förändring av gällande rätt. Detta gäller kravet att det skall föreligga identitet mellan saken i de båda processerna, avgörandenas preklusionsverkan, rättskraftens begränsning till tiden, avgörandets prejudiciella betydelse och rättskraftens objektiva utsträckning. Även i fråga om rättskraftens verkan mot tredje man synes principen om gemensamma regler i allmänhet kunna upprätthållas. Att det i sistnämnda hänseende, liksom vad gäller rättskraftens "lokala" utsträckning, ej råder total överensstämmelse mellan avvsningsutslag och ogillande dom kan ej rubba helhetsintrycket, nämligen att distinktionen mellan formell och materiell rätt saknar betydelse i rättskraftshänseende.

Vid en genomläsning av svensk och tysk litteratur i här aktuella frågor får man ett starkt intryck av att skillnaden mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta är av väsentlig betydelse också ifråga om avgörandets rättskraft, trots att varken den svenska eller tyska processordningen framtvingar ett sådant betraktelsesätt. Det föreligger dock ingen "kvalitativ" skillnad mellan avvsningsutslag och ogillande dom härvidlag. Att man i litteraturen utgår från motsatsen torde bero på att avvsningsbeslut i högre grad än domar grundas på dilatoriska brister och att det därför s. a. s. föreligger en "kvantitativ" skillnad till följd av att processhinder oftare än materiella brister kan repareras genom *facta supervenientia*. Men ej heller denna olikhet står i något nödvändigt samband med distinktionen mellan formell och materiell rätt. Avgörandets rubricering som dom eller avvsningsutslag säger ingenting om dess rättskraft i det enskilda fallet.<sup>7</sup> Motsatt uppfattning kan ses som en följd av Bülow's synsätt, som dock härvidlag endast utgör en parentetisk avvikelse från en långvarig rättstradition med rötter i den romerska formularprocessen.

<sup>7</sup> Jfr Bruns i AcP 1950 s. 188 f, Jauernig s. 235 och Simshäuser s. 21, a. m. Lahtinen i TJFF 1955 s. 22. — En intressant fråga, som jag hoppas få tillfälle att återkomma till i ett annat sammanhang, är huruvida ett beslut med ogillande av en processinvändning äger rättskraft i den process vari det avkunnats eller i senare rättegång. Se härom Agge s. 84 f och Kallenberg II s. 1228 i not 2.



ANDRA AVDELNINGEN

TALERÄTT

## Kapitel 7

# TALERÄTT, SAKLEGITIMATION OCH PROCESSFÖRINGSRÄTT

### 1. Inledning

I den första avdelningen av denna avhandling har jag diskuterat skillnaden mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta, dess dogmatiska och historiska bakgrund samt dess praktiska konsekvenser enligt gällande rätt. Jag har därvid bl. a. kunnat konstatera att distinktionen saknar den historiska förankring Bülows ansåg föreligga, att den dogmatiska utgångspunkten för institutet processförutsättningar är allmänt övergiven *men att* skillnaden det oaktat är av avsevärd praktisk betydelse i flera rättssystem, framför allt vårt eget.

Jag har vidare påpekat, att RB ej ger ett skraddarsytt regelkomplex för handläggningen av varje särskild fråga och att man således i stort sett är tvungen att acceptera endera av de båda existerande regelsystemen helt och hållet. I fråga om vissa bestämmelser kan det dock föreligga möjlighet till och skäl för en analog tillämpning över gränsen mellan det formella och materiella regelkomplexet. Och vad gäller vissa viktiga frågor synes distinktionen sakna betydelse; i vart fall tvingar RB ej fram skillnader i t. ex. rättskrafts- och bevisbördehänseende.

Eftersom processhinder ej kan definieras med angivande av några gemensamma egenskaper på rättsfaktumsidan, bör i tveksamma fall valet mellan de båda regelkomplexen träffas med utgångspunkt från vilket av dessa som är mest ändamålsenligt för ifrågavarande rättsfaktum. Detta innebär dock inte att det skulle vara rekommendabelt att låta samma rättsfaktum ha olika rättsföljder från en gång till en annan; en konsekvent generalisering är naturligtvis önskvärd för att skapa enhetlighet och förutsebarhet. Dessa synpunkter väger tyngre än de mera kortsiktiga fördelar, som kan uppnås genom att laga efter lägligheten i varje enskilt fall.<sup>1</sup>

De gränsdragningsproblem som uppstår mellan processhinder och materiella rättsfakta har en motsvarighet även med avseende på gränsen mellan olika slags processhinder. Finner rätten att övervägande skäl talar för att betrakta en omständighet som en fråga om processhinder kan det vara tveksamt *vilket* processhinder det i så fall skall

<sup>1</sup> Jfr Boman i SvJT 1971 s. 636.

anses vara fråga om. Visserligen råder i stort sett samma regler för alla processhinder, men fullt ut gäller dock ej detta. För det första finns det ju dispositiva processhinder i svensk rätt, och även bortsett härifrån kan det vara av rättslig betydelse vilket processhinder det är fråga om i det enskilda fallet (59: 1 p. 1 och 10: 19).<sup>2</sup> Härtill skall läggas att processhindren i normala fall ej har samma funktion,<sup>3</sup> något som kan motivera vissa skillnader i den rättsliga regleringen. Sammanför man disparata omständigheter under ett och samma processhinder så att detta kommer att fylla olika funktioner i olika fall, kan det bli svårt att finna lämpliga generella regler. Det är således inte bara av rent systematiska skäl man har anledning att sträva efter något så när klara skiljelinjer processhindren emellan.

Som jag tidigare anmärkt innehåller inte RB någon uppräkningslista av de omständigheter som utgör rättegångshinder. Överhuvudtaget synes man i såväl svensk som utländsk rätt endast undantagsvis göra anspråk på fullständighet vid systematiseringen av omständigheter som skall leda till avvisning.<sup>4</sup> Detta förhållande ger upphov till gränsdragningsproblem inte bara mellan processhinder och materiella rättsfakta utan också inom processhindergruppen. Man kan tänka sig att det existerar "hålrum" mellan de olika processförutsättningarna i så måtto att en viss fråga, som anses vara formell, inte passar in under någon av de existerande rubrikerna. Men det är också möjligt att det finns ett så pass rikhaltigt sortiment av processförutsättningar att de rent av delvis täcker varandra till funktion eller tillämpningsområde. Olägenheterna härav är dock ej så stora, även om klassificeringen som nyss antytts kan få praktiska konsekvenser i vissa fall.<sup>5</sup>

Vill man undvika att det uppstår "hålrum" eller "overlapping" på ovan antytt sätt, kan man arbeta med en eller flera särskilda processförutsättningar med uppgift att fånga upp de fall, som ej passar in under de vanliga rubrikerna.<sup>6</sup> Detta tillvägagångssätt medför dock risk för att disparata fall samlas under samma rubrik, varvid det blir svårt att förorda en enhetlig reglering av ett sådant processhinder. Men samma olägenheter kan uppstå om man pressar in en förbisedd, eller av

<sup>2</sup> Jfr ovan s. 93.

<sup>3</sup> Se dock nedan i not 5 och s. 178 f.

<sup>4</sup> Jfr ovan s. 21 ff.

<sup>5</sup> Vad gäller expropriationsmål är det stundom svårt att avgöra om avvisning skett på grund av bristande talerätt eller till följd av domstolens bristande sakliga behörighet, se t. ex. NJA 1915 s. 504, 1936 s. 469, 1944 s. 232, 1946 s. 580, 1959 s. 666, 1964 s. 500 och 1968 s. 488 (varom Nyman s. 362 ff). Beträffande gemensamma frågeställningar vid taleräts- och forumfrågor se nedan s. 238.

<sup>6</sup> Jfr t. ex. Lüke i ZJP 1963 s. 21.

annan anledning svårsystematiserad, situation under någon av de redan "accepterade" processförutsättningarna.

Då jag i det följande koncentrerar framställningen till endast ett visst processhinder — nämligen *bristande talerätt* — kommer jag i viss utsträckning att beröra även de problem som antytts ovan. Huvudsyftet är dock även här att belysa svårigheterna att skilja emellan formell och materiell rätt. Talerätten utgör emellertid ett omfattande ämne som inte kan ges en uttömmande behandling inom ramen för en doktorsavhandling av rimligt omfång. Att presentera en fullständig bild av denna processförutsättning i förevarande sammanhang är således uteslutet. Här får jag nöja mig med att anlägga några allmänna aspekter på problemen. Jag hoppas dock att senare kunna återkomma med en framställning om sakägarbegreppet vid mål inför fastighetsdomstol, varvid diskussionen av de praktiska och systematiska problemen kan ges en mera konkret utformning än i föreliggande avhandling.<sup>6a</sup>

Hjerner har framhållit att distinktionen mellan att avvisa och ogilla en talan är av ringa betydelse, då talan ändå icke är av beskaffenhet att kunna bifallas. — Ja, vad gäller talerätten saknar distinktionen enligt Hjerner rent av praktisk betydelse och är även teoretiskt väl subtil för att riktigt intressera.<sup>7</sup> Som framgår av ämnesvalet för min avhandling är jag ej benägen att biträda denna åsikt. Till det idéhistoriska och systematiska intresse, som enligt min uppfattning är förenat med här diskuterade frågor, kommer de praktiska processuella konsekvenser jag berört i tidigare kapitel. Och även om parterna till äventyrs skulle vara ointresserade av hur en viss fråga handläggs och avgörs, är i vart fall domstolen tvungen att fatta ståndpunkt till här diskuterade spörsmål.<sup>8</sup>

Emellertid har jag i det föregående även kunnat konstatera att distinktionen mellan formell och materiell rätt saknar praktisk betydelse i några viktiga hänseenden, framför allt vad gäller avgörandets rättskraft.<sup>9</sup> Och om gränsdragningsproblemen på här aktuella område endast skulle ha karaktären av en formuleringsfråga, finns det ju anledning att de lege ferenda ifrågasätta talerättens existensberättigande som processförutsättning. Man bör nämligen enligt min uppfattning endast systematisera en omständighet som processhinder, då vägande skäl kan anföras härför.<sup>1</sup>

<sup>6a</sup> Se t. v. Lindblom: Talerätt i immissionsmål. Stencil Juridiska Institutionen i Uppsala 1973.

<sup>7</sup> Hjerner i festskrift till Nial s. 319 och 322, jfr även Welamson i SvJT 1969 s. 924 beträffande NJA 1966 s. 327.

<sup>8</sup> Jfr dock ovan s. 123 f i not 9 angående förvaltningsprocessen.

<sup>9</sup> Jfr ovan s. 165.

<sup>1</sup> Jfr Ekelöf: Civilprocessen II s. 24 och Welamson: Domvillobesvär s. 108.

## 2. Terminologi och avgränsningar

### A. Terminologi

Med *talerätt* menas i modern svensk processrätt *behörighet att vara part i en rättegång rörande den ifrågavarande saken*.<sup>2</sup> Bristande talerätt har till rättsföljd att käromålet avvisas ex officio (34: 1 st 2). Talerätt är alltså en tvingande processförutsättning.<sup>3</sup>

I RB finns inga allmänna bestämmelser om talerätt och följaktligen ej heller någon definition på vad som ryms under denna processförutsättning.<sup>4</sup> Bestämmelser om talerätt finns i stället insprängda i andra lagar,<sup>5</sup> varvid det emellertid ej alltid klart framgår om ifrågavarande bestämmelse är avsedd som en regel om talerätt i här avsedd bemärkelse eller om den har materiellrättslig karaktär.<sup>6</sup> Situationen kompliceras bl. a. av att en fast terminologi saknas på ifrågavarande område; sålunda användes — som jag strax skall återkomma till — här aktuella termer ej alltid i samma betydelse i civilrättslig och processrättslig litteratur, och även i rättspraxis<sup>7</sup> är språkbruket skiftande.

Egentligen borde en framställning om talerätt inledas med en redogörelse för bl. a. den pandekträttsliga termen *Klagerecht*, den abstrakta talerätten, som utvecklats av bl. a. Degenkolb, samt teorin om rättsskyddsanspråket som denna kommer till uttryck framför allt hos Wach och Hellwig. Termen talerätt användes nämligen tidigare, liksom det tyska begreppet *Klagerecht* och därmed beslätade uttryck, s. a. s. i en mera allmän och abstrakt betydelse än numera vanligen är

<sup>2</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 52, Hassler: Svensk Civilprocessrätt s. 92 och Welamson: Domvillobesvär s. 109 med i not 3 angiven litteratur, jfr även Söderlund s. 263 ff. Betr. termen talerätt som en brygga mellan civil- och processrätt se nedan s. 189 ff.

<sup>3</sup> PLB i SOU 1938: 44 s. 383 och Ekelöf i SvJT 1969 s. 693. — I vissa speciella sammanhang, som jag här ej kan gå närmare in på, kan det dock ej uteslutas att talerätt bör behandlas som en dispositiv processförutsättning, så t. ex. då ett ersättningsyrkande medgivits i expropriationsmål (jfr Heuman s. 196 not 75). Vad gäller saklegitimationen i förvaltningsrätten i detta hänseende, se Wennergren s. 118 och Westerberg: Förfarandet i förvaltningen s. 88.

<sup>4</sup> Jfr SOU 1964: 27 s. 182, citerat nedan s. 225. Den norska civilprocesslagen innehåller däremot ett par bestämmelser (§§ 417 och 427) som motsvarar några av de nedan i not 5 omnämnda familjerättsliga stadgandena.

<sup>5</sup> Sålunda brukar t. ex. GB 15: 2, vissa bestämmelser i 2 kap. PB, 13 § LAD, 138 § ABL och 22: 7 ÄB uppfattas som regler om talerätt, jfr betr. några av dessa lagrum Ekelöf: Rättegång II s. 48 ff och 70 ff samt nedan s. 203 ff.

<sup>6</sup> Jfr ovan s. 18.

<sup>7</sup> Jfr Welamson a. a. s. 109 i not 2.

fallet i svensk doktrin.<sup>8</sup> Denna debatt, som går tillbaka på den romerska rättens *actio*, avsåg således ej — eller endast indirekt — frågan om vilka som i ett konkret fall ägde behörighet att processa som parter i enlighet med den inledningsvis angivna definitionen. Hela den väldiga litteratur, som finns kring dessa allmänna frågor, är av stort ideologiskt intresse och har fortfarande viss betydelse även för de problem som jag skall diskutera i det följande. Av utrymmesskäl tvingas jag dock att i stort sett lämna detta frågekomplex åsido i förevarande sammanhang.<sup>9</sup> Sett ur snäv nationell synpunkt kan ett sådant förfaringssätt måhända även försvaras med att teorin om rättsskyddsanspråket s. a. s. motades i grind i Sverige<sup>1</sup> och aldrig tilläts spela samma dominerande roll som i t. ex. tysk doktrin.

Ytterligare en drastisk avgränsning tvingas jag företa i här förevarande sammanhang och den gäller talerättens förhållande till partsbegreppet. Som jag antydningssvis kommer att beröra i det följande arbetade man i tidigare processrätt med ett materiellt partsbegrepp i motsats till det processuella partsbegrepp som numera är allmänt vedertaget.<sup>2</sup> Den omvälvning talerätsdebatten genomgick i och med att Kallenberg presenterade sin nya uppfattning om saklegitimationens innebörd — något som jag skall ta upp närmare längre fram — står i visst samband med partsbegreppets nyssnämnda utveckling, men detta måste jag alltså i stort sett bortse från i det följande.

Som synonym till termen talerätt i dess inledningsvis angivna betydelse förekommer bl. a. uttrycket *saklegitimation*,<sup>3</sup> som dock tyvärr lider av ungefär samma terminologiska belastningar. En fördel med termen talerätt är att den är lätthanterlig och anknyter till det uttryckssätt som begagnas i registret till NJA.<sup>4</sup> Men eftersom termen

<sup>8</sup> Se t. ex. Kallenberg I s. 853 ff varom Olivecrona: Rätt och dom s. 352 ff, jfr Fehr s. 265 ff och 273 i not 27. Se även Larsson i festskrift till Olivecrona s. 413 i not 31. I finsk doktrin har Palme (s. 69 ff) begagnat termen talerätt i en liknande allmän betydelse.

<sup>9</sup> Detta kan ske desto hellre som ovannämnda allmänna frågeställning fortfarande ägnas stort utrymme framför allt i tysk doktrin, se t. ex. Simshäusers ovan s. 14 i not 8 angivna arbete. — Betr. vissa talerättsfall, se dock nedan s. 222 ff.

<sup>1</sup> Se t. ex. Olivecronas kraftiga avståndstagande i SvJT 1925 s. 177 ff. Jfr även ovan s. 87 i not 8 och nedan s. 179 f. — Betr. förhållandet mellan rättsskyddsanspråket och processrättsförhållandet se Olivecrona: Rätt och dom s. 381.

<sup>2</sup> Se härom Kallenberg I s. 501 ff. Jfr även Henckel: Parteilehre s. 13 och Diedrichsen i ZZP 1964 s. 413 och 420 ang. förhållandet mellan talerätten och partsbegreppet.

<sup>3</sup> Se Ekelöf: Civilprocessen I s. 142.

<sup>4</sup> Ibidem, jfr dock registret i NJA 1950 ang. rättsfallet NJA 1950 s. 570 och nedan i not 6.

saklegitimation är så pass vanligt förekommande i civilprocessrättslig doktrin, och den fortsatta framställningen i stor utsträckning anknyter till denna, skall jag här använda båda termerna sida vid sida som beteckning på samma sak. Av skäl som kommer att framgå senare<sup>5</sup> begagnar jag även uttrycket *processföringsrätt* som synonym till termerna saklegitimation och talerätt i här angiven betydelse.

Under termen talerätt systematiseras stundom även frågan om vilka som äger fullfölja talan i högre instans, eller m. a. o. *fullföljdsrätten*.<sup>6</sup> I de flesta fall sammanfaller naturligtvis denna fråga med frågan om vem som äger talerätt i här avsedd mening, men så är inte alltid fallet.<sup>7</sup> I fortsättningen bortser jag från fullföljdsrätten och avser således — då ej annat framgår av sammanhanget — med talerätt, saklegitimation och processföringsrätt behörigheten att i första instans vara part i en rättegång rörande den ifrågavarande saken.

Kan man då inte i stället definiera talerätt som frågan om vilka som är behöriga att *väcka* en talan av ifrågavarande slag? Nej, så synes ej vara fallet. Det är naturligtvis inte tillräckligt att parterna har talerätt då talan väcks. Vidare tillhör ju talerätten de processförutsättningar som bör prövas sist i de fall flera frågor om processhinder är aktuella i samma rättegång.<sup>8</sup> Och eftersom även handläggningen av frågor om processhinder utgör ett led i processen, kan tydligen också den som saknar talerätt anhängiggöra talan och processa som part i viss utsträckning.<sup>9</sup> Då Ekelöf skriver att talerätten gäller ”... *rättegång rörande den ifrågavarande saken*”<sup>1</sup> bör därför ”saken” anses beteckna ”frågan om kärandens yrkande skall bifallas eller ogillas”.<sup>2</sup> Frågor om processhinder äger nämligen ofta samband med det rättsförhållande som är rättegångens föremål, vilket medför att uttryck som t. ex. ”befogenheten att processa såsom part angående det materiella rättsförhållandet som utgör processföremål”<sup>3</sup> i viss mån är missvisande.

<sup>5</sup> Se nedan s. 175 ff.

<sup>6</sup> Så i registret till NJA där dock talerätt används i en synnerligen vidsträckt betydelse, jfr Söderlund s. 264. Se även SOU 1973: 22 s. 561 ff.

<sup>7</sup> Jfr å ena sidan åklagarens fullföljdsrätt i brottmål och å andra fullföljdsrätten vid nödvändig processgemenskap i tvistemål (Ekelöf: Rättegång II s. 167 ff).

<sup>8</sup> Se ovan s. 102 ff.

<sup>9</sup> I uppenbara fall kan dock avvísning ske enligt 42:4 st 2, varvid det inte blir tal om något nämnvärt processande.

<sup>1</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 52.

<sup>2</sup> Jfr Ekelöf: Grundbegrepp s. 64 f.

<sup>3</sup> Kallenberg (I s. 576) använder den sist citerade definitionen, jfr även Hassler: Svensk Civilprocessrätt s. 92: ”... angående ett visst rättsanspråk.” — (Se även Ekelöf: Interventionsgrunden s. 153 och Welamson a. a. s. 114.) — Att

Den behörighet varom här är fråga, talerätten som processförutsättning, måste föreligga på såväl käre- som svarandesidan.<sup>4</sup> Man talar om kärandens och svarandens talerätt eller om *aktiv* och *passiv* saklegitimation.<sup>5</sup> Denna distinktion synes dock mera sällan ha tillmätts någon avgörande betydelse<sup>6</sup> och så kommer ej heller att bli fallet i denna avhandling. Man skulle rent av kunna säga att det i båda fallen rör sig om en brist i kärandens talan; även fall av bristande passiv saklegitimation medför ju att käranden ej är behörig att utverka en dom i målet. Samtliga processhinder kan relateras till käranden på detta sätt.

Eftersom det kan vara en tillfällighet vilken partsställning subjekten i det omstämnda rättsförhållandet intar i processen, verkar det rimligare att anknyta distinktionen mellan aktiv och passiv saklegitimation till frågan om vem som är berättigad respektive förpliktad enligt det påstådda rättsförhållandet, oavsett vem som är käre- eller svarande i det enskilda fallet. Så synes ej ha skett i den processrättsliga litteraturen,<sup>7</sup> vilket möjligen kan bero på att skillnaden mellan de båda synsätten endast framkommer vid negativ fastställsetalan. Det är också tänkbart att det blir fråga om olika processhinder beroende på hur processen förs i detta hänseende. Antag t. ex. att A skulle få en viss fullgörelsetalan mot B avvisad på grund av bristande talerätt, om han dristade sig till att väcka en dylik talan. Han avstår därför från process, men då väcker i stället B en negativ fastställsetalan mot A om samma sak. Vissa uttalanden i litteraturen synes antyda att avvisning i så fall skall ske jml 13: 2; fastställsetalan har ej förts mot "rätt svarande".<sup>8</sup> Jag tvingas emellertid här i stort sett att bortse från de frågor som gränsen mellan talerätt och fastställsetalan ger upphov till.<sup>9</sup> Då termen aktiv respektive passiv saklegitimation någon gång kommer till användning i det följande avser jag därmed kär-

vissa författare begagnar ordet *befogenhet* i stället för *behörighet* torde ej bero på någon meningsmotsättning. I anslutning till fullmaktslärans terminologi synes dock termen behörighet vara att föredra i här aktuella sammanhang.

<sup>4</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 52.

<sup>5</sup> Se t. ex. Wrede s. 92 och Bruns s. 68.

<sup>6</sup> Se dock Grunsky: Prozessführungsbefugnis s. 54 ff, som bl. a. synes mena att domstolen ej har någon anledning att kontrollera svarandens talerätt eftersom det endast är käranden som har intresse därav. Jfr även Henckel: Parteilehre, t. ex. s. 105 f, där framställningen i viss utsträckning disponeras enligt ovan berörda distinktion.

<sup>7</sup> Jfr t. ex. ovan i not 4—5 omnämnda arbeten.

<sup>8</sup> Se Ekelöf: Rättegång II s. 52 not 54 och s. 105 samt nedan s. 179, jfr dock Welamson: Domvillobesvär s. 131 i not 50.

<sup>9</sup> För ett visst fall, se dock nedan s. 179 med not 6.

dens respektive svarandens talerätt oavsett deras ställning i det omstämnda rättsförhållandet.

I den civilrättsliga doktrinen används stundom uttrycken talerätt och saklegitimation i en annan betydelse än den här begagnade, nämligen för att beteckna frågan om *vem som kan göra gällande påföljderna i anledning av ett visst rättsförhållande*.<sup>1</sup> I detta sammanhang används alltså termerna ifråga för att beteckna spörsmålet om subjekten i ett rättsförhållande, oavsett vilken betydelse en brist i detta hänseende skulle få i en eventuell process. Den diskrepans som numera råder mellan civilrättslig och processrättslig terminologi i detta avseende är naturligtvis besvärande och kan lätt leda till missförstånd.<sup>2</sup> Det är också bl. a. mot bakgrund av denna dubbeltydighet man har att se den oklarhet som råder om vissa stadgandens processuella eller materiella natur, om det är fråga om talerätt i processuell eller materiell mening.<sup>3</sup>

Hur kan det då komma sig att vissa civilister bortser från den närmast totala enighet, som numera råder om innebörden av termerna talerätt och saklegitimation i processrättslig doktrin, och begagnar sig av uttryck som s. a. s. är upptagna på annat håll? En tänkbar förklaring härtil är att den traditionella civilrättsliga terminologin utformats med tanke på vissa rättsförhållanden, främst avtalsrättsliga sådana; subjekten i rättsförhållandet är då direkt utpekade och det blir naturligt att tala om den berättigade resp. förpliktade enligt avtalet ifråga, om borgenär och gäldenär etc. Här föreligger ej något behov av att "låna" de processrättsliga termerna. I utomkontraktuella förhållanden, kanske framför allt ifråga om underlåtenhetsförpliktelser<sup>4</sup>, passar däremot denna terminologi mindre väl. Uttryck som "underlåtenhetsförpliktad" och "underlåtenhetsberättigad" är inte bara språkligt otympliga; det kan vara svårt att avgränsa kretsen av dylika personer, då man ej har ett rättsförhållande av vanligt slag att utgå ifrån. Och då man inte har något avtal, som direkt anger vilka personer som är förpliktade respektive berättigade i en viss situation, kan det te sig naturligt att i stället härleda det civilrättsliga partsförhållandet ur en tänkt konfliktsituation, varvid det ligger nära till hands att använda den processrättsliga terminologin. Också i de fall, då frågan om vem som kan göra påföljder gällande ej sammanfaller med spörsmålet om

<sup>1</sup> Se t. ex. Grönfors i festskrift till Karlgren s. 81 i not 4 och Hjermer s. 319.

<sup>2</sup> Ett exempel härpå utgör användningen av termerna talerätt och saklegitimation i doktrin och förarbeten inom immissionsrätten, vilket diskuteras i det ovan s. 170 i not 6a angivna arbetet.

<sup>3</sup> Se t. ex. partsargumentationen i NJA 1966 s. 237.

<sup>4</sup> Jfr Ekelöf: Rätttegång II s. 50, se även nedan s. 209 not 1 beträffande 22: 7 ÄB.

till vem prestation kan ske med befriande verkan<sup>5</sup> — som t. ex. vid tredjemansavtal — föreligger behov av andra termer än de vanliga. Användningen av dessa kan sedan ha spritt sig till andra delar av civilrätten.

Emellertid har processualisten ingen anledning att känna sig förfördelad av civilistens språkbruk i detta hänseende. I äldre processrätt begagnade man sig nämligen av materiella parts- och saklegitimationsbegrepp,<sup>6</sup> varvid det ej förelåg någon diskrepans mellan civilisters och processualisters användning av ifrågavarande uttryck. Och eftersom det var processualisterna som avvek från termernas ursprungliga innebörd, borde det i första hand ha åvilat dem att införa en ny terminologi på det här aktuella området. Särskilt förefaller det ha funnits skäl härtill, eftersom Kallenberg — som lanserade den nya processuella uppfattningen om saklegitimationens<sup>7</sup> innebörd i svensk rätt — ansåg det vara av stor vikt att hålla de två olika betydelserna åtskilda.<sup>8</sup> Att Kallenberg ej samtidigt presenterade en ny term torde bl. a. ha berott på att han hämtat sin uppfattning från tysk doktrin, där man till en början använde ordet Sachlegitimation för båda de förhållanden varom här är fråga.<sup>9</sup> Så småningom har emellertid detta förvillande språkbruk nästan försvunnit och numera begagnas i allmänhet termer som "Prozessführungsbefugnis", "Prozessführungsrecht" etc. på vad som än idag betecknas som talerätt och saklegitimation i svensk processrättslig litteratur.<sup>1</sup> Vad som skett är alltså att man importerat

<sup>5</sup> Jfr Rodhe s. 606 ff.

<sup>6</sup> Se ovan s. 172 och nedan s. 181 ff.

<sup>7</sup> Som antytts tidigare använde Kallenberg däremot ej termen talerätt som synonym till saklegitimation i någon av dess här angivna betydelser utan framför allt i anslutning till debatten kring kärandens rättsskyddsanspråk, medan ordet talerätt samtidigt begagnades i sin ovan angivna civilrättsliga betydelse inom den civilrättsliga doktrinen. Sin moderna processuella betydelse fick uttrycket talerätt genom användningen i praxis, där dock innebörden var och är vidare än den definition Ekelöf ger termen ifråga (se Interventionsgrunden s. 154 och Civilprocessen I s. 142 samt ovan s. 172 f).

<sup>8</sup> Se härom nedan s. 188 f.

<sup>9</sup> Betr. tysk doktrin, se Henckel: Parteilehre s. 37 ff.

<sup>1</sup> Se Henckel a. st. samt t. ex. Rosenberg s. 198, Baumbach—Lauterbach s. 104 och Pohle s. 168. I Finland används termen saklegitimation (se t. ex. Tirkkonen s. 82 f). Palmgren (Konkursföresättningsarna s. 38 ff) har kritiserat rådande terminologi och föreslagit termen partslegitimation, som dock i sin tur kritiserats av Ekelöf (Rättegång II s. 52 i not 57). I Norge är närmast motsvarande term søksmålskompetense (se t. ex. Skeie I s. Eckhoff: Sivilprosess s. 29 och Rettskraft s. 345 i not 15), jfr dock Augdahl s. 177 f som använder termen saksøkerkompetense. Även i Danmark används begreppet søgsmålskompetense (se t. ex. Hurwitz s. 68), medan det i Frankrike närmast är termerna intérêt och qualité som kommer till användning i här aktuella sammanhang. — Den

ett tyskt terminologiskt problem utan att sedermera tillgodogöra sig tyskarnas lösning på detsamma. Detta är särskilt beklagligt eftersom ifrågavarande dubbeltydighet har mera vittgående praktiska konsekvenser i svensk än i tysk rätt.<sup>2</sup>

På grund av den tvetydighet, som vidlåder de här diskuterade termerna, finns det anledning att erinra om termen processföringsrätt, som används även i svensk doktrin, ehuru endast mera sporadiskt och i förbigående.<sup>3</sup> I en framställning av förevarande typ går det visserligen ej att helt lämna den äldre terminologin åsido, tvärt om kommer jag i huvudsak att använda mig av den eftersom den följande diskussionen i huvudsak anknuter till tidigare framställningar på området. Men jag kommer stundom även att begagna termen *processföringsrätt*<sup>4</sup> som synonym till termerna talerätt och saklegitimation i den betydelse dessa har i modern processrättslig doktrin.

### B. Preliminära avgränsningar

Den inledningsvis angivna definitionen på vad som menas med talerätt — dvs. behörighet att vara part i en rättegång rörande den ifrågavarande saken — säger inte mycket om vilka slags frågor som hör hemma under denna processförutsättning. Och mycket klokare blir man inte av definitioner som att saklegitimation gäller frågan om vilka som är "rätta parter" eller att "bristande saklegitimation betecknar . . . att talan på grund av partsställningen skall avvisas ex officio".<sup>5</sup> Brister i partsställningen kan — om uttrycket tas i vidsträckt bemärkelse — både resultera i avvisning på grund av andra processhinder och leda till att kärandens talan ogillas.

tyska termen Klag(e)recht och den franska droit d'action avser däremot ej — eller endast delvis — de frågor som behandlas i det följande, jfr Ekelöf: Rättegång II s. 48 i not 30 a, se även Henckel a. a. s. 38 f och Bruns s. 72 och 76.

<sup>2</sup> Jfr ovan s. 110 ff.

<sup>3</sup> Se t. ex. Kallenberg I s. 580 i not 7, Ekelöf: Interventionsgrunden s. 155 samt Larsson: Partshandlingar s. 128 och 133.

<sup>4</sup> Mot termen processföringsrätt kan anmärkas att den lätt kan förväxlas med processbehörighet, att den är otymplig språkligt sett, samt att den är inadekvat i så måtto att även den som saknar processföringsrätt äger rätt att föra process som part i viss utsträckning (jfr ovan s. 173). Härtill kan sägas att det i vart fall föreligger större risk för misstag med den gamla terminologin och att den sistnämnda inadekvansen även gäller termen processförutsättning. Som ett argument för den här föreslagna (eller återupplivade) termen kan också anföras, att dess tyska motsvarighet tycks fungera väl.

<sup>5</sup> Se Welamson: Domvillobesvär s. 111.

*Ba. Avgränsning på den formella sidan*

På den processuella sidan gränsar talerätten mot en rad andra processförutsättningar. Språkligt sett ligger väl frågan om *partsbehörighet* närmast, men i motsats till denna fråga sammanhänger talerätten ej med rättssubjektiviteten.<sup>6</sup> Vidare kan partsbehörigheten — som ju är av praktisk betydelse endast vad gäller samfälligheter — bedömas oberoende av vilka yrkanden som framställs i målet, medan sistnämnda förhållande däremot är av avgörande betydelse för talerätten.<sup>7</sup> I allmänhet torde det ej bereda några svårigheter att skilja mellan talerätt och partsbehörighet.<sup>8</sup> Medan man måste vara partsbehörig för att kunna äga talerätt, behöver man ej äga talerätt för att vara partsbehörig.

Vad gäller skillnaden mellan *processbehörighet* och talerätt har det träffande sagts att bristande processbehörighet i motsats till bristande talerätt kan avhjälpas genom att en ställföreträdare utför partens talan.<sup>9</sup> Men dessa båda processhinder kommer stundom ganska nära varandra och båda kan användas i syfte att bringa ett rättssubjekts processuella dispositionsmöjligheter i samklang med hans civilrättsliga förfoganderätt, så t. ex. vad gäller konkursgäldenärens processuella ställning. I svensk rätt förlorar konkursgäldenären i vissa avseenden sin talerätt vid konkursutbrottet och eventuella processer förs med konkursboet som part.<sup>1</sup> Ifrågavarande processuella inskränkningar i konkursgäldenärens rättsställning skulle också kunna åstadkommas genom att gäldenären antogs förlora sin processbehörighet i dessa hänseenden, varvid konkursförvaltningen fick processa som ställföreträdare för gäldenären med denne som part.<sup>2</sup>

Som jag nämnt tidigare kan det även uppstå situationer, då det är svårt att säga om en talan avvisats på grund av bristande talerätt eller på grund av domstolens bristande *sakliga kompetens*.<sup>3</sup> Ibland fyller talerättsprövningen f. ö. också en forumliknande funktion. LAD

<sup>6</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 52.

<sup>7</sup> Se nedan s. 196.

<sup>8</sup> Jfr däremot begreppet formell partsbehörighet som tycks kunna vålla svårighet härvidlag, se Welamson i SvJT 1964 s. 406 och Ekelöf: Rättegång II s. 43 i not 7, se även Söderlund s. 290 ff.

<sup>9</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 52.

<sup>1</sup> Se Söderlund a. st., Ekelöf: Rättegång II s. 71 och Welamson: Domvillobesvär s. 115 ff samt nedan s. 215 f.

<sup>2</sup> Beträffande tysk rätt se Bötticher i ZZP 1964 s. 55 ff.

<sup>3</sup> Se ovan s. 169 i not 5, jfr även Ekelöf: Rättegång II s. 51 f och följande uttalande av Hjerner: "Den andra huvudfrågan i målet, som gäller partsställningen och talerätten eller saklegitimationen samt allmän domstols behörighet ..." (Hjerner s. 311). Betr. expropriationsmål se även nedan s. 190 och 223.

§ 13 utgör ett exempel på en talerätsregel med denna uppgift. Angående detta stadgande framhöll departementschefen att bestämmelsen avser att hindra att medlem "... föranleder en sakligt ogrundad dom med prejudicerande verkan till organisationens nackdel".<sup>4</sup> Men då departementschefen kommenterar forumregeln i 11 § LAD framkommer att talerätsprövningen enligt 13 § också har ett annat syfte. AD:s kapacitet skall utnyttjas blott i de fall detta är motiverat, understryker han, och med forumregelns hjälp kan man blott komma en bit på vägen; "... den bästa garantien för att arbetsdomstolen icke skall överbelastas torde man finna i en ytterligare begränsning av rätten för enskild medlem av organisationen att väcka talan vid arbetsdomstolen".<sup>5</sup>

Även frågan om förutsättningarna för *fastställsetalan* kan vara svår att skilja från talerätten. Antag att A har en fordran mot B som i sin tur har en fordran mot C. Som jag snart skall återkomma till, skall enligt Ekelöf avvisning ske på grund av bristande talerätt om A väcker *fullgörelsetalan* mot C med yrkande att denne skall betala sin skuld till B, medan Ekelöf — åtminstone i en tidigare upplaga av sitt arbete — gjort gällande att avvisning skall ske på grund av bristande fastställseintresse om A väcker en *fastställsetalan* mot C angående fordringen ifråga.<sup>6</sup>

I utländsk processrätt, t. ex. i Danmark och Norge, systematiseras stundom såväl förutsättningarna för fastställsetalan som regler om processföringsrätt under ett allmänt krav på "*rättsligt intresse*", en lokution som även används i andra processuella sammanhang, t. ex. vid intervention.<sup>7</sup> I tysk doktrin motsvaras denna debatt av frågan om käranden äger "*Rechtsschutzbedürfnis*"; vissa "*Rechtsschutzvorausset-*

<sup>4</sup> Se dep.chefen i prop 39/1928 s. 192 och Ekelöf: Rättegång II s. 72.

<sup>5</sup> Dep.chefen i prop 39/1928 s. 180.

<sup>6</sup> Jfr ovan s. 174 och Ekelöf: Rättegång II s. 70 f och 2 uppl. av a. a. s. 122, se vidare nedan s. 196 ff. Även vid förbudstalan kan här aktuella gränsdragningsproblem komma till synes. Anser man som Ekelöf (Rättegång II s. 108) att förutsättningarna för förbudstalan alltid bör bedömas enligt 13:2 (jfr där emot Larsson i festskrift för Ekelöf s. 466 f) torde det således ej föreligga något behov av särskilda talerätsregler på detta område. Anser man däremot att 13:2 ej äger tillämpning vid dylik talan uppstår frågan om det bör ske en motsvarande begränsning av talerätten.

<sup>7</sup> Se t. ex. Hurwitz s. 298 ff och Augdahl (s. 178), som betraktar "søksmålskompetense" som en självständig processförutsättning endast i undantagsfall, jfr även Eckhoff: Rettskraft s. 345 i not 15 och Alten i festskrift till Würtemberg s. 4 ff. Beträffande frågan om rättsligt intresse kan även hänvisas till Knoph i TfR 1922 s. 219 ff.

zungen" måste föreligga för att talan skall kunna bifallas.<sup>8</sup> I Sverige har vi i stort sett<sup>9</sup> förskonats från resonemang av detta slag.<sup>1</sup> Att fastställa innebörden av dessa vaga uttryckssätt vållar sådana svårigheter och är förenat med så uppenbara risker för cirkelresonemang, att jag avstår från att begagna dessa konstruktioner för svensk rätts vidkommande.<sup>1a</sup>

I samband med diskussionen om romersk rätt nämnde jag att "denegatio" — dvs. pretorns beslut att vägra fortsatt rättegång — kunde grunda sig på att det ej fanns någon "actio" som svarade mot kärandens anspråk och pretorn ej heller ansåg skäl föreligga att till skapa en ny sådan.<sup>2</sup> Motsvarande brist kunde uppstå även i andra "processstypsystem", som t. ex. i den medeltida engelska writprocessen, medan däremot modern tysk och nordisk rätt utgår s. a. s. från motsatt håll och antar att alla anspråk kan prövas om det ej föreligger något processhinder.<sup>3</sup> För den händelse käranden framställer ett "processfrämmande" yrkande, måste således avvisningen antingen relateras till en existerande processförutsättning eller ett helt nytt processhinder instiftas. I utländsk rätt synes kravet på rättsligt intresse i dess olika terminologiska varianter stundom utnyttjas i denna situation.<sup>4</sup> I svensk rätt har domstolen ej denna möjlighet utan avvisning torde i sådana — säkerligen sällsynta — situationer ske med hänvisning till något existerande processhinder, varvid domstolens bristande sakliga behörighet och avsaknad av talerätt framstår som tänkbara avvisningsgrunder. Men huvudprincipen torde vara att ogillande sker i sådana fall.<sup>5</sup>

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 101. Dessa förutsättningar hör hemma på ömse sidor om gränsen mellan formell och materiell rätt, se t. ex. i anslutning till frågan om talerätt Henckel: Parteilehre s. 193 och Bruns s. 200 ff.

<sup>9</sup> Jfr dock det nedan s. 225 återgivna citatet ur SOU 1964: 27.

<sup>1</sup> Detta kan bl. a. ses som en följd av att läran om rättsskyddsanspråket aldrig vann ankläng i Sverige, se ovan s. 87 not 8 och jfr vidare Kallenberg I s. 865 ff i not 17.

<sup>1a</sup> Jfr nedan s. 224 f. — Här kan inflikas att dylika uttryck däremot förekommer i samband med diskussion om saklegitimationen i den förvaltningsrättsliga litteraturen, se t. ex. Wennergren s. 112 ("ett av rättsordningen erkänt intresse i saken"); jfr däremot Westerberg (Förfarandet i förvaltningen s. 12) som anser att det i allmänhet framgår av "syftet med reglerna på området" vem som är saklegitimerad. Jfr även SOU 1973: 22 s. 561 ff.

<sup>2</sup> Se ovan s. 46 f.

<sup>3</sup> Jfr Karlgren i SvJT 1967 s. 518 och Hjerner s. 321 vid not 51.

<sup>4</sup> Betr. tysk rätt se t. ex. Lüke: Prozessführungsbefugnis s. 20 ff, Stech i ZZP 1964 s. 161 ff och Simshäuser s. 22 ff och 122 ff.

<sup>5</sup> Jfr nedan s. 222 ff.

*Bb. Avgränsning mot den materiella sidan*

Då det gäller att skilja frågor om bristande talerätt från målets materiella sida, dvs. från sådana brister i partsställningen, som skall medföra att käromålet *ogillas*, föreligger minst lika stora svårigheter som vid avgränsningarna mellan olika slags processhinder. Och eftersom de praktiska konsekvenserna här är av betydligt större vikt, skall jag i fortsättningen främst inrikta mig på denna fråga.

Antag att A stämmer B med yrkande om betalning på grund av en försträckning. Vid förberedelsen i målet visar det sig att A före processen överlåtit fordringen till C, som alltså egentligen är "rätt part" i målet mot B. Denna brist i partsställningen skall enligt allmän uppfattning ej leda till att A:s talan avvisas.<sup>6</sup> Cessionen betraktas som ett materiellt rättsfaktum och konstituerar ej processhinder. Frågan är alltså underkastad 17: 3, målet kan ej avgöras utan huvudförhandling, avgörandet sker genom dom, överklagande genom vad etc.<sup>7</sup>

Spörsmålet om A är berättigad gentemot B kan också betecknas som en fråga, om han är subjekt i det omstämda *rättsförhållandet*, eller om den *omtvistade rättighetens subjektiva sida*, som man också uttrycker det.<sup>8</sup> Och intressant är att termen saklegitimation tidigare använts även — eller kanske framför allt — just i denna betydelse, ett språkbruk som enligt vad jag nämnt tidigare fortfarande äger aktualitet i civilrättslig litteratur.<sup>9</sup> Låt mig till en början stanna vid hur man såg på dessa frågor i äldre svensk rätt.

### 3. De äldre uppfattningarna

#### A. Före Bülow

Som jag berört i avhandlingens första del skilde man tidigare ej mellan formella och materiella frågor på det sätt som numera är fallet.<sup>1</sup> Mot bakgrund härav är det tämligen meningslöst att ställa frågan om Nehrman och Schrevelius betraktat brister i partsställningen som formella eller materiella,<sup>2</sup> vilket inte hindrar att det har sitt intresse att se hur dessa författare behandlat det slags frågor vi här sysslar med. Nehrman skriver t. ex. att det bör framgå av stämningen vem som begärt

<sup>6</sup> Se Ekelöf: Rättegång II s. 49.

<sup>7</sup> Se vidare ovan s. 92 ff.

<sup>8</sup> Se t. ex. Ekelöf: Interventionsgrunden s. 153.

<sup>9</sup> Se ovan s. 175.

<sup>1</sup> Se ovan s. 73 ff.

<sup>2</sup> Jfr dock Wrede (s. 94 med not 6) som anser att det framgår av landskapslagarna att saklegitimationen var en formell fråga i tidig svensk rätt.

denna så att "... then stemde må kunna eftersinna, om kåranden är rätt målsågande, så att han bör inlåta sig med honom"; om så ej är fallet kan han framställa "exceptionem legitimationis".<sup>3</sup> Att Nehrman väljer uttrycket "inlåta sig med honom" bör nog ej uppfattas som ett påstående om att bristen ifråga var formell utan bör i stället sättas i samband med att frågan kunde göras till föremål för särskilt avgörande, varigenom svaranden kunde befrias från att gå i svaromål beträffande målet i övrigt. Som tidigare berörts torde nämligen vid denna tid möjligheten till särskilt avgörande ej ha varit avhängig av distinktionen mellan formell och materiell rätt.<sup>4</sup>

Schrevelius behandlar under rubriken Legitimation till saken det fallet att någon uppträder som part i en sak "hvari han varken är rätt målsågande eller annars enligt Lag berättigad att föra talan", varvid följden blir "att icke allenast hela Processen och den deri gifna dom blir med hänseende till den rätt målsåganden en pur nullitet ... utan den som sålunda tager sig talan i en sak, hvori han icke är dertill lagligen berättigad, gör sig äfven skyldig till straff ...".<sup>5</sup> Och på ett annat ställe nämner Schrevelius att om kåranden icke är rätt målsågande kan detta ge upphov till "exceptio tua nil interest".<sup>6</sup> Liksom Nehrman synes Schrevelius uppfatta här aktuella invändningar som dilatoriska.<sup>7</sup>

Är det då frågan om parterna är subjekt i det omstämnda rättsförhållandet, som avses i de ovan citerade uttalandena? Detta skulle ha till följd att frågan om straffpåföljd enligt 15: 16 ÄRB skulle bli aktuell i ett stort antal fall. Nej, bestämmelsen i 15: 16 och Schrevelius uttalande torde främst ta sikte på ett närmast chikanöst processande, en fråga som även aktualiserats i talerättsdiskussionen under senare år.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Nehrman s. 141 f och 190, jfr Heintzmann s. 3 f betr. tysk rätt vid tiden för Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten vom 6.7.1793.

<sup>4</sup> Se ovan s. 77 ff, se även Wrede (s. 94), som anser att ÄRB gav möjlighet till särskilt avgörande även betr. formella frågor, jfr däremot Kallenberg I s. 584.

<sup>5</sup> Schrevelius s. 172.

<sup>6</sup> A. a. s. 199.

<sup>7</sup> Nehrman s. 190 och Schrevelius s. 198. Det framstår som förvånande att invändningen betecknas som dilatorisk men förklaringen är sannolikt att man ej begränsade synfältet till den aktuella partsställningen. Ifrågavarande brist var dilatorisk (reparabel) ur svarandens synpunkt, avgörandet skyddade honom ej mot ny talan av "rätter målsågande". För kåranden däremot torde bristen ha framträtt som peremptorisk, även om det väl i vissa fall var tänkbart att kåranden genom förvärv av ifrågavarande anspråk kunde skaffa sig möjlighet att väcka ny talan om samma sak. En systematik som innebär att en invändning är dilatorisk mot en part och peremptorisk mot en annan förefaller dock knappast rekommendabel, jfr ovan s. 131, jfr dock även s. 162 not 7 och nedan s. 249 f.

<sup>8</sup> Se nedan s. 226.

15: 16 ÄRB får sina rätta proportioner om den ses mot bakgrund av Nehrman's uttalande att det "... är wäl lofgifwit, at anställa sitt käromål emot hvem man behagar; när man wisst wet sig hafwa något at fordra av then samma ...".<sup>9</sup>

För ett särskilt fall av brister i partsställningen, nämligen vid invändning enligt ÄRB 16: 3 att "flere hafwa i saken del", rådde som tidigare angivits speciella regler beträffande möjligheten att överklaga etc.<sup>1</sup> Denna invändning ("exceptio plurium citandorum"), som avsåg den passiva saklegitimationen, har uppfattats på olika sätt i senare doktrin; enligt vad Kallenberg så småningom kom fram till avsåg den det fallet att "käranden efter stämning å A ensam yrkat, att det skall åläggas A jämte B och C att fullgöra en förpliktelse", således en saklegitimationsfråga även i modern bemärkelse.<sup>2</sup> Jag har dock svårt att tro att lagens upphovsmän avsåg enbart extrema fall av denna typ med bestämmelsen i 16: 3 ÄRB.<sup>3</sup> Vad man åsyftade var nog t. ex. en talan mot A om *enbart dennes* förpliktelse, då A, B och C var gemensamt förpliktade att göra någonting.

Var 16: 3 ÄRB uttryck för en allmän regel av innebörd att invändningar om partsställningen skulle handläggas på ett från övriga invändningar avvikande sätt? Ja, i så måtto synes detta ha varit fallet att motsvarande invändning beträffande den aktiva saklegitimationen — dvs. att flera var gemensamt berättigade på kärandesidan — antas ha haft motsvarande processhindrande verkan,<sup>4</sup> men någon generell regel av innebörd att alla invändningar om partsställningen skulle handläggas på samma sätt var 16: 3 ej uttryck för.<sup>5</sup>

Att vissa frågor om partsställningen kunde göras till föremål för särskilt avgörande och hade en processhindrande verkan, betyder ej att man betraktade dem som formella. Ingendera av nyssnämnda rättsföljder ägde något nödvändigt samband med distinktionen mellan formell och materiell rätt.<sup>6</sup> Men anser man, som t. ex. Kallenberg, att

<sup>9</sup> Nehrman s. 126. Betr. 15: 16 ÄRB se även Kallenberg: Föreläsningar 1 s. 74 i not 1 och densamme i Svensk Civilprocessrätt I s. 585 f med not 15, jfr dock Wrede s. 94.

<sup>1</sup> Se ovan s. 77 ff.

<sup>2</sup> Kallenberg I s. 588 f med not 17, jfr även a. a. s. 579 f och nedan s. 186 ff.

<sup>3</sup> Mot ett sådant antagande talar Schrevelius påstående (s. 82 f), att domaren var skyldig att på egen hand efterforska om det förelåg grund för invändning enligt 16: 3 ÄRB; med den av Kallenberg angivna innebörden kan ju frågan bedömas redan utifrån yrkandena i målet.

<sup>4</sup> Wrede s. 99 f.

<sup>5</sup> Schrevelius håller uttryckligen isär den i 16: 3 avsedda frågan och övriga legitimationsfrågor, se s. 199 och 203 f, jfr även Nehrman s. 196.

<sup>6</sup> Jfr Wrede s. 94 betr. möjligheten till särskilt avgörande och ovan s. 77 beträffande processhindrande invändningar.

16 kap. ÄRB endast ägde tillämpning på formella frågor, blir ju 16: 3 ett belägg för att åtminstone vissa saklegitimationsfrågor betraktades som formella i äldre svensk processrätt. Som jag påpekat tidigare är det emellertid tivelaktigt om tillämpningsområdet för 16 kap. ÄRB var begränsat på detta sätt innan Bülow's uppfattning vunnit insteg i doktrinen.<sup>7</sup>

### B. Efter Bülow

Broomé är den förste som fattat bestämd ståndpunkt till här diskuterade spörsmål. Frågan om vem som är "rätt kärande" rör enligt Broomé rättsförhållandets subjektiva sida — det framgår bl. a. av hans intressanta exemplifiering — och brister härutinnan betraktar Broomé *de lege lata* som ett "formalitetsspörsmål", dvs. "käranden skall formaliter afvisas, utan att svaranden frikännes".<sup>8</sup> Samtidigt framhåller Broomé emellertid att *de lege ferenda* borde denna fråga betraktas som ett "realitetsspörsmål . . . så att domen, ifall t. ex. en kärande såsom icke behörig förlorar sin talan mot den instämde svaranden, blifver en frikännelsedom för svaranden med afseende på det instämde målet".<sup>9</sup>

Då Wrede och Kallenberg senare med emfas går till angrepp på vad de uppfattar som "den äldre uppfattningen", nämligen att saklegitimationen är en formell fråga, sker det under påpekande att Broomé ej anfört några övertygande belägg för sin uppfattning om gällande rätt.<sup>1</sup> Att denne *de lege ferenda* visat sympati för den motsatta uppfattningen nämns däremot ej. Den svenska debatten i denna del framstår som en svag motsvarighet till den strömkantring Bethmann-Hollweg åstadkom ett halvsekel tidigare i den tyska doktrinen.<sup>2</sup> Han angrep uppfattningen att man skulle skilja mellan de fakta, som utgjorde grunden för anspråket "in abstrakto", dvs. rättsförhållandets objektiva sida, och de som hade avseende på rättslägets subjektiva sida — legitimationspunkten — och pröva de förra endast om de senare var för handen.<sup>3</sup> Att Broomé — som Kallenberg och Wrede tycks anse — skulle ha

<sup>7</sup> Se ovan s. 78 f.

<sup>8</sup> Broomé s. 63 ff.

<sup>9</sup> A. a. s. 69 f.

<sup>1</sup> Se härom Wrede s. 95 not 1 och Kallenberg: Föreläsningar 1, s. 73 i not 1. Broomé vidhåller emellertid sin uppfattning *de lege lata* i andra upplagan av sitt arbete, utkommen 1890, dvs. sex år efter publiceringen av Wredes arbete, se Broomé, 2 uppl. s. 72.

<sup>2</sup> Jfr härom Wrede s. 92.

<sup>3</sup> Kallenberg I s. 581 f i not 7.

omfattat denna åsikt, tror jag dock inte är riktigt. Detsamma gäller uppfattningen att frågan om subjektställningen ända sedan landskapslagarnas tid varit en formell förutsättning för prövning av målets övriga delar i svensk rätt.<sup>4</sup> Wrede och Kallenberg torde ha över-skattat omfattningen av den tidsperiod under vilken här behandlade frågor möjligen betraktats som formella. I tidigare rätt hade man ej anledning att ta ställning till hur saklegitimationen skulle klassificeras i detta hänseende.<sup>5</sup> Och då skillnaden mellan formell och materiell rätt väl blev av praktisk betydelse — främst genom Wredes arbete — fanns det enligt vad denne själv ansåg ej längre tillräckliga belägg för att de lege lata betrakta saklegitimationen som en formell fråga.<sup>6</sup>

Wredes uppfattning bygger uttryckligen på Bethmann-Hollwegs påpekande om det vanskliga i att skilja mellan ett rättsförhållandes objektiva och subjektiva sida:

”Ty . . . saklegitimationen eller frågan hvem som är aktivt eller passivt subjekt för en rättighet, (kan) icke utan den största godtycklighet skiljas från frågan om denna rättighets existens öfver hufvud. Saknas legitimatio-nen, så innebär detta antingen att den ifråga varande rättigheten ej tillkommer käranden eller att förpligtelsen icke åligger svaranden, och i hvart-dera fallet att det påstådda rättsförhållandet icke existerar.”<sup>7</sup>

Wrede betraktar alltså saklegitimationen som en materiell fråga, varvid han med sin uppfattning om tillämpningsområdet för 16 kap. ÄRB dock måste göra undantag för det i 16: 3 ÄRB behandlade fallet. Och i valet mellan att betrakta denna invändning som absolut eller dispositiv förordar Wrede det förstnämnda alternativet under åbe-ropande av att tredje man skulle lida förfång om invändningen inte beaktades.<sup>8</sup>

För Kallenberg var det däremot — i hans 1902 utgivna föreläsningar — möjligt att fullt ut tillämpa det materiellrättsliga saklegiti-mationsbegreppet; bestämmelsen i 16: 3 ÄRB hade ju upphört att gälla genom 1901 års lag om invändningar. Vid denna tid ansåg Kal-lenberg sålunda att bristande saklegitimation alltid skulle leda till ogil-

<sup>4</sup> Wrede s. 94. Kallenberg anser (Föreläsningar 1 s. 74 i not 1) rent av att sak-legitimationen enligt äldre uppfattning var en ”processförutsättning”!

<sup>5</sup> Jfr ovan s. 73 ff.

<sup>6</sup> Se Wredes ifrågasättande av Broomés uppfattning (s. 95 med not 7).

<sup>7</sup> Wrede s. 92.

<sup>8</sup> Wrede s. 98 f, se även Schrevelius (s. 82 f) som anser att domaren bör undersöka att ej flera parter bör instämmas eftersom det annars lätt kan hän-da att domen rör en person, som ej är i saken hörd, varigenom hela pro-cessen blir en nullitet (25: 21 ÄRB).

lande och aldrig till avvisning, så även i det tidigare i 16: 3 ÄRB reglerade fallet.<sup>9</sup>

Även Kallenberg gör gällande att frågan, huruvida den som uppträder som part är subjekt i det omstämda rättsförhållandet, i allmänhet ej går att skilja från frågan om rättighetens existens.<sup>1</sup> Som han påpekar förekommer det emellertid att de moment, som saklegitimationen anknyter till, kan prövas oberoende av de faktiska betingelserna för rättighetens uppkomst. I dessa fall kunde det vara frestande att se saklegitimationen som ett formellt spørsmål, eftersom dylika frågor kan göras till föremål för särskilt avgörande, medan det däremot icke var tillåtet att "stycka realitetsbehandlingen".<sup>2</sup> Kallenberg motstod dock denna "frestelse".

Att praktiska hänsyn fått vara avgörande vid klassificeringen av legitimationspunkten i äldre svensk<sup>3</sup> rätt framstår idag som fullt naturligt. Kallenberg lät sig däremot ej påverkas av sådana synpunkter<sup>3a</sup> utan valde att utan undantag betrakta legitimationspunkten som en materiell fråga. Och ej heller åberopar Kallenberg några rationella argument då han senare ger termen saklegitimation en ny innebörd. Hans nya uppfattning bygger som vi strax skall se på helt andra slags överväganden.

#### 4. Kallenberg's omvändelse och den nya uppfattningen

Under tiden kring sekelskiftet fram till och med Kallenberg's första uttalande ansågs således frågan om rättsförhållandets subjektiva sida vara materiell, eller m. a. o. en del av saken. Som jag snart skall återkomma till är detta i huvudsak fortfarande fallet; den nya uppfattning Kallenberg presenterade i Rättsmedlen<sup>4</sup> innebar ej ett nytt

<sup>9</sup> Kallenberg: Föreläsningar 1, s. 70 ff. Jfr däremot Kallenberg I s. 587 ff och Trygger s. 38 med not 1, som anser att invändning om flera parter's hörande skulle leda till avvisning även efter lagändringen.

<sup>1</sup> Se Kallenberg: Föreläsningar 1 s. 75.

<sup>2</sup> A. a. s. 77 och Kallenberg I s. 583 f.

<sup>3</sup> Så möjligen även i tysk rätt, jfr Kallenberg I s. 584 med not 11. — Enligt Wrede (s. 94) synes däremot en uppdelning ha varit möjlig även beträffande själva saken, varvid ovannämnda argument för den processuella klassificeringen bortfaller.

<sup>3a</sup> Jfr även Wredes ovan s. 82 återgivna uttalande betr. Broomé.

<sup>4</sup> Kallenberg: Rättsmedlen (1915) s. 175 ff i not 25 och i huvudsaklig överensstämmelse därmed, Svensk Civilprocessrätt I s. 576 ff, jfr även sist a. a. s. 504 med not 6.

synsätt i detta hänseende. Det nya bestod i att termen saklegitimation — och senare i anslutning därtill även termen talerätt — ej längre användes för att beteckna frågan om subjektställningen i det materiella rättsförhållandet. I stället definieras alltsedan Kallenberg's omvändelse dessa termer på det inledningsvis berörda sättet, saklegitimationen gäller "befogenheten att processa såsom part angående det materiella rättsförhållande, som utgör processföremål", en fråga som "begreppsligt" borde hållas strängt skild från "frågan om subjekten i det omprocessade materiella rättsförhållandet".<sup>5</sup> Sistnämnda fråga fortsatte Kallenberg — och i stort sett alla efter honom — att betrakta som materiell. Kallenberg's nya uppfattning innebar alltså ej någon egentlig åsiktsförändring annat än terminologiskt sett; termen saklegitimation flyttades över till att avse en helt annan fråga än tidigare.

Saklegitimationen anknöt således ej längre till legitimationspunkten — rättsförhållandets subjektiva sida — utan till behörigheten att processa som part, dock utan att denna behörighet anknyts till något bestämt rättsfaktum. Den begreppsliga skillnaden mellan dessa båda spörsmål hade tidigare förbisetts, ansåg Kallenberg,<sup>6</sup> och hans framställning tar sikte på att undanröja denna tvetydighet. Eftersom såväl Wrede som Kallenberg tidigare kraftigt understrukt att saklegitimationen gällde den materiella frågan om subjektställningen och ej använt termen ifråga för den processuella behörigheten, kan man tycka att den senare borde fått en beteckning som gjort det möjligt att undvika en fortsatt sammanblandning av frågorna. Så blev dock ej fallet. Kallenberg ville gå motsatt väg; man skulle s. a. s. utplåna den gamla innebörden och reservera termen saklegitimation för den nya frågan:

"För den svenska processrättens del finnes det ej någon som helst anledning att i processrättens system upptaga termen saklegitimation, så vida därmed afses frågan, om parterna äro subjekt i det omprocessade materiella rättsförhållandet. Ett sålunda bestämdt saklegitimationsbegrepp saknar helt och hållet processrättslig betydelse."<sup>7</sup>

Genom Kallenberg's omvändelse hade den svenska doktrinen bringats à jour med utvecklingen i tysk doktrin efter Bethmann-Hollweg, vars uppfattning — såsom jag berört tidigare — recipierats i svensk rätt

<sup>5</sup> Kallenberg I s. 576.

<sup>6</sup> A. a. s. 582.

<sup>7</sup> A. a. s. 584. — Betr. anledningen till att Kallenberg ej föreslog en ny term, se a. a. s. 585 och s. 1008 i not 25, där Kallenberg gör gällande att den innebörd han ger saklegitimationsbegreppet efter sin omvändelse är densamma som "hvad från början egentligen därmed åsyftats"!

genom Wredes försorg.<sup>8</sup> Kallenberg's uppfattning, som bygger på Hellwigs uttalanden i ämnet,<sup>9</sup> vann omedelbar<sup>1</sup> anklag i den processrättsliga doktrinen, där den — som tidigare påpekats — fortfarande dominerar.<sup>2</sup> Som en reminiscens av den äldre "materiella" uppfattningen får man väl se följande uttalande av processlagberedningen: "Frågan om parten är saklegitimerad är den materiellrättsliga frågan, om han är rätt part i det rättsförhållande som är omstämt."<sup>3</sup> Även Gärde synes jämförelsevis opåverkad av Kallenberg då han definierar saklegitimation som frågan om "käranden är rättssubjekt i det rättsförhållande, han åberopar i målet" och antyder att *såväl ogillande som avvísning* kan komma ifråga vid brister i detta hänseende.<sup>4</sup>

Gärde företräder alltså en uppfattning som enligt vad nyss anförts allmänt kritiserats i svensk processrättslig doktrin under det halvsekel som gått sedan Kallenberg presenterade sin nya uppfattning om saklegitimationens innebörd.<sup>5</sup> I den civilrättsliga doktrinen synes man däremot, som jag berört tidigare, fortfarande stundom begagna termerna talerätt och saklegitimation i dess materiella betydelse.<sup>6</sup>

Nu skulle det väl inte medföra så stora svårigheter att arbeta med termerna saklegitimation och talerätt i två olika betydelser, om dessa verkligen klart skilde sig från varandra även på rättsfaktumsidan. Det paradoxala och det som ställer Kallenberg's terminologiska nydaning i en tveksam dager är emellertid att det råder "ett intimt samband"<sup>7</sup> mellan saklegitimationen i dess äldre och nya innebörd, mellan de "tvenne helt olikartade förhållanden"<sup>8</sup> som det enligt Kallenberg är så viktigt att hålla strängt åtskilda från varandra.<sup>9</sup> I regel tillkom-

<sup>8</sup> Se ovan s. 184 f.

<sup>9</sup> Se t. ex. a. a. s. 504 not 6 och 580 not 7, där det framkommer att Hellwig gav upp försöken att lansera en ny term för den processuella frågan. Som jag nämnt tidigare (ovan s. 176 f) följde man dock så småningom Hellwigs ursprungliga intentioner och termen Sachlegitimation används numera sällan i tysk doktrin på det sätt som är fallet hos oss.

<sup>1</sup> Se t. ex. Engströmers recension av Rättsmedlen i SvJT 1918 s. 210, där Kallenberg's framställning betecknas som klagörande och osäkerheten inom doktrinen förutsätts bli undanröjd genom Kallenberg's insats.

<sup>2</sup> Se ovan s. 187.

<sup>3</sup> PLB i NJA II 1943 s. 123.

<sup>4</sup> Gärde s. 468, jfr dock även s. 101 f och — beträffande partssuccession — s. 140.

<sup>5</sup> Se Welamson: Domvillobesvär s. 110 i not 6.

<sup>6</sup> Se ovan s. 175 f.

<sup>7</sup> Ekelöf: Interventionsgrunden s. 154.

<sup>8</sup> Ekelöf: Civilprocessen I s. 142.

<sup>9</sup> Kallenberg I s. 576.

mer nämligen, som Kallenberg själv påpekar, "ifrågavarande befo-genhet . . . rättsförhållandets subjekt och allenast subjektet".<sup>1</sup>

Är det då ej så att man i den processrättsliga litteraturen främst sett till skillnaden i *rättsföljd* mellan de två synsätten — att en brist i det ena avseendet leder till ogillande och en brist i det andra till avvísning — och ej intresserat sig för om det härvidlag varit fråga om likartade *rättsfakta*? Nej, så synes åtminstone ej ha varit fallet för Kallenegrs del. Att det skulle kunna gälla samma rättsfakta betraktar Kallenberg som en orimlighet:

"I synnerhet må framhållas, att parternas egenskap af subjekt i rättsförhållandet icke kan bedömas såsom en processförutsättning; om berörda omständighet ingår såsom ett moment i själva rättsförhållandet, kan det omöjliga vara en förutsättning för giltigheten af en process, som har till ändamål pröfningen af detta samma rättsförhållande."<sup>2</sup>

Är det då verkligen så orimligt att tänka sig att den processuella frågan om behörighet att processa som part angående det omstämda rättsförhållandet helt eller delvis skulle kunna sammanfalla med ett eller flera moment i detta rättsförhållande? Går det överhuvudtaget att skilja mellan saklegitimationens gamla och nya innebörd även på rättsfaktumsidan? I det följande skall jag med utgångspunkt från dessa frågor söka belysa förhållandet mellan formell och materiell rätt på här ifrågavarande område, varvid det även blir anledning att diskutera om det ur ändamålssynpunkt finns större anledning att avvisa än att ogilla i några fall då det förra ansetts böra vara fallet. Den framställning jag här lägger fram för läsaren avser dock främst att belysa problemen ur principiell synvinkel. Jag får därför reservera mig för möjligheten att ett ingående studium av de civilrättsliga institut, som fått tjäna som exempel, skulle leda till ett annat resultat.

## 5. Kan frågan om behörighet att processa som part angående den ifrågavarande saken skiljas från frågan om parterna är subjekt i det omstämda rättsförhållandet?

### A. Talerätt och materiell rätt

Som framgått av framställningen i det föregående synes man numera i

<sup>1</sup> A. a. s. 578 f.

<sup>2</sup> A. a. s. 577 f, se även s. 582 i not 7. Jfr härmed Welamson (Domvillobesvär s. 110 i not 6) som med hänvisning till Lundstedt och Olivecrona betecknar "laborerandet med en talerätt, enligt vilken förutsättningarna för talans prövning skulle *helt* sammanfalla med förutsättningarna för bifall" som "en orimlighet" (kurs. här), se däremot Alexanderson s. 82 f. Av intresse i detta sammanhang är även Olivecronas uttalanden i Utsökning s. 221 ff.

allmänhet anse att frågan om parterna är subjekt i det omstämda rättsförhållandet är ett materiellrättsligt spörsmål. Det förekommer emellertid även att en brist av nyssnämnt slag leder till avvísning. Samma rättsfakta kan alltså ha helt skilda rättsföljder beroende på i vilket sammanhang de figurerar. Antag t. ex. att den som yrkar ersättning i ett skadeståndsmål visar sig sakna rättslig anknytning till det skadade föremålet. Denna prejudicialfråga skall i normala fall handläggas som en fråga rörande själva saken men i vissa fall, t. ex. i expropriationsmål, är den ersättningsyrkandes rättsliga anknytning till den exproprierade egendomen av betydelse som en fråga om processhinder.<sup>3</sup>

Av rättspraxis framgår att domstolarna stundom funnit det svårt att avgöra om en påstådd brist i partsställningen skall handläggas och avgöras som en fråga om processhinder eller som en del av själva saken.<sup>4</sup> Att reservationslöst beteckna frågan huruvida en person är rätt part i det omstämda rättsförhållandet som en materiellrättslig fråga är — framhåller Welamson — uttryck för en felaktig uppfattning om regelsystemets faktiska utformning och han fortsätter:

”Det förhållandet, att ett yrkande, som skulle ha bifallits, därest det framhållits av eller mot viss person, i stället framställs av eller mot annan person, tillmätas de lege lata otvivelaktigt stundom betydelse såsom rättegångshinder, stundom åter betydelse endast såsom ett motfaktum, vilket i dispositivt mål måste åberopas för att bliva beaktat och under denna förutsättning föranleder ogillande av käromålet.”<sup>5</sup>

Hur skall man då på rättsfaktumsidan kunna skilja spörsmålet om parterna är subjekt i det omstämda rättsförhållandet — saklegitimationen enligt den äldre uppfattningen — från frågan om behörighet att vara part i en rättegång rörande den ifrågavarande saken, dvs. saklegitimation i dess moderna betydelse? Sistnämnda behörighet tillkommer ju i allmänhet just subjekten i det omstämda — påstådda — rättsförhållandet och endast dessa. Tirkkonen har angivit skillnaden på följande sätt:<sup>6</sup>

”Saklegitimation tillkommer i regel det omtvistade intressets subjekt (t. ex. subjekten i ett rättsförhållande). I praktiken kan man därför ej skilja spörsmålet om saklegitimation från frågan, vem som är subjekt i det rättsförhållande, som utgör rättegångens föremål. I princip kan man däremot alltid skilja spörsmålet om saklegitimationen från rättsförhållandets subjektiva sida.”<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Jfr de ovan s. 169 i not 5 anmärkta rättsfallen samt Nyman s. 362 ff.

<sup>4</sup> Se Söderlund s. 265 ff med där anmälda rättsfall, jfr även a. a. s. 290 ff.

<sup>5</sup> Welamson: Domvillobesvär s. 109 f.

<sup>6</sup> Se även Welamson nedan i not 8.

<sup>7</sup> Tirkkonen s. 83, jfr Kallenberg i SvJT 1940 s. 9 f i not 1.

Emellertid anses det — som Tirkkonen också anmärker — finnas undantagssituationer, då saklegitimation tillkommer en person som ej är subjekt i det omstämda rättsförhållandet och då detta subjekt alltså ej alls, eller endast i förening med vissa andra, är behörigt att i rättegångsväg göra det omtvistade intresset gällande.<sup>8</sup> I dessa fall skulle det alltså gå att skilja de två frågorna åt även i praktiken, det är då inte bara fråga om en ”begreppslig” utan även en ”faktisk” skillnad.<sup>9</sup> Man brukar härvid i svensk doktrin använda beteckningen ”talerätt rörande annans rättsställning”.<sup>1</sup> Jag skall återkomma till några exempel på sådana situationer under C. i det följande. Låt mig här först erinra om det i och för sig självklara förhållandet att varje materiellt rättsläge är förbundet med möjligheten att erhålla dom och exekution av visst innehåll; saknas denna möjlighet kan man inte längre tala om att det föreligger ett rättsförhållande. Det framstår därför som förvånande att någon kan vara subjekt i ett rättsförhållande och ändå sakna processuella möjligheter att (personligen eller genom ställföreträdare) genomdriva sina krav — eller m. a. o. talerätt — i anledning av rättsförhållandet ifråga.

Hur kan man då laborera med talerätten som fristående från själva rättigheten, då den sistnämnda i själva verket är innehållslös utan den förra? Jo, enligt ett uttalande av Ekelöf i dennes doktorsavhandling beror detta på att nyssnämnda uppfattning om den materiella rättens innebörd icke ligger till grund för den härskande terminologin:

”Rättigheten anses i stället vara ett intresse eller utomprocessuellt maktförhållande, som genom dom och exekution erhåller rättsskydd. Men i så fall är det intet som hindrar, att ett rättssubjekt innehar rättigheten i betydelse av det rättsligt skyddade intresset, ett annat rätt till de därmed förenade processuella skyddsmedlen. Ett rättssubjekt, som äger saklegitimation i betydelsen av innehav av materiell rättsställning, kan sålunda sakna sådan legitimation i betydelsen av processföringsrätt angående ställningen i fråga och vice versa.”<sup>2</sup>

Uttrycket ”talerätt rörande annans rättsställning” skulle således vara begripligt endast på grundval av det ursprungligen från Ihering härrörande rättighetsbegreppet. Och en förutsättning för att laborera

<sup>8</sup> A. a. a. st, jfr även Kallenberg a. st, Ekelöf: Interventionsgrunden s. 153 och Rättegång II s. 72 samt Welamson a. a. s. 113: ”...den som *otvivelaktigt* är subjekt (kan) någon gång sakna befogenhet att processa som part *därom* och denna befogenhet tillkommer då någon annan” (kurs. här).

<sup>9</sup> Kallenberg a. st, återgivet nedan s. 195.

<sup>1</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 70. I tysk doktrin är den motsvarande termen *Prozessstandschaft*, se härom t. ex. Heintzmann s. 11 ff.

<sup>2</sup> Ekelöf: Interventionsgrunden s. 153.

med en skillnad på rättsfaktumsidan mellan saklegitimation i dess äldre och dess moderna betydelse synes vara att man accepterar en redan vid tiden för Ekelöfs avhandling (1937) föråldrad uppfattning om innebörden i begreppet rättighet. Som bekant har emellertid en hel del skett på detta område även sedan dess, inte minst genom Ekelöfs egen försorg. Att talerätt fortfarande definieras på samma sätt som för ett halvsekel sedan — så även i Ekelöfs senare arbeten — förefaller en aning överraskande, liksom termen "talerätt rörande annans rättsställning" framstår som ett slags *contradictio in adiecto*. Uppfattningen att talerätten — i dess tidigare angivna allmänna betydelse<sup>3</sup> — går att skilja från det materiella rättsförhållandet förefaller att vara ett utflöde av en för våra dagar främmande uppfattning om det reella innehållet i ett rättsläge; antagandet att rättigheten existerar s. a. s. oberoende av de processuella möjligheter, som utgör dess reella innehåll, är ett närmast naturrättsligt betraktelsesätt.<sup>4</sup> Den kritik, som i dessa hänseenden riktats mot teorin om rättsskyddsanspråket och begreppet talerätt i nyssnämnd mening, synes i viss mån äga aktualitet även vad gäller talerätten i dess här begagnade betydelse.

Nu skulle man kanske kunna hävda att talerätt visserligen är en nödvändig förutsättning för att det skall föreligga ett (materiellt) *rättsläge*, men att det däremot — utom i vissa undantagsfall — inte är någon nödvändig förutsättning för talerätt att den taleberättigade *är* subjekt i ett *verkligt* rättsförhållande. Det synes också vara just denna tanke som ligger till grund för den härskande terminologin; parterna anses i princip ha talerätt "*enbart på grund av det yrkande käranden framställer*".<sup>5</sup>

Skillnaden mellan frågan om talerätt och spørgsmålet om parterna är subjekt i rättsförhållandet, mellan den gamla och den nya innebörden i begreppet saklegitimation, skulle — även om detta ej klart framgår i doktrinen — kunna tänkas avse *antingen* existensen av vissa rättsfakta *eller* dessas rättsföljder, dvs. om åberopade rättsfakta har den rättsliga betydelse käranden påstår (eller båda dessa frågor samtidigt). Om det rättsfaktum, vartill egenskapen att vara subjekt i ett rättsförhållande anknutits, betecknas med A, skulle således *påstående* om A grunda talerätt och vara processförutsättning, medan A såsom *existent* (med en av bevisbördereglerna bestämd grad av sannolikhet)

<sup>3</sup> Jfr härom ovan s. 171 f.

<sup>4</sup> Jfr Olivecrona i SvJT 1925 s. 177 ff, jfr dock vad gäller exekution SOU 1973: 22 s. 101.

<sup>5</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 70, jfr Larsson: Partshandlingar s. 120 och densamme i Festskrift till Ekelöf s. 463 ff samt senast Heuman s. 165 ff.

skulle vara materiellt rättsfaktum.<sup>6</sup> Detsamma skulle gälla rättsfrågan. Eftersom det i svensk rätt finns möjlighet att även få intressen, som saknar rättsligt skydd, prövade i process,<sup>7</sup> skulle *påstående i rättsfrågan* vara tillräckligt i talerätts hänseende, medan frågan om återopade rättsfakta verkligen har de påstådda rättsföljderna skulle vara av materiell betydelse.

Det finns alltså (åtminstone) två sätt att hävda att frågan om talerätt ej sammanfaller med frågan om parterna är subjekt i ett rättsförhållande. För *det första* kan man peka på att det existerar undantagssituationer, då talerätten ej tillkommer den som "otvivelaktigt"<sup>8</sup> är subjekt i det omstämda rättsförhållandet och då det således föreligger grund för uttrycket "talerätt rörande annans rättsställning". För *det andra* kan man hävda att talerätten anknyter till ett *påstått* rättsfaktum och dess rättsföljd, medan däremot frågan om subjektställningen anknyter till ett (med viss grad av sannolikhet) *existent* rättsfaktum och dettas rättsföljd. Är någon av dessa satser sann, föreligger det således inte bara en skillnad med avseende på rättsföljden mellan den gamla och den nya talerättsuppfattningen; behörigheten att processa som part angående det omstämda rättsförhållandet skulle även skilja sig från frågan om parterna är subjekt i detta rättsförhållande på rättsfaktumsidan. Låt oss till en början se närmare på frågan om påstående som grund för talerätt.

## B. Påstående som grund för talerätt

Som jag redan nämnt (och strax skall återkomma till) anses talerätten i allmänhet kunna bedömas utifrån parternas yrkanden. Men till en början må konstateras att det åtminstone finns vissa fall, då påstående *ej* är tillräckligt för att talerätt skall vara för handen, så t. ex. i de situationer Ekelöf behandlar under rubriken "talerätt rörande annans rättsställning". I dessa fall är talerätten enligt Ekelöf: "... beroende av en speciell processförutsättning, som måste styrkas i målet".<sup>9</sup>

Det torde emellertid vara ej endast i nyssnämnda speciella situationer som man får göra undantag från principen att talerätten kan bedömas utifrån parternas yrkanden. Enligt Welamson kan man inte i de fall, då någon är berättigad eller förpliktigad i viss egenskap, vars

<sup>6</sup> Jfr förutsättningarna för fullgörelsetalan enligt 13:1, varom Ekelöf: Rättegång II s. 98 ff och Larsson i festskrift till Ekelöf s. 462 ff.

<sup>7</sup> Jfr ovan s. 180 och nedan s. 224 f.

<sup>8</sup> Welamson a. a. s. 113.

<sup>9</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 71.

förhandenvaro i sin tur beror av civilrättsliga regler, ta för givet att "ett påstående rörande beskaffenheten av ett dylikt prejudiciellt rättsförhållande undantagslöst medför saklegitimation".<sup>1</sup> Som exempel härpå anger Welamson att man ej kan utgå från att det är tillräckligt att parten i ett mål enligt 138 § ABL *påstår* sig vara aktieägare.<sup>2</sup> Som ytterligare exempel på detta förhållande kan nämnas talerätsreglerna i familjemål. Ej heller i dessa fall torde det vara tillräckligt i talerättshänseende att den erforderliga egenskapen påstås föreligga. Eller antag att någon väcker talan enligt 22: 7 ÄB under påstående om att han är testamentsexekutor. Är det uppenbart att så ej är fallet torde rätten ha att avvisa hans talan oavsett påståendet ifråga, om nu nyssnämnda bestämmelse skall uppfattas som en regel om talerätt.

Frågan om i vilken utsträckning talerätsregler går att "hänga upp" på påståenden om förekomsten av vissa rättsfakta är naturligtvis i hög grad beroende på vilken funktion regeln skall fylla. Jag skall återkomma till frågan om talerättens funktioner längre fram. Men låt mig redan här konstatera att en talerätsregel knappast kan fylla något vettigt syfte, om kändanden kan "tillskansa" sig talerätt blott genom att påstå sig besitta viss egenskap eller påstå viss annan omständighet vara för handen.<sup>3</sup>

Den som vill hävda att frågan om talerätt rör ett helt annat förhållande än den materiellrättsliga frågan om parterna är subjekt i det omstämda rättsförhållandet kan här väntas invända att i de fall då vissa rättsfakta är av betydelse som existenta i talerättshänseende, har dessa ej någon relevans som materiella rättsfakta; det gäller ju då rättsfakta som ej ingår i grunden för kändandens talan. Frågan är emellertid om man inte härvid i alltför hög grad bortser från de formella reglernas betydelse för utgången i målet, om man fäster avseende vid detta förhållande. Den som saknar den ur talerättssynpunkt erforderliga egenskapen kan ju ej åstadkomma den dom han åstundar. Också de omständigheter som klassificerats som processförutsättningar är av betydelse för frågan om talan skall kunna bifallas; även de är "Erfolgsvoraussetzungen" av antingen peremptorisk eller dilatorisk natur. Det föreligger naturligtvis inte något logiskt hinder mot att på detta sätt sammanföra vissa förutsättningar för bifall under rubriken "processförutsättningar". Men man bör inte ta för givet att det finns praktiska skäl för en sådan systematik.

Såvitt jag kan förstå innebar Kallenbergs nya uppfattning att man gjorde samma tankefel som Bethmann-Hollweg angrep redan i början

<sup>1</sup> Welamson a. a. s. 113.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Jfr NU 1963: 6 s. 319, se även Olivecrona: Utsökning s. 222.

på 1800-talet. Enligt dennes av Wrede och Kallenberg varmt omhuldade lära kan frågan om vem som är aktivt eller passivt subjekt för en rättighet ej skiljas från frågan om rättighetens existens.<sup>4</sup> Gränsdragningsproblem härvidlag föranledde Wrede och Kallenberg att betrakta subjektställningen som en materiell fråga. Men man drog ej konsekvenserna av denna erfarenhet och kom inte att anlägga en totalsyn på frågan om vilka förutsättningar som måste vara för handen för att käranden skall kunna konstateras vara berättigad, utan övergick till att försöka skilja mellan formella och materiella förutsättningar för bifall, så även på saklegitimationens område. Då Kallenberg senare angriper processlagberedningens användning av saklegitimationsbegreppet framkommer hans tro på det nästan självklara i denna distinktion:

”Man bör ju vederbörligen skilja mellan processen och processens föremål, dvs. det materiella rättsförhållande, varom processen rör sig. I enlighet därmed bör man ock skilja mellan *parterna* i processen och *subjekten* i det materiella rättsförhållandet . . . Då det icke gives några subjektlösa rättsförhållanden, som kunna utgöra föremål för process, ingår städse frågan om subjekten i rättsförhållandet såsom ett moment i prövningen av rättsförhållandet och är således uppenbarligen en materiellrättslig fråga . . . Vad angår frågan om parterna i processen, så är den för visso en processrättslig fråga . . . Denna sistnämnda fråga är alltid *begreppsligt* skild från den om det materiella rättsförhållandets subjekt och sammanfaller icke alltid faktiskt därmed.”<sup>5</sup>

En skillnad på rättsfaktumsidan som endast kan iakttas på det begreppsliga planet — utom i vissa undantagsfall som jag skall diskutera under C — förtjänar emellertid knappast mer utrymme än den redan ägnats i denna framställning. Det förefaller mera givande att ställa frågan vilka ändamålsskäl som kan åberopas för att vissa rättsfakta i en del fall prövas enligt det för processhinder gällande regelsystemet. Jag skall försöka beakta denna fråga i den utsträckning det kan ske i en allmän framställning av förevarande slag. Men för att belysa talarätsreglernas konstruktion, skall jag även i fortsättningen ”vinkla” problemen med utgångspunkt från de skillnader som antas gälla mellan frågan om talerätt och spørgsmålet om parterna är subjekt i det omstämda rättsförhållandet.

Att talerätten, enligt vad ovan anförts, åtminstone ibland går utöver

<sup>4</sup>I vissa fall kan dock ”den subjektiva sidan” i ett rättsförhållande framträda klarare och ge underlag för en uppdelning i objektiva och subjektiva moment, se t. ex. Bergström s. 17.

<sup>5</sup>Kallenberg i SvJT 1940 s. 9 f i not 1.

kravet på påstående om vissa rättsfakta hindrar naturligtvis inte att det även kan finnas talerätsregler, då ett påstående är tillräckligt. Welamson skriver att det "otvivelaktigt i regel är tillräckligt, att parten *påstås* vara subjekt i rättsförhållandet"<sup>6</sup> och Ekelöf att "i princip måste parterna i en civilprocess ha talerätt *enbart på grund av det yrkande käranden framställer*".<sup>7</sup> Huvudregeln skulle alltså vara att ett påstående är tillräckligt ur talerättsynpunkt.

Det märkliga med denna uppfattning är emellertid att det är så svårt att ge exempel på situationer då en talerätsregel, uppbyggd i enlighet med sistnämnda huvudregel, är av praktisk betydelse eller ens skönjbar. Kan man överhuvudtaget tänka sig en process där käranden ej påstår sig berättigad gentemot svaranden som förpliktigad? Jo, i Ekelöfs lärobok anges följande fall:

"Man skulle emellertid kunna tänka sig att en person tog sig före att processa rörande en rättighet, som han själv anser tillkomma ett *annat* rättssubjekt. Ett exempel härpå erbjuder det fallet att B, som med bekymmer iakttagit att hans gäldenär G vansköter sina affärer och inte driver in sina fordringar, väcker talan mot en av G:s gäldenärer G 1 med yrkande att denne måtte förpliktas betala sin skuld till G. Kunde en sådan talan upptas till prövning, måste domen med hänsyn till G 1:s trygghet bli bindande även för G. Men då G på det civilrättsliga planet kan fritt disponera över sin egendom finns det ingen anledning att B — med risk för att käromålet ogillas och G blir av med sin fordran — skulle på detta sätt kunna processa för dennes räkning. Det enda sätt varpå G kan skyddas häremot är att käromålet avvisas på grund av B:s bristande talerätt."<sup>8</sup>

Den ovan beskrivna situationen kan tyckas vara av endast akademiskt intresse; är det verkligen realistiskt att räkna med en process av den typ Ekelöf skisserar? Ja, exemplets praktiska betydelse kan belysas med att en talan av förevarande slag är möjlig enligt fransk lag (Code civile art. 1166). I svensk rätt synes däremot detta ej vara fallet. Ekelöfs uppfattning stöds sålunda i viss mån av svensk praxis och doktrin.<sup>9</sup> För att ytterligare konkretisera frågeställningen kan följande rättsfall från Stockholms tingsrätt anföras:

Ett aktiebolag gick i konkurs. Ackordcentralen, som försökte få till stånd en uppgörelse i konkursen, hade i ett rundbrev till borgenärerna uppgivit att i den mån tillgångarna ej förslog till det föreslagna ackordet, skulle resterande del komma att utbetalas av Kreditbanken i enlighet med en

<sup>6</sup> Welamson a. a. s. 111 i not 7, jfr även s. 113.

<sup>7</sup> Ekelöf: Rättgång II s. 70, jfr även Civilprocessen II s. 22.

<sup>8</sup> Ekelöf: Rättgång II s. 70 f.

<sup>9</sup> Se Welamson a. a. s. 135 med i not 62 anförda rättsfall, jfr även SvJT 1966 ref. s. 35. — Betr. tysk rätt se Lüke s. 13.

garantiförpliktelse. Banken ansåg däremot att den ej var förpliktad på det sätt Ackordcentralen gjorde gällande. När Ackordcentralen fick kännedom härom väckte den fastställsetalan mot banken med *yrkande* att rätten måtte fastställa, att banken var bunden att infria garanti för ackordslikvid om 17,5 % till de oprioriterade fordringsägarna i ackordet. Banken *invände* att rätt kärande för en sådan talan endast kunde vara ackordsborgenärerna och att det således förelåg brist med avseende på saklegitimation. — Vid sammanträde för *muntlig förberedelse* i målet ingav Ackordcentralen bevis om att den numera innehade en fordran mot konkursgäldenären och att den eventuella bristen i kärandens behörighet att föra den instämnda talan sålunda avhjälpes. Banken bestred Ackordcentralens behörighet på den grund att nyssnämnda fordran överlätits först sedan talan väckts. Tingsrätten slutförde sammanträdet även vad avsåg själva saken och meddelade 10 dagar därefter följande *beslut*: "Enär Ackordcentralen vid tiden för talans väckande icke var innehavare av sådan fordringsrätt ... som omfattades av den påstådda bankgarantin, saknade Ackordcentralen vid denna tidpunkt talerätt i målet. På grund härav och då kärandens bristande talerätt vid tiden för talans väckande icke kan botas i efterhand genom senare förvärv av fordran mot konkursbolaget, avvisar tingsrätten kärandens talan." (Beslut i Stockholms Tingsrätt 6 avd. i T 372/70, meddelat 28/5 1971.)<sup>1</sup>

Ekelöf synes grunda sin uppfattning på att svaranden (G 1) ej skall behöva processa två gånger om sitt betalningsansvar. Om avvisning ej sker måste domen träffa tredje man (G) i strid med Ekelöfs egen huvudregel<sup>2</sup> för att detta resultat skall kunna undvikas. Talerätsregeln skulle alltså ytterst vara motiverad av en strävan att undgå rättskraft mot tredje man i strid med huvudregeln.

Jag kan ej finna Ekelöfs argument övertygande. Denne utgår tydligen från att domstolen, såvida B:s talan inte avvisas, har att pröva frågan om G 1 är betalningsskyldig gentemot G. Enligt min mening behöver man emellertid inte nödvändigtvis se saken på det sättet. Bristen i kärandens talan i det av Ekelöf angivna exemplet kan ju anses bestå i att återopade rättsfakta (t. ex. försträckningar mellan B och G samt mellan den senare och G 1) överhuvudtaget *inte ger B någon rätt att driva in G 1:s fordran och sålunda ej har den juridiska betydelse som B gör gällande*. Det gäller här således en *rättsfråga* och eftersom en sådan normalt sett ej är underkastad parternas dispositionsrätt,<sup>3</sup> skall käromålet — med denna syn på saken — *ogillas ex officio* i enlighet med principen "iura novit curia". En sådan dom kan naturligtvis ej hindra ny talan förd av G. Att B ej är "materiellt"

<sup>1</sup> Jfr betr. detta rättsfall nedan s. 199 i not 9.

<sup>2</sup> Se ovan s. 159.

<sup>3</sup> Se ovan s. 91.

berättigad hindrar ju ej att G kan vara det. Även på denna väg kan man alltså uppnå att avgörandet i processen mellan B och G 1 inte binder G.

Att systematisera frågan om B:s rätt att kräva betalning som en fråga om processhinder förefaller således ej kunna motiveras med att talarprövning är erforderlig av hänsyn till tredje man. Låt oss emellertid för ett ögonblick anta att ogillande ej skulle ske ex officio i enlighet med det föregående utan att frågan om G 1:s betalningsansvar blir föremål för prövning. En bifallande dom synes ej kunna skada G och motivera att frågan systematiseras som ett processhinder.<sup>4</sup> Och att en ogillande dom som Ekelöf påstår, "med hänsyn till G 1:s trygghet måste vara bindande även för G" har jag svårt att förstå. En sådan rättskraftsverkan strider ju som Ekelöf själv påpekar mot hans egen huvudregel för rättskraftens subjektiva utsträckning; parterna i processen kan ej åstadkomma en motsvarande bundenhet för G genom ett avtal vid tiden för rättegången. Att äventyra den balans som ifrågavarande regel åstadkommer mellan parternas inom- och utomprocessuella dispositionsmöjligheter synes ej motiverat i detta fall.

Det är visserligen sant att G 1 sannolikt skulle komma att besväras med en ny process, om den första tillåts och att denna således är meningslös och mindre önskvärd ur G 1:s synpunkt. Men risken för onödiga och mindre önskvärda processer föreligger i en hel rad fall utan att man för den skull griper till avvisning, så t. ex. om en talan är uppenbart ogrundad,<sup>5</sup> eller om det framförda yrkandet stöder sig på en grund som är okänd<sup>6</sup> i svensk rätt. Eller antag att borgenären B, som överlätit sin fordran mot den betalningsovillige G, stämmer denne på betalning efter överlåtelsen. Även om det är uppenbart att B ej längre innehar fordringen skall hans talan inte avvisas utan ogillas. Att G har att vänta ytterligare en process om sitt betalningsansvar påverkar ej valet mellan avvisning och ogillande härvidlag. Någon an-

<sup>4</sup> En dom av innebörd att käromålet endast *bifalles till en del* skulle dock kunna skada G om denne antas förhindrad att processa om återstoden. Man behöver dock ej heller anta rättskraft mot G i detta fall, utan det bör — i linje med rättskraftens begränsning till parterna — stå denne fritt att väcka ny talan mot G 1 om samma fordran eller del av denna. G 1 skulle då visserligen ej ha framgång med en invändning om res judicata men kan i stället göra betalningsinvändning beträffande den del av fordringen som betalats enligt domen i första rättegången, jfr nedan s. 205 not 9.

<sup>5</sup> Gärde s. 640 och Karlrens nedan s. 223 i not 4 återgivna yttrande.

<sup>6</sup> Jfr Hjerner s. 321. — Betr. talan i anledning av spelskuld se Agell s. 28 f och Simshäuser s. 161 f.

ledning att visa svaranden särskild hänsyn just i det av Ekelöf angivna fallet kan jag ej finna.

Att systematisera en fråga som ett tvingande processhinder enbart av dylika hänsyn till svaranden synes knappast motiverat. Och avvisning torde som nyss nämnts ej heller vara motiverad av hänsyn till tredje man. Nu kan man emellertid invända att en processuell klassificering kan vara föranledd av andra skäl, så t. ex. för att uppnå officialprövning eller för att få möjlighet att tillämpa de generösa möjligheter till delavgörande och separat handläggning som ingår i det för processhinder gällande regelkomplexet.<sup>7</sup> Men officialprövning sker ju — åtminstone enligt min mening — även om frågan systematiseras som materiell och möjligheterna till delavgörande etc. är numera lika goda för frågor av båda slagen.<sup>8</sup> Några processekonomiska vinster står således ej att vinna med den processuella klassificeringen och man kan ej heller undvika process genom detta förfaringssätt; ifrågavarande rättsfakta provas ju i process även om de handläggs som en fråga om processhinder.<sup>8a</sup> Man skulle möjligen kunna peka på att 42: 4 och 42: 16 ger möjlighet till ett snabbare slut på processen om frågan systematiseras som ett processhinder. Men möjligheten till liten huvudförhandling enligt 42: 20 st 2 eliminerar i stort sett denna skillnad.<sup>9</sup>

Enligt min uppfattning bör man ej komplicera regelsystemet genom att klassificera en del av frågan om kändanden är berättigad i enlighet med sitt yrkande som en fråga om processhinder, såvida det ej föreligger vägande skäl härför. Så synes ej vara förhållandet i de här diskuterade fallen. Till det föregående kan läggas att den processuella klassificeringen även kan innebära processekonomiska nackdelar. Antag t. ex. att det utöver ett processhinder föreligger ytterligare en brist i kändandens talan och att denna brist hör till målets materiella del. I de fall sistnämnda fråga är lättast att utreda, innebär den processuella kvalificeringen en processekonomisk nackdel, bl. a. på grund av att frågor om processhinder i svensk rätt måste avgöras innan man går

<sup>7</sup> Se ovan s. 94.

<sup>8</sup> Ibidem. — Betr. 17: 5 st 2 även nedan s. 210 f och 240.

<sup>8a</sup> Se ovan s. 173, jfr Alexanderson s. 82 f.

<sup>9</sup> Jfr det ovan s. 196 f återgivna underrättsfallet, där en materiell klassificering knappast torde ha medfört någon tidsförlust. — Här kan inflikas att avskaffas talerättsprövningen i detta fall stiger dock samma problem upp som fågeln Fenix ur askan i form av bristande fastställelseintresse (se ovan s. 179). Låt mig också sätta ett frågetecken för tingsrättens påstående att bristen ej var avhjälpbar i processen; vem kan vinna på att hela förberedelsen måste göras om från början? (Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 93 ang. ställföreträdare, se även a. a. s. 105 not 43 a.)

in på själva saken. Och som jag skall återkomma till i nästa kapitel kan talerättskonstruktionen medföra även andra olägenheter.<sup>1</sup>

Anledningen till att jag tog upp det här diskuterade fallet till diskussion var emellertid inte bara att man kan ifrågasätta om det föreligger klara ändamålsskäl för att anta att den ifrågavarande bristen utgör processhinder i svensk rätt. Utgångspunkt för resonemanget var frågan om det verkligen finns fall då en talerättsregel enligt huvudregeln — dvs. att kändanden skall påstå sig berättigad gentemot svaranden som förpliktad — är av praktisk betydelse. Är det diskuterade exemplet ett belägg för att en talerättsregel av innebörd att "parten (skall) påstås vara subjekt i rättsförhållandet"<sup>2</sup> även går att urskilja i praktiken? Nej, ett sådant allmänt talerättskrav kan ju sägas vara uppfyllt även i sist diskuterade exempel. B är visserligen inte subjekt i det fordringsförhållande, som råder mellan G och G 1 och påstår sig ej heller vara det. Däremot kan man säga att B är subjekt i ett påstått rättsförhållande av innebörd att han är berättigad att kräva att G 1 skall betala till G. Sådana "trepartsyrkanden" är ju i och för sig ej "processfrämmande". En fastställsetalan av detta slag är t. ex. möjlig om B fått G:s fordran mot G 1 utmätt för sin räkning.<sup>3</sup> Även vid tredjemansavtal synes en talan av liknande slag kunna vara rättsligt grundad. Antag t. ex. att A tagit en försäkring och insatt B som förmånstagare. Då försäkringsbolaget ej betalar ut vad B har rätt till enligt försäkringen, stämmer A bolaget och yrkar att detta skall förpliktas betala till B. Det kan naturligtvis inte komma ifråga att avvisa denna talan på grund av bristande talerätt. A påstår sig ej själv berättigad till prestationen men påstår sig berättigad att utverka att svaranden betalar till tredje man. Ytterligare ett exempel utgör det fallet att arbetsmarknadsorganisation för talan om medlems löneanspråk enligt 13 § LAD. Då förening ensam uppträder som kändande, yrkas nämligen ofta att arbetsgivaren skall förpliktas utge visst belopp till angiven föreningsmedlem, och AD kan döma i enlighet med yrkandet.<sup>4</sup>

Att avvisa på grund av bristande talerätt i alla de fall, då processen handlar om ett trepartsförhållande av här antydd art, kan ej komma ifråga av det enkla skälet att dylik talan i vissa fall skall bifallas enligt gällande rätt.<sup>5</sup> Och att plocka ut vissa fall till en prövning enligt det för processhinder gällande regelkomplexet på det sätt

<sup>1</sup> Se nedan s. 236 ff.

<sup>2</sup> Jfr Welamsons ovan s. 196 återgivna påstående.

<sup>3</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 70 i not 146. Betr. fullgörelsetalan se numera SOU 1973: 22 t. ex. s. 363 (och lagförslaget 5: 20 st 2 och 5: 21 samt 10: 12 st 2 med motiv).

<sup>4</sup> Se t. ex. ADD 1970 nr 33 och nedan s. 217 f.

<sup>5</sup> Se däremot betr. negotiorum gestio Torgny Håstad s. 276 f.

Ekelöf förordar, synes kunna leda till svåra gränsfall.

Som framgått av det föregående kan man i en viss mening göra gällande att käranden även i exemplet med sekundogäldenären påstår sig vara berättigad gentemot svaranden som förpliktigad. Det allmänna talerättskravet på att käranden skall påstå sig berättigad är uppfyllt även i detta fall, avvísningen sker inte till följd av en brist i detta hänseende.<sup>6</sup> Skillnaden mellan talerättsprövningen i gäldenärsfallet och de talerättsregler jag diskuterat tidigare består i att det är *rättsfrågan* (eller en del av denna) som flyttats ut till en prövning enligt det för processhinder gällande regelsystemet, medan det i de ovan s. 193 f behandlade fallen var frågan om sannolikheten för existensen av vissa rättsfakta (en del av *sakfrågan*) som kvalificerats till processförutsättning. I båda fallen består alltså talerättsregeln av en fråga som i vanliga fall hör till saken; frågan om käranden är berättigad gentemot svaranden på det sätt han påstår.

På samma sätt förhåller det sig enligt min uppfattning även i de övriga fall då talerättsbristen anses framgå av partens eget påstående, så t. ex. då det civilrättsliga läget, såsom det framställes av parten, konstituerar *nödvändig processgemenskap*.<sup>7</sup> Welamson tar följande exempel:

”A och B har med samäganderätt förvärvat en fastighet, vars tidigare ägare med C träffat avtal om leverans av elektrisk kraft till fastigheten. Sedan C vägrat uppfylla avtalet instämmer han av A med yrkande om förpliktande att fullgöra leveransskyldigheten till A och B gemensamt såsom samägare av fastigheten. Om domstolen antages icke ha att självmant beakta, att B icke är part, kan det tänkas, att C icke gör invändning här- om och att talan ogillas på annan grund.”<sup>8</sup>

Ovanstående situation anføres av Welamson som ett exempel på gränsdragningen mellan rättegångshinder och motfakta.<sup>9</sup> Jag skulle emellertid vilja ifrågasätta om vi inte också här har att göra med ett gränsdragningsproblem mellan processhinder och en *rättsfråga*.

<sup>6</sup> Se även nedan s. 211 f.

<sup>7</sup> Se härom Welamson a. a. s. 125 ff. Här kan inflikas att det ej framgår klart vad Welamson menar med att bristen skall framgå av partens eget *påstående*, jfr a. a. s. 130 där det talas om parts egen ”framställning”. I praxis föreligger fall då det rätt oenighet ända upp i HD om en part skall anses föra talan för egen del eller ej, se t. ex. JR Conrads dissens i NJA 1964 s. 54, jfr även NJA 1965 s. 248. I de fall det är oklart om en part yrkar något för egen del eller för annans räkning uppfyller emellertid stämningsansökningen knappast föreskrifterna i 42:2. Betr. förhållandena vid samäganderätt se även Söderlund s. 293 f och Heuman s. 348 ff med där anförd litteratur.

<sup>8</sup> Welamson a. a. s. 125 f.

<sup>9</sup> A. a. s. 125.

Man synes överhuvudtaget ej ha beaktat att valet mellan att klassificera en fråga som ett spörsmål om talerätt eller som en del av saken kan manifesteras sig på tre olika sätt på den materiella sidan. Det synes således ej endast kunna vara fråga om åberopande av motfaktum<sup>1</sup> utan också om förnekande eller rättsinvändning. Sistnämnda valsituation föreligger i de fall av nödvändig processgemenskap Welamson diskuterar. Antas detta vara fallet, bortfaller — liksom i det av Ekelöf anförda exemplet — Welamsons argument för att avvisning skall ske på grund av brist i nödvändig processgemenskap i den ovan refererade situationen. Enligt principen *iura novit curia* skall ju talan ogillas *ex officio* på grund av bristen i partsställningen både i den första processen och i en eventuell andra process, där B ensam för en talan av enahanda innebörd. Och eftersom en dom i den första processen ej utgör *res judicata* i B:s process — och naturligtvis inte heller i en process av A och B i förening<sup>2</sup> — föreligger ej det av Ekelöf angivna skälet för avvisning, nämligen att domen i den första processen binder tredje man.<sup>3</sup> Ätminstone gäller detta så länge svaranden *bestrider kärandens talan*.<sup>4</sup>

Kan man då dra den slutsatsen av det ovanstående att den processuella klassificering, som varje regel om talerätt innebär, sker s. a. s. i onödan; kan man de lege lata övergå till att betrakta ifrågavarande brister som materiella utan att detta skulle medföra några olägenheter? Nej, fullt ut håller ej ett sådant påstående. Låt oss vidga synfältet något och undersöka i vilka situationer skillnaden mellan rådande talerättsregler och det här presenterade synsättet resulterar i praktiska konsekvenser. Jag avser dock inte att här fatta någon bestämd ståndpunkt till de i det följande diskuterade spörsmålen. Ett dylikt ställningstagande förutsätter att frågan om rättskraft mot tredje man och möjligheten att företa en omfattande prövning på exekutionsplanet tas upp till behandling i en utsträckning som ej kan komma ifråga i detta sammanhang.

Utgångspunkten för min uppfattning är att varje talerättsregel motiveras av att man vill förhindra ett bifall till kärandens talan i dess förhandenvarande skick. Vad vi har att sysselsätta oss med är inte den rättspolitiska frågan om ett rättsfaktum skall förhindra bifall eller ej — om det skall utgöra vad man i tysk rätt kallar en "*Erfolgsvoraussetzung*" — utan *den processtekniska frågan om "bifallsförutsättning-*

<sup>1</sup> Så Welamson s. 110, återgivet ovan s. 201.

<sup>2</sup> A. a. s. 127 m. not 44.

<sup>3</sup> Jfr a. a. s. 125 i not 39.

<sup>4</sup> Jfr däremot nedan s. 203 ff betr. förhållandet vid medgivande och alternativa invändningar.

en" skall handläggas som en processföresättning eller som en del av saken. Valet står mellan avvisning och ogillande, ej mellan avvisning och bifall.<sup>5</sup> Om all talerättsprövning antas bli avskaffad, behöver detta således ej innebära att det skulle föreligga en "actio popularis" i alla slags mål.

Att döma av den diskussion, som förts härom i svensk doktrin, är en av saklegitimationens huvuduppgifter att utgöra en beståndsdel i det civilprocessuella tredjemansskyddet. Låt oss nu framför allt ur denna synpunkt se vad som skulle hända om några av de talerättsregler jag diskuterat i det föregående avskaffas och ifrågavarande spörsmål — bifallsföresättningen — flyttas över (tillbaka) till målets materiella del. Jag anknuter därvid åter till Ekelöfs och Welamsons ovan diskuterade exempel. För att kontrollera i vilken mån de tidigare resonemangen kan tilläggas en mera generell betydelse skall jag även beröra fall då talan förs enligt 138 § ABL ("bolagsmålet"), 22: 7 AB ("stiftelsemålet"), och, slutligen, talan enligt 2 kap FB ("börds-målet"). Låt oss anta att talan härvid förs av A mot B och att ifrågavarande bifallsföresättning ej är för handen. A är således ej borgenär gentemot B, han är ej aktieägare, han är ej testamentsexekutor etc., han är ej ensam berättigad, liksom han i börds-målet ej uppfyller kravet på släktskap. Låt oss slutligen anta att den person som besitter alla dessa "egenskaper" kallas C och att denne ej deltar i processen.

Enligt den här lanserade uppfattningen är ifrågavarande talerättsfaktum av betydelse som *materiell bifallsföresättning* såvida den skulle sakna betydelse som *processuell bifallsföresättning*. En brist härutinnan betecknas med X. Vidare får vi anta att det föreligger ytterligare en materiell brist i A:s talan. Denna brist, som jag kallar Y, innebär kort sagt att B ej heller är skyldig C några pengar, att bolagsstäm-mobeslutet ej strider mot ABL, att det ej föreligger någon underlåtelse med avseende på verkställande av ändamålsbestämmelsen, att B ej heller är förpliktigad gentemot samägarna gemensamt, respektive att barnet ifråga faktiskt är av äktenskaplig börd. Jag behandlar alla målen i klump, då ej annat framgår av sammanhanget. Beträffande stiftelse- och samäganderättsfallet blir det anledning till några särskilda anmärkningar längre fram.

*Fall 1.* A väcker talan mot B trots att X och Y föreligger. B medger A:s talan. Är avvisning nödvändig på grund av domens rättskraft mot tredje man?

Ja, i *bolagsmålet* skulle möjligen ett avvisningsbeslut kunna motiveras på detta sätt. Enligt 138 § 2 mom 2 st ABL äger ju bifallande

<sup>5</sup> Jfr däremot JR Hedfeldts yttrande i NJA 1964 s. 500.

dom rättskraft gentemot alla och, som Ekelöf påpekat,<sup>6</sup> stämmer detta mindre väl överens med parternas dispositionsrätt på det civilrättsliga planet. Ett lämpligt sätt att förhindra en bifallande dom är i detta fall onekligen att systematisera X såsom en fråga om processhinder. Antas X vara bristen på ett materiellt rättsfaktum synes däremot domstolen ha att bifalla talan i enlighet med medgivandet. För att ogillande skall kunna ske på grund av X enligt principen *iura novit curia* fordras att B åtminstone — ehuru kanske utan framgång — bestritt talan på någon annan grund.<sup>7</sup>

Emellertid är talerättsprövning vid talan enligt 138 § ABL motive-rad endast om sådana mål är helt dispositiva, vilket också torde vara fallet. De *lege ferenda* synes dock detta inte nödvändigt. Med rådande samhällsutveckling följer att alltfler processer anses röra förhållanden som parterna ej ensamma kan tillåtas disponera över. Det vore i och för sig tänkbart att göra mål av ifrågavarande art *helt* indispositiva, varvid ogillande skulle kunna ske *ex officio* på grund av X trots B:s medgivande. Men även en mera sofistikerad lösning är möjlig. Att talan väcks av en därtill berättigad person kunde ges karaktären av ett indispositivt materiellt rättsfaktum i ett f. ö. dispositivt mål, eller m. a. o. ett *officialfaktum*.<sup>8</sup> Rätten skulle således ogilla på denna grund även om svaranden medger käromålet. På detta sätt skulle man uppnå samma resultat som om X ansågs utgöra ett processhinder, dock utan att behöva ta med andra rättsföljder än den önskade, dvs. en partiell officialprövning. Konstruktionen "officialfakta" är ett intressant alternativ de *lege ferenda* på flera rättsområden där den ännu ej prövats. De *lege lata* föreligger däremot onekligen skäl att systematisera 138 § ABL som en regel om talerätt så länge bifall kan grundas på svarandens medgivande, dvs. så länge aktieinnehav ej är officialfaktum.<sup>8a</sup>

<sup>6</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 74 f.

<sup>7</sup> Antag att B *uteblir* från sammanträde för muntlig förberedelse eller *erkänner grunden* men åberopar motfakta. Även i dessa fall torde domstolen ha att *ex officio* ogilla A:s talan enligt principen *iura novit curia* (jfr Ekelöf: Rättegång V s. 185).

<sup>8</sup> Se ovan s. 92 not 3 och nedan s. 246 f.

<sup>8a</sup> Att aktieägarna har rätt till självständig intervention på såväl käre- som svarandesidan i processer av ifrågavarande slag (se Ekelöf: Rättegång II s. 180 f med not 29) utgör ej tillräckligt skydd, eftersom interventionsrätten ej är för- enad med någon regel om denuntiationsplikt (jfr nedan s. 209 not 2 betr. stiftelse- fallet och nedan s. 219 f betr. äkta makar). Enligt min mening borde f. ö. rätt till självständig intervention i allmänhet vara förbunden med denuntiationsplikt (stundom kanske genom kungörelseförfarande) även då processen förs mellan taleberättigade personer. Så torde dock ej vara fallet enligt gällande rätt.

Övriga av de här diskuterade talerätsreglerna synes däremot ej nödvändiga ur rättskraftssynpunkt i de fall då svaranden medger kärandens talan. I *borgenärs-*, *samäganderäts-* och *stiftelsemålen* skall talan bifallas i enlighet med medgivandet (17: 3), vilket i allmänhet ej torde medföra några olägenheter för C om denne ej anses bunden av rättskraften.<sup>9</sup> Domens verkan mot tredje man härvidlag stämmer i så fall väl överens med parternas dispositionsrätt på det civilrättsliga planet, där C ej kan hindra B att företa motsvarande eftergifter *för egen del*. Avvisning ex officio på grund av X vid medgivande strider i dessa fall mot de materiella reglernas dispositiva utformning. Anser man däremot att domen skulle binda även C utgör detta ett argument för att göra X till officialfaktum. Ogillande skulle då ske ex officio på grund av X även vid medgivande och domen kan då naturligtvis ej binda C; ogillandet var ju en följd av att det ej var C som väckt talan.<sup>1</sup>

I *bördsålet* skulle visserligen en bifallande dom äga rättskraft mot alla i strid med huvudregeln för rättskraftens subjektiva utsträckning, men eftersom målet är indispositivt är bifall uteslutet om X är för handen. Och så länge ogillandet sker på grund av X är allt väl, när domen, som nyss påpekats, ej kan äga rättskraft mot C i de fall då domen grundats just på bristen i partsställningen.

Emellertid kan en komplikation uppstå också i *bördsålet*. Antag att domstolen finner frågan om X svår att utreda och i stället väljer att ogilla på grund av Y. Även om officialprövningen utgör en viss garanti för att ogillandet skulle vara materiellt välgrundat i detta fall, synes det vara en klen tröst för C, som kanske anser sig sitta inne med avgörande bevisning, men nu förhindras att föra talan på grund av den ogillande domens rättskraft. Om det ej råder någon bestämd ordningsföljd för handläggning och avgörande vid flera samtidigt föreliggande materiella frågor skulle detta således utgöra den yttersta anledningen till att X bör prövas som en fråga om processhinder i *bördsålet*. Härigenom har man ju en garanti för att ogillande sker på grund av Y endast om X ej är för handen.

<sup>9</sup> I allmänhet saknar naturligtvis C anledning att väcka talan i detta fall. Antag emellertid att borgenären A:s talan att B skall betala sin skuld till C bifallits på grund av B:s medgivande. Om C senare väcker ny talan om betalning enligt förpliktelsen mellan honom och B, kan B ej göra invändning om res judicata, utan att han får helt enkelt framställa betalningsinvändning, varvid frågan om giltigheten av B:s betalning till C på grundval av den tidigare processen får prövas enligt vanliga civilrättsliga regler (jfr ovan s. 198 i not 4). — Det bör dock påpekas att domen i *samäganderäts-* och *stiftelsemålet* enligt Ekelöfs uppfattning torde binda C och att talerättsprövningen med denna utgångspunkt kan fylla en funktion också i dessa fall, jfr vidare nedan betr. fall 4.

<sup>1</sup> Jfr Ekelöf: Interventionsgrunden s. 155 f.

Nu kan det emellertid ifrågasättas om man inte även de lege lata har att iaktta en viss ordningsföljd också beträffande materiella frågor. Så är uppenbarligen fallet om svaranden t. ex. framställer en kvittningsinvändning i andra hand, samtidigt som han bestrider betalnings-skyldighet överhuvudtaget. Domens rättsliga betydelse är ju beroende av vilken invändning som läggs till grund för domslutet.<sup>2</sup> Den här diskuterade situationen skulle kunna utgöra exempel på ytterligare ett fall då domstolen har att iaktta en bestämd turordning. Även här får ju domen olika rättsföljder allteftersom den grundas på **X** eller **Y**, ehuru skillnaden i vårt fall gäller domens verkan mot tredje man. Om **X** är materiellt rättsfaktum, skulle man alltså kunna utgå från att domstolen — i de fall då domen har rättskraft mot alla — alltid har att pröva i första hand om talan förs av den som är "materiellt berättigad" att framställa ifrågavarande yrkande.<sup>2a</sup>

*Fall 2.* A väcker talan mot B trots att **X** och **Y** är för handen. B *bestrid*er och grundar sig härvid *enbart på X*. Är beviskravet för **X** uppfyllt (eller beviskravet för icke-**X** icke uppfyllt), skall A:s talan naturligtvis ogillas på grund av **X** i samtliga här aktuella mål. I denna situation synes valet mellan ogillande och avvisning sakna praktisk betydelse i rättskraftshänseende, förutsatt att ny talan av C antas vara möjlig i bördsmålet, vilket enligt vad nyss berörts skulle vara fallet.<sup>3</sup>

Antag emellertid att det råder ovisshet om huruvida **X** är för handen. Frågan om talan skall bifallas eller ej beror i detta fall på bevisbördereglernas utformning. I de fall det är tveksamt om en omständighet bör uppfattas som ett materiellt rättsfaktum eller som en fråga om processhinder behöver emellertid, som jag tidigare konstaterat,<sup>4</sup> valet häremellan ej påverkas av några konsekvenser i bevisbördehänseende. Finns det t. ex. skäl att ålägga A bevisbördan behöver detta således ej hindra att frågan betraktas som materiell.

*Fall 3.* Låt oss nu variera exemplet så att B antas ha grundat sitt *bestridande alternativt på X och Y*. Det synes då vara till process-ekonomisk fördel om parterna kan börja med att processa om den brist som är enklast och billigast att utreda. Att av rättskraftsskäl förhindra ett ogillande grundat på **Y** synes motiverat endast i bördsmålet, där man som nyss påpekats kunde anta att det råder en bestämd ordningsföljd som förhindrar att käromålet ogillas på denna grund. I övriga

<sup>2</sup> Se Ekelöf: Rättegång V s. 174 och ovan s. 104.

<sup>2a</sup> Man kan även göra rättskraftens verkan mot tredje man beroende av att processen förts mellan "legitimi contradictores", se härom Ekelöf: Interventionsgrunden s. 90 f ang. tysk doktrin vid sekelskiftet.

<sup>3</sup> Jfr ovan vid not 1.

<sup>4</sup> Se ovan s. 109 f.

fall behöver en dom grundad på Y ej antas äga rättskraft mot C, ty en sådan rättskraftsverkan skulle strida mot huvudregeln för rättskraftens begränsning till parterna (i bolagsfallet mot 138 § 2 mom 2 st ABL)<sup>4a</sup> och kan ej motiveras med att B bör slippa två processer om samma sak; även prövningen av en fråga om processhinder sker ju i en process. Att tvinga parterna att börja med att utreda om X föreligger kan knappast vara motiverat av hänsyn till svaranden, såvida detta tillvägagångssätt leder till större tids- och kostnadsutdräkt än att få tillstånd ett ogillande på den andra grunden, dvs. Y. Antas däremot en sådan dom binda C, bör naturligtvis — liksom i bordsmålet — domstolen ha att iaktta en bestämd ordningsföljd i så måtto att domen får grundas på Y endast om X föreligger.

*Fall 4.* A väcker talan mot B trots att X och Y är för handen. B *bestrid* och grundar sig härvid *enbart på Y*. Ogillande kan då — enligt principen *iura novit curia* — likväl ske på grund av X i samtliga fem mål försåvitt A tilläggs åberopsbördan för icke-X.

Liksom i de föregående fallen kan en materiell klassning av X leda till ett olämpligt resultat endast om domen binder tredje man och det ej råder någon bestämd ordningsföljd mellan X och Y. Också vid medgivande kan — som tidigare framgått av fall 1 — vissa komplikationer uppstå, även om sannolikheten för en ny talan i allmänhet torde vara liten i denna situation. Antag emellertid att käranden i fall 4 *påstår* icke-X samt att svaranden *erkänner* denna omständighet och således uttryckligen inskränker prövningen till att gälla Y. Är målet dispositivt kan då ett ogillande naturligtvis ej grundas på X, oavsett om det råder en bestämd ordningsföljd av ovan antytt slag. Om en ogillande dom — grundad på Y — antas binda C i samäganderätts- och stiftelsemålen<sup>5</sup> (vilket dock — som jag strax skall återkomma till — kan ifrågasättas åtminstone för stiftelsemålet del), skulle en materiell klassning av X innebära den olägenheten att C först efter domvillobesvär kan få sin talan mot B prövad. Och i den första processen skulle domstolen utan att kunna ingripa tvingas åse hur B föranleder en "onödig" prövning av Y, samtidigt som han lägger hinder i vägen för en kommande process förd av C, vilken kanske ej har kännedom om rättsgången och ej kan påverka dess förlopp.

Även om man kan komma en bra bit på väg genom att tillämpa principen *iura novit curia*, synes — bl. a. mot bakgrund av den sist

<sup>4a</sup> Betr. stiftelsefallet, se nedan s. 208 f med not 2.

<sup>5</sup> Se betr. samäganderättsfallet Welamson a. a. s. 120 ff med där anmärkt litteratur och Ekelöf: Rättegång II s. 72 samt — beträffande stiftelsefallet — nedan s. 208 f och Ekelöf a. a. s. 75 not 170, återgiven nedan s. 209. Observera dock även den ovan i not 2a antydda möjligheten.

diskuterade situationen — ett avskaffande av talerättsprövningen ej kunna ske utan olägenheter i vissa fall. Vill man hänföra talerättsprövningen till målets materiella del — eller kanske rent av bortse från skillnaden mellan formell och materiell rätt överhuvudtaget — bör således talerättsprövningen ersättas med att X görs till *officialfaktum* i de fall domen skulle binda tredje man i strid med huvudregeln. Man bibehåller då de rättsföljder som är önskvärda, dvs. den isolerade officialprövningen och den tvungna ordningsföljden, samtidigt som man skulle kunna undvika den låsning till helt olika regelsystem som föreligger de lege lata. Och nog förefaller det vara en lockande lösning att kunna anpassa handlägningsreglerna efter vad som befinns lägligast i det enskilda fallet utan att behöva ta ställning till de invecklade problem och svårmotiverade konsekvenser som skillnaden mellan processhinder och materiella rättsfakta många gånger medför enligt gällande rätt.<sup>6</sup> Åtminstone vad gäller talerätten synes processhinderkonstruktionen med fördel kunna ersättas av en civilrättslig reglering med såväl dispositiva som indispositiva moment,<sup>7</sup> varvid de senare skulle betraktas som "officialfakta" i processen.

Låt oss emellertid återvända till stiftelse- och samäganderättsmålen. Som vi sett kan det i sistnämnda fall de lege lata stundom vara motiverat att av rättskraftsskäl tillämpa en talerättsprövning. Men även i detta sammanhang torde en strävan att förskona svaranden från två processer om samma sak ha bidragit till den formella klassningen.<sup>8</sup> Då det gäller en process med samägare på kändesidan — att det föreligger en samägandesituation på svarandesidan kan ju ej motivera avvísning av hänsyn till den av samägarna som uppträder som svarande i det aktuella målet — anför således Welamson att avvísningen motiveras av "att 'samägandesidans' motpart kan tvingas att utkämpa två processer, den första med allt att förlora och intet att vinna".<sup>9</sup> Men svaranden kan ju göra invändning om partsställningen och få till stånd ett ogillande på denna grund, ja även om invändning ej framställs skall ogillande äga rum enligt principen *iura novit curia* om ej

<sup>6</sup> Se vidare nedan s. 234 ff.

<sup>7</sup> Metoden med "blandad" lagstiftning av detta slag synes bli aktuell inom allt fler rättsområden, så t. ex. inom fastighetsrätten, där miljöskyddslagen utgör ett färskt exempel härpå. Däremot torde "officialfakta" fortfarande vara sällsynta, trots att denna företeelse framstår som en smidigare konstruktion än processhinderinstitutet. Se betr. gränsen mellan dispositiva och indispositiva mål senast Ekelöf: Rättegång I (4. uppl.) § 1 avsnitt VIII nr 2 A 2 slutet samt, betr. dispositionsprincipens tillämpning i jävsprocessen, Boman i festskrift till Ekelöf s. 144 ff. Jfr även nedan s. 246 f.

<sup>8</sup> Jfr betr. borgenärsfallet ovan s. 197 f.

<sup>9</sup> Welamson a. a. s. 123.

svaranden medgivit käromålet. Ekelöfs argument beträffande stiftelsemålet faller även det, liksom hans tidigare diskuterade borgenärsexempel, ytterst tillbaka på en enligt min mening överdriven och i somliga fall missriktad hänsyn till svarandens trygghet. Ekelöf anför angående det fallet att A för talan mot B enligt 22: 7 ÄB och X föreligger:

”Parterna kan inte disponera över ändamålsbestämmelsen och svarandens trygghet motiverar att ett ogillande av en sådan talan är bindande även mot dem som enligt det ifrågavarande stadgandet kunnat föra talan i saken men ej gjort detta.”<sup>1</sup>

Att domen skulle äga rättskraft mot tredje man i det här aktuella fallet anser jag diskutabelt. En sådan lösning strider mot Ekelöfs egen huvudregel för rättskraftens subjektiva utsträckning och skulle kunna leda till svårmotiverade konsekvenser; så skulle t. ex. parterna i processen — alldeles oavsett om X föreligger eller ej — genom kollusiv processföring kunna ”låsa” tolkningen av en ändamålsbestämmelse för all framtid i uppenbar strid med testators önskan och till skada för de taleberättigade personer (C), som ej deltagit i processen. Oavsett om ett ogillande grundats på X eller Y synes domen ej böra äga rättskraft mot C.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 75 i not 170. — Här kan inflikas att uttryckssättet i 22: 7 ÄB (”...må talan... föras”) inte nödvändigtvis behöver betyda att bestämmelsen är en regel om talerätt i processuell mening. Det valda uttryckssättet kan förklaras med att en (materiell) rätt att få ändamålsbestämmelsen iakttagen inte innebär något mer än en rätt att föra talan därom mot den som har att verkställa ändamålsbestämmelsen, jfr ovan s. 175 f.

<sup>2</sup> Man skulle kunna tänka sig en analog tillämpning av 138 § ABL i stiftelsefallet, men enligt min mening talar övervägande skäl (bl. a. kollusionsrisken) mot antagande av rättskraft mot tredje man även vid bifallande dom. Jag är dock medveten om att skäl även kan anföras till stöd för att dom i mål av förevarande slag bör äga rättskraft mot tredje man (se även nedan not 2a); vad som främst kommer i åtanke härvidlag är att det ifrågavarande rättsförhållandet är ”odelbart” och att motstridiga domar således ej går att realisera (jfr betr. bolagsfallet Ekelöf: Rättegång II s. 170 och III s. 110, där dock stiftelsefallet ej nämns). Risken härför är emellertid knappast betydande och argumentet bör ej ges avgörande betydelse. De kollusionsrisker som följer av målets dispositiva karaktär väger enligt min mening tyngre. Vill man å andra sidan arbeta med rättskraft mot tredje man i stiftelsefallet får naturligtvis möjlighet till självständig intervention anses vara för handen, vilket dock utgör ett bräckligt skydd eftersom denuntiationsplikt ej föreligger enligt gällande rätt (se ovan s. 204 not 8a). Och att arbeta med konstruktionen *nödvändig* processgemenskap (se härom Ekelöf: Rättegång II s. 168 ff) är ej heller någon idealisk lösning för att skydda tredje man; processen skulle bli tungrodd med den komplicerade partsställning som detta skulle leda till. Betr. besvär över domvilla enl. 59: 1 p. 3 resp. återställande av försutten tid, se Welamson: Domvillobesvär s. 218 ff.

Nej, rättskraften kan knappast motivera talerättsprövning i stiftelsefallet.<sup>2a</sup> Vad som fått Ekelöf att anta en dylik rättskraftsverkan är väl här — liksom i borgenärsfallet<sup>3</sup> — att den materiella frågan i hela dess vidd annars skulle bli föremål för prövning redan i processen mellan A och B och att svaranden ej får besväras med två processer, alltså samma argument som Welamson anför i sitt ovan återgivna exempel.<sup>4</sup> Men man får härvid komma ihåg att om X icke föreligger, så skall käromålet ogillas på *enbart* denna grund, såvida X klassas som ett materiellt rättsfaktum. Någon *prövning* av övriga materiella rättsfakta behöver ej äga rum. Och om svaranden ej skulle utnyttja möjligheten att inskränka också *handläggningen* till att avse enbart X, skall A:s talan ändå ogillas enligt principen *iura novit curia*, varvid "den materiella frågan" ej blir föremål för prövning i den mening Welamson torde ha avsett.

Som jag berört tidigare kan onödigt processande förekomma i många former och det synes ej föreligga särskilda skäl till en särbehandling av här aktuella fall. Rättegångsbalken erbjuder andra remedier än talerättsprövning härvidlag; särskilt ansvaret för rättegångskostnaderna torde utgöra en återhållande faktor i förevarande avseende.<sup>5</sup> Låt oss emellertid anta att svaranden förtjänar de omsorger han ägnas i Ekelöfs och Welamsons framställning. När man då det avsedda resultatet med den valda metoden, slipper B två processer, såvida X ges betydelse som processhinder? Nej, det blir uppenbarligen fråga om två processer trots att man avvisar i den första. Som jag påpekat tidigare prövas ju även frågor om processhinder i *process*. Det betydelsefulla är vilket regelsystem som ger möjlighet till det snabbaste och billigaste avgörandet. Härvid kan det numera ifrågasättas om inte det materiella regelkomplexet rent av innebär vissa fördelar. I vart fall behöver en materiell klassificering ej innebära några nackdelar; efter 1971 års ändringar av 17: 5 st 2 föreligger ju, som jag flera gånger understrukt i det föregående, minst lika goda möjligheter till en uppdelning av målet som om X klassas som processhinder. Härtill kommer fördelen

<sup>2a</sup> Antas domen äga rättskraft mot tredje man kan talerättsprövningen de lege lata i betydande utsträckning ersättas med "materiell officialprövning" enligt principen *iura novit curia*; de lege ferenda torde dock — bl. a. på grund av den kollusionsrisk som följer av målets dispositiva karaktär — konstruktionen att göra X till officialfaktum vara att föredra.

<sup>3</sup> Se ovan s. 197 ff, jfr även Grunsky (Prozessführungsbefugnis s. 53), som motiverar talerättsprövningen med att dom *ej* skulle ha rättskraft mot tredje man.

<sup>4</sup> Se ovan s. 201.

<sup>5</sup> Se nedan s. 226.

av att sistnämnda bestämmelse är *fakultativ*. Prövas X som en fråga om processhinder kan rätten ej hindra att denna del av målet görs till föremål för särskilt överklagande om X ej anses vara för handen, dvs. om avvísning sker. Betraktas däremot X som ett materiellt rättsfaktum kan rätten förhindra en dylik uppdelning i de fall då detta vore olämpligt med hänsyn till utredningen, t. ex. om X äger starkt samband med övriga materiella rättsfakta och betydande del av bevisningen är gemensam.<sup>6</sup>

I anslutning till 17: 5 st 2 skall också nämnas att det *dispositiva* inslaget i denna bestämmelse knappast torde kunna bli till någon nackdel. Begär en av parterna mellandom i syfte att förhala processen kan rätten — förutsatt att motparten ej vill medverka till förhållningen — förhindra en dylik uppdelning. Skulle å andra sidan någon av parterna sätta sig emot särskilt avgörande beträffande X i ett fall då mellandom är förenat med processekonomiska fördelar kan ju rätten ändå förordna om en dylik uppdelning ("synnerliga skäl"). Och om parterna ej inser fördelarna med en uppdelning kan rätten upplysa dem om denna möjlighet; att ingen av dem skulle begära mellandom i en sådan situation betraktar jag som osannolikt.

Det är i och för sig tänkbart att en noggrann jämförelse mellan de båda regelsystemen skulle ge vid handen att en processuell klassificering av partsställningen kan vara till fördel i vissa fall. En sådan studie fordrar dock att man även tar hänsyn till det civilrättsliga institut varom är fråga. Jag får här avstå från en sådan undersökning. Utgångspunkten bör dock enligt min uppfattning vara att ett rättsfaktum endast skall systematiseras som en fråga om processhinder när vägande ändamålsskäl kan anföras härför. Såvitt jag kan förstå är detta bara undantagsvis fallet i de här diskuterade situationerna. Det synes därför åtminstone de lege ferenda frestande att förorda att talerätten slopas som processförutsättning helt och hållet, en reform som skulle kunna utgöra ett steg på vägen mot ett totalt avskaffande av den uppdelning i processhinder och materiella frågor som nu förekommer.

Avslutningsvis kan konstateras att den allmänna talerättsregeln, nämligen att det fordras att A skall påstå sig berättigad gentemot B, synes beskriva en processförutsättning som ej motsvaras av något processhinder. Visserligen torde avvísning ske de lege lata i åtminstone en del av de ovan berörda fallen. Men det synes då förhålla sig så att avvísning ej kan undvikas genom ett påstående i rätts- och/eller sakfrågan. I alla hittills diskuterade fall påstår sig ju käranden — i den

<sup>6</sup> Se härom Ekelöf: Rättegång V s. 172 ff samt SOU 1969: 41 s. 135 ff och 161 f.

av mig här hävdade meningen<sup>7</sup> — berättigad gentemot svaranden som förpliktigad. Käranden påstår sig berättigad att göra vissa påföljder gällande även då yrkandet t. ex. avser en prestation till tredje man. I vissa fall — som vid tredjemansavtal — skall bifall ske till en dylik talan. I andra fall — som i exemplet med sekundogäldenären — anses bifall uteslutet. Men bristen i kärandens talan består ej av att han inte påstått sig berättigad på det sätt som fordras för talerätt. Vad som fattas är en (materiell eller processuell) rättsregel av innebörd att åberopade rättsfakta har påstådd rättslig betydelse, dvs. de rättsföljder som framgår av yrkandet. I allmänhet leder ju en brist i detta avseende till ogillande. Skillnaden mot talerättsfallen — dvs. då avvisning äger rum — ligger ej på rättsfaktumsidan. Vi har här enbart att göra med en skillnad på rättsföljdssidan, mellan ogillande och avvisning, mellan de regelkomplex som gäller för processhinder respektive för materiella frågor. Om nu gällande talerättsregler förs (tillbaka) över till den materiella gruppen skulle detta ej leda till att denna grupp blir mindre homogen än tidigare, vi skulle inte få några katter bland hermelinerna för den sakens skull. Det finns inte några specifikt ”formella” egenskaper på rättsfaktumsidan hos de frågor vi idag betraktar som processhinder.<sup>8</sup>

Avvisning på grund av bristande talerätt torde aldrig ske av den anledningen att käranden ej påstått sig berättigad gentemot svaranden som förpliktad; att även en tredjeman påstås berättigad kan såvitt jag förstår inte konstituera någon brist enligt en sådan talerättsregel. En talerättsprövning i enlighet med huvudregeln synes överhuvudtaget aldrig kunna bli aktuell. Om stämningsansökningen uppfyller föreskrifterna i 42 kap RB är också påståendekravet uppfyllt.

Talerätten saknar således betydelse i de flesta processer och den allmänna talerättsregeln är innehållslös. I de praktiskt skönjbara fallen anknyter talerättsprövningen till frågor som i de flesta mål handläggs och avgörs som spørsmål rörande själva saken. Existerande talerättsfall sorterar ej under den allmänna (innehållslösa) talerättsregeln, de framstår som undantag från denna onödiga juridiska konstruktion. Det förefaller sannolikt att vi här har att göra med en teoretisk överbyggnad som tillkommit till följd av det förvillande i Bülows terminologi. Termen processförutsättning ger ett intryck av något som är aktuellt i alla mål — termen är s. a. s. allmän till sin natur — och då man väl definierat talerätt som en processförutsättning har det blivit nödvändigt att ge talerätten den i föregående stycke omnämnda innebörden för att kunna anta förekomsten därav i *alla* mål. Huvud-

<sup>7</sup> Se ovan s. 200.

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 18 ff.

regelns innehållslösa innebörd beror sannolikt på att man uppfattat talerätt som en *allmän* processförutsättning.<sup>9</sup> Skall man arbeta med talerätten som en processförutsättning bör den dock enligt min uppfattning avse en även praktiskt urskiljbar förutsättning för process, vilket ej är fallet så länge talerätt anses följa av att käranden *påstår* sig berättigad gentemot svaranden som förpliktiga.<sup>1</sup> Talerätten bör hellre ses som en *speciell* processförutsättning, dvs. en processförutsättning som är aktuell endast i vissa slags mål, som t. ex. vid talan om äktenskaplig börd och talan enligt 138 § ABL. Det förefaller, här liksom vid alla processförutsättningar, lämpligast att — liksom RB — utgå från termen processhinder<sup>2</sup> och fråga när avvísning skall ske på grund av brister i partsställningen.<sup>3</sup>

Utgångspunkten för framställningen under 5. var frågan om det — som Kallenberg påstår — är orimligt att tänka sig att behörigheten att processa som part angående det omstämda rättsförhållandet helt eller delvis sammanfaller med ett moment i detta rättsförhållande, dvs. om det överhuvudtaget går att skilja mellan saklegitimation i dess gamla och nya innebörd. Att döma av de hittills uppnådda resultaten förekommer det i praktiken att ett moment i det omstämda rättsförhål-

<sup>9</sup> Termerna *allmän* contra *speciell* processförutsättning används i allmänhet i ovan angivna betydelser, se t. ex. ovan s. 22 i not 5. Ekelöf (Rättegång II s. 52) synes däremot använda beteckningen speciell processförutsättning i en annan mening än den här begagnade. — Diedrichsen (s. 417 f) synes uppfatta talerätt som en speciell processförutsättning i ovan i texten angiven mening.

<sup>1</sup> Ett påstående är visserligen praktiskt urskiljbart men ej som förutsättning för talerätt. Eftersom talerätten prövas *efter* kraven på stämningsansökningen (se ovan s. 102 ff) är ju alltid detta krav uppfyllt när väl talerättsprövningen är aktuell. — Betr. förhållandet mellan avvísning och ogillande vid bristfällig stämningsansökan se Boman s. 124 ff.

<sup>2</sup> Jfr Hassler ovan s. 21 i not 9.

<sup>3</sup> Enligt min mening bör man i linje härmed med processförutsättning inte mena något annat än att motsvarande processhinder inte är för handen. Härvid bör uppmärksammas att en processförutsättning åtminstone inte alltid korresponderar med *ett enda* sakförhållande. Processhindret bristande processbehörighet — t. ex. omyndighet — undanröjs inte endast genom att parten blir myndig utan även genom att hans talan övertas av hans förmyndare. Termen processförutsättning ger, som jag försökt exemplifiera även i texten ovan, s. a. s. intryck av en allmän karaktär och kan lätt undanskymma denna komplexitet.

Föreställningen om allmänna processförutsättningar beror, som antytts ovan, sannolikt på påverkan av Bülow, vars kategoriska uttalanden (se t. ex. ovan s. 39 och 40) inbjuder till förenklingar i här aktuella avseenden. Frågan är om inte även Ekelöf gör sig skyldig till en dylik förenkling när han anför att processhinder innebär "detsamma som att den motsvarande processförutsättningen brister" (Rättegång II s. 9). Man kan av detta uttryckssätt lätt få det felaktiga intrycket att processförutsättning betecknar ett enda konkret faktum.

landet görs till föremål för prövning som en fråga om processhinder; i själva verket torde samtliga praktiskt relevanta talerätsregler vara beskaffade på detta sätt. Orimligt är det således inte; däremot framstår den formella klassningen som diskutabel ur ändamålssynpunkt.

Jag har alltså kunnat konstatera att talerätten på rättsfaktumsidan fortfarande — i strid med vad Kallenberg påstod efter sin omvändelse — anknyter till frågan om käranden är berättigad på det sätt han påstår, dvs. om han är subjekt i det omstämda rättsförhållandet. Emellertid har man i litteraturen påstått att det finns fall då den "... som *otvivelaktigt* är subjekt (kan) ... sakna befogenhet att processa som part *därom* och denna befogenhet tillkommer ... någon annan".<sup>4</sup> I dessa fall — dvs. då någon har "talerätt rörande annans rättsställning" — skulle det även i praktiken gå att skilja mellan saklegitimationen i dess äldre och dess nya betydelse. Är detta riktigt, är termen "talerätt rörande annans rättsställning" en realistisk beteckning på rättsläget i de situationer då detta uttryckssätt kommer till användning? Är talerättsprövning ändamålsenlig i dessa fall?

### C. Talerätt rörande annans rättsställning

Som exempel på "talerätt rörande annans rättsställning" anger Ekelöf konkursbos talerätt i vissa fall, inkassomandatariens talerätt vid inkassoöverlåtelser och arbetsmarknadsorganisations talerätt enligt 13 § LAD.<sup>5</sup> Det kan framstå som en meningslös strid om ord att ifrågasätta det träffande i denna terminologi. För mitt ämne har dock uttrycket "talerätt rörande annans rättsställning" ett systematiskt intresse, som skulle kunna motivera en ingående behandling. Men jag skall här bara göra några allmänna reflektioner utan att närmare beröra det komplicerade rättsläget i dessa fall.

I och för sig vore det naturligtvis av större värde att i detalj pröva ändamålsenligheten av konstruktionen processhinder vid fall av "talerätt rörande annans rättsställning". Någon sådan detaljprövning är emellertid ej avsedd i förevarande arbete<sup>6</sup> utan jag får nöja mig med några antydningar i detta hänseende, antydningar som dock pekar mot att talerättsprövningen även i dessa fall med fördel kan ersättas med principen *iura novit curia*, officialakta och rättskraftens begränsning till parterna.

<sup>4</sup> Se Welamson a. a. s. 113, jfr även Schneider s. 279 f, Lüke s. 27 f och Grunsky: Prozessführungsbefugnis s. 52.

<sup>5</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 70 ff och Grunsky: Prozessführungsbefugnis s. 52. För ett särskilt fall se Larsson: Partshandlingar s. 133.

<sup>6</sup> Jfr ovan s. 14 f, 170 och 195.

Nå, är det då ett realistiskt uttryck för rättsläget att beteckna konkursboets, inkassomandatariens och arbetsmarknadsorganisationens talerätt såsom "rörande *annans* rättsställning"? Såvitt jag kan förstå är det träffande att använda denna lokution endast om ett rättssubjekt har vidare inom- än utomprocessuella dispositionsmöjligheter och det sålunda föreligger en diskrepans mellan talerätten och den civilrättsliga förfoganderätten. Man kan också uttrycka saken så att det *ej* föreligger skäl att begagna termen talerätt rörande annans rättsställning, då parten genom ett avtal med motparten kan åstadkomma samma resultat som en dom som går den förre emot. Föreligger det då en sådan överensstämmelse i de ovan nämnda situationerna?

Ja, i *konkursfallet* — dvs. då konkursboet har talerätt rörande egendom som "tillhör" konkursgäldenären — synes det föreligga parallellitet härvidlag. Konkursgäldenären träffas av domens rättskraft i enlighet med Ekelöfs huvudregel för rättskraft mot tredje man, liksom konkursboet kan uppnå samma bundenhet för gäldenären på utomprocessuell väg. Att konkursgäldenären intar denna beroendeställning synes mig väsentligare än att gäldenären eller konkursboet betecknas som "ägare" eller subjekt i rättsförhållandet i det ena eller andra avseendet. Vill man föra debatten på ett begreppsjuridiskt plan kan man även finna formuleringar och argument som står i överensstämmelse med att konkursboet anses vara ägare efter konkursutbrottet. Konkursgäldenärens rättsställning är så uttunnad, hans "ägarebefogenheter" så rudimentära och hans eget intresse i saken så begränsat att termen "talerätt rörande annans rättsställning" framstår som obefogad. Man tycks i vart fall knappast kunna påstå att gäldenären "otvivelaktigt" även efter konkursutbrottet är subjekt i de rättsförhållanden eller i de avseenden, varom konkursboet äger processa som part.

Frågan om terminologi och juridisk konstruktion vad gäller konkursboets och konkursgäldenärens rättsställning har diskuterats av Welamson på ett sätt som ej ger utrymme för ytterligare reflexioner.<sup>7</sup> Låt mig endast upprepa att några praktiska slutsatser ej får dras av vilket uttryckssätt man begagnar för konkursgäldenärens ställning i här aktuella avseenden och att detta även gäller talerätten. Om en talan av eller emot konkursgäldenären enligt gällande rätt skall avisas på grund av bristande talerätt i vissa fall, så bör detta ej heller tas som belägg för att denne saknar talerätt rörande sin egen rättsställning. Det skulle finnas mera fog för termen talerätt rörande annans rättsställning om konkursgäldenären ägde talerätt i de processer varom här är fråga; en sådan talerätt skulle ju gå vida utöver hans utomprocessuella dispositionsmöjligheter.

<sup>7</sup> Se Welamson: Konkursrätt s. 192 ff.

Vad finns det då för rationella skäl att handlägga frågan om konkursgäldenärens materiella rättsställning som en fråga om bristande talerätt? Lika väl som gäldenären saknar utomprocessuella möjligheter att åstadkomma bundenhet för konkursboet, äger ju dom i process med gäldenären som part ej heller rättskraft mot boet<sup>8</sup> och talerättsprövningen kan således ej vara föranledd av domens rättskraft mot tredje man. Den processuella klassificeringen synes möjligen kunna motiveras med att domen skulle äga olämplig bevisverkan i vissa fall.<sup>9</sup> I likhet med tidigare diskuterade talerätsregler synes det dock ej medföra några nackdelar att handlägga ifrågavarande rättsfaktum enligt det materiella regelkomplexet och ogilla kärandens talan under åberopande av att den omtvistade egendomen ingår i konkursmassan. Så synes också numera ske i dansk — och möjligen norsk — rätt, medan man tidigare härvid avvisade kärandens talan.<sup>1</sup> I svensk rätt torde man däremot förfara på det senare sättet, åtminstone i de flesta fall.<sup>2</sup> Men då man ser konkursboets talerätt som ett exempel på att det även i praktiken går att skilja mellan saklegitimation i dess äldre och nya innebörd synes man falla tillbaka på en begreppsjuridisk uppfattning om konkursgäldenärens och konkursboets materiella ställning. Om gäldenärens talan avvisas på grund av bristande talerätt, så sker detta ytterst på grund av att han ej är materiellt berättigad eller förpliktigad på det sätt som påstås. Han är m. a. o. ej längre subjekt i rättsförhållandet i de avseenden processen gäller.

Ej heller *inkassofallet*<sup>3</sup> — dvs. inkassomandatariens behörighet att processa som part rörande den fordran som "tillhör" inkassoöverlåtaren — erbjuder några särskilda problem i här diskuterade hänseenden. Avvisning på grund av bristande talerätt torde ju *ej* äga rum, oavsett vilken av parterna i inkassoförhållandet som väcker talan. Som Ekelöf påpekat<sup>4</sup> finns det ingen anledning att ex officio pröva att inkassoöverlåtelse skett och avvisa om denna ej kan styrkas. Skulle inkassoöverlåtaren väcka talan efter "överlåtelsen", får frågan om hans rätt till betalning bedömas enligt sedvanliga värdepappersrättsliga regler och käromålet ogillas om han enligt dessa ej äger kräva betalning

<sup>8</sup> Jfr Welamson: Domvillobesvär s. 118.

<sup>9</sup> A. a. s. 117.

<sup>1</sup> Se Gomard: Skifteretten s. 207, Hurwitz s. 75 f och Munch-Petersen: Skifteretten s. 60 f.

<sup>2</sup> Jfr Söderlund s. 290 f med där anmärkt litteratur och praxis. Betr. möjligheten att låta konkursboet processa som ställföreträdare för gäldenären, se ovan s. 178.

<sup>3</sup> Se härom Söderlund s. 291 ff.

<sup>4</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 73.

utan att ha värdepappret i sin besittning. Inkassofallet är ett exempel på talerättskonstruktionens umbärlighet.

Att termen "talerätt rörande annans rättsställning" kommer till användning vid inkassoöverlåtelser skall ses mot bakgrund av att inkassoöverlåtare framför allt i äldre litteratur i allmänhet betecknas som "ägare" även efter överlåtelsen.<sup>5</sup> Liksom i konkurssituationen får man naturligtvis ej dra några praktiska slutsatser av detta uttryckssätt. Emellertid finns det möjligen viss grund för att beteckna inkassomandatars talerätt som ett fall av talerätt rörande annans rättsställning. Inkassoöverlåtelsen torde nämligen ej ge inkassomandatarien behörighet att efterge gäldenärens fordran på det civilrättsliga planet. Där emot äger måhända inkassomandatarien att i process företa motsvarande disposition. Antar man som Ekelöf<sup>6</sup> att dom i process mellan gäldenären och inkassomandatarien *alltid* har rättskraft mot "överlåtare", skulle det således föreligga en diskrepans mellan inkassomandatars inom- och utomprocessuella dispositionsmöjligheter. Om domen träffar "tredje man" även i det ytterlighetsfallet att inkassomandatarien efterger sin talan mot gäldenären, skulle detta således ske i strid med huvudregeln för domens rättskraft mot tredje man och termen "talerätt rörande annans rättsställning" ha ett visst fog för sig. Enligt min uppfattning kan det dock ifrågasättas om inte domens verkan mot överlåtare i detta fall borde bedömas utifrån gränserna för mandatars behörighet.<sup>7</sup>

Ett annat fall då termen "talerätt rörande annans rättsställning" kommit till användning är då arbetsmarknadsorganisation för talan enligt 13 § *LAD* "för en medlems räkning" inför arbetsdomstolen. Antag att en arbetstagare A väcker talan vid AD mot sin arbetsgivare B om ersättning för visst övertidsarbete. B invänder därvid i första hand att A överhuvudtaget ej befunnit sig på arbetsplatsen under den tid A påstår och gör i andra hand gällande att om A verkligen utfört ifrågavarande arbetsuppgift är han — på grund av en bestämmelse i kollektivavtalet — ändå ej berättigad till särskild ersättning för detta. A vidhåller sitt yrkande och bestrider att kollektivavtalet kan ges en sådan tolkning som B hävdar.

Om A i detta fall anhängiggör process vid AD utan att visa att hans förening undandragit sig att föra talan, torde käromålet de lege lata

<sup>5</sup> Se t. ex. Eberstein: Den svenska växelrätten s. 89 ff.

<sup>6</sup> Ekelöf: Rättegång II (1 uppl.) s. 280 not 160 och Rättegång III s. 109.

<sup>7</sup> En intressant parallell erbjuder det fallet att rättegångsfullmäktig ingår förlikning trots att denna disposition ej omfattas av hans civilrättsliga behörighet medan däremot rättegångsfullmakten ej innehåller någon begränsning härvidlag.

avvisas enligt 13 § LAD, eventuellt sedan domstolen givit A möjlighet att komplettera sin talan i nyssnämnda hänseende. Anledningen till talerättsprövningen är — förutom den tidigare nämnda sovringsfunktionen — att A skulle kunna föranleda en "sakligt ogrundad dom med prejudicerande verkan till organisationens nackdel".<sup>8</sup> Jag skall inte här ifrågasätta det ändamålsenliga i att handlägga den i 13 § stadgade förutsättningen som en fråga om processhinder. Låt mig bara peka på att man ej heller i detta fall synes ha räknat med möjligheten att *ogilla på grund av bestämmelsen i 13 §* — dvs. utan att pröva målet i övrigt —; ett ogillande som knappast skulle kunna äga någon besvärande bevisverkan för föreningen. Och här liksom eljest kan man — åtminstone de lege ferenda — göra vad som nu är processhinder till ett officalfaktum. AD skulle alltså i så fall ex officio kontrollera att föreningens rätt ej trädde för när.

Alltnog, låt oss acceptera att 13 § fattas som en bestämmelse om talerätt. Gör då organisationens talerätt skäl för beteckningen "talerätt rörande annans rättsställning"? Härvid bör först erinras om att den enskilde medlemmen har en subsidiär talerätt; vill hans organisation ej föra talan har han själv möjlighet härtill. Och denna talerätt synes inträda inte bara om hans organisation vägrar att föra talan för medlemmen överhuvudtaget. Det torde vara tillräckligt att "föreningen undandrar sig att föra en talan av sådan beskaffenhet som medlemmen önskar".<sup>9</sup> Antag t. ex. att A:s förening i det ovan skisserade fallet inser att processen är meningslös på grund av att A enligt föreningens uppfattning ej har rätt till betalning på det sätt han påstår. Föreningen avser därför att återkalla eller efterge "sin" talan. Såvitt jag kan förstå bör medlemmen i detta fall ha möjlighet att inträda i processen och överta "föreningens" talan. A har således viss möjlighet att förhindra att hans fordran efterges i processen. Och föreningen kan endast disponera över medlemmens lönefordran i vissa avseenden.

Även om det är svårt att jämföra föreningens inom- och utomprocessuella dispositionsmöjligheter kan man väl säga att det i stort sett råder överensstämmelse härvidlag även i här diskuterade fall. Genom medlemskap i fackföreningen har ju A s. a. s. delegerat sin dispositionsrätt beträffande lönefordringen i dess kollektivavtalsrättsliga delar till de avtalsslutande parterna på arbetsmarknaden. Föreningarnas dispositionsmöjligheter i detta avseende är visserligen begränsade till kollektivavtalsrättsliga frågor, men denna begränsning gäller även föreningens talerätt, som via reglerna om AD:s behörighet (11 § LAD) är inskränkt på motsvarande sätt. Antag emellertid att B i det in-

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 178 f.

<sup>9</sup> Bergström s. 103.

ledningsvis angivna exemplet frånfaller sin kollektivavtalsrättsligt färgade invändning. Med den tolkning Sigeman ger frågan om AD:s sakliga behörighet<sup>1</sup> synes då AD fortfarande vara behörig domstol. Om föreningen fortfarande äger processa som part har A således endast subsidiär talerätt trots att frågan saknar kollektivavtalsrättsligt intresse. Överensstämmelser råder ej längre mellan föreningens inom- och utomprocessuella dispositionsmöjligheter och termen "talerätt rörande annans rättsställning" skulle inte bara anknyta till ordalagen i 13 § LAD, utan även vara ett realistiskt uttryck för det faktiska förhållandet. Härtill skall i förevarande sammanhang endast påpekas *dels* att föreningens processuella dispositionsmöjligheter är inskränkta genom A:s möjlighet till självständig intervention, *dels* ock att Sigemans uppfattning i forumfrågan tål att diskuteras; bl. a. kan invändas att den ej tar hänsyn till här angivna konsekvenser i talerätts hänseende. Och naturligtvis kan man ej heller ta för givet att den i 13 § LAD stadgade inskränkningen i medlemmens talerätt skulle anses gälla även i detta fall.

Här bör kanske nämnas ytterligare en situation då parts talerätt ej korresponderar med möjligheten att genom avtal uppnå ett motsvarande rättsläge<sup>1a</sup> och då det således tycks föreligga ett "talerättsöverskott", som i viss mån motiverar termen "talerätt rörande annans rättsställning". Dom i process om makes fasta egendom torde nämligen äga rättskraft mot den andre maken, trots att make enligt GB 6: 4 ej får förfoga över egendomen utan den andra makens samtycke.<sup>2</sup> Man kan visserligen säga att detta hellre bör betecknas som en inskränkning i giftorätten än som en utvidgning av talerätten. Enligt min mening är rådande ordning i vart fall otillfredsställande. Visserligen torde make i detta fall ha möjlighet att inträda i processen som självständig intervenient. Men poängen med kravet på samtycke vid civilrättsliga dispositioner av här aktuellt slag är väl framför allt att makarna skall vara skyldiga att hålla varandra underrättade om sin ekonomiska situation. Mot bakgrund härav borde man de lege ferenda (om nu giftorätten kommer att behållas) *antingen* uppge det civilrättsliga kravet på samtycke, *eller* införa en bestämmelse om sådan de-

<sup>1</sup> Se Sigeman s. 445 ff.

<sup>1a</sup> Betr. överensstämmelse i detta avseende se även Larsson: Partshandlingar s. 123 och 140.

<sup>2</sup> Enligt Ekelöf (Rätttegång III s. 110) är det rent av uppenbart att domen har rättskraft i detta avseende. Läget betecknas av denne (Interventionsgrunden s. 164) som "analogt med det som råder, då ett rättssubjekt har processföringsrätt men icke förfoganderätt över en annan persons rättsställning". Se även Welamson: Domvillobesvär s. 124.

nuntiationsplikt varom talas i 14: 12 st 3 RB, sanktionerad genom möjlighet till domvillobesvär enligt 59: 1 p 1.<sup>2a</sup>

## 6. Talerättens funktion

Avsikten med följande avsnitt är att mera samlat beröra vad jag redan varit inne på i det föregående, nämligen talerättens funktion. Även här måste ett förbehåll göras; en skarp avgränsning är ej möjlig mellan de argument som kan anföras till förmån för talerättsprövning i olika fall. Den uppdelning jag företar i det följande är därför i viss mån konstlad. Vidare ger litteraturen på området ej underlag för någon exakt inventering av tänkbara talerättsfunktioner i svensk rätt. Därför vore det naturligtvis av intresse att systematisera alla rättsfall av talerättslig betydelse och på denna väg söka belägga vilka funktioner talerättsprövningen avses fylla.<sup>2b</sup> En så omfattande uppgift har jag emellertid ej förelagt mig i förevarande sammanhang. Avsikten med följande avsnitt är endast att anföra några tänkbara skäl för att systematisera en omständighet som en fråga om talerätt.

### A. Talerättsprövning av hänsyn till tredje man

I svensk talerättsdebatt intar talerättsprövningens funktion att skydda tredje man en framträdande plats.<sup>3</sup> Avvisning av hänsyn till tredje man motiveras som tidigare framgått i sin tur bl. a. med att en ogillande dom skulle träffa tredje man i strid med den allmänna principen för rättskraftens subjektiva utsträckning. Genom den officialprövning som följer av processförutsättningens tvingande natur tillvaratas tredje mans intresse att undgå en sådan bundenhet; i stället för dom leder bristen i partsställningen till ett avvisningsutslag, som ej står i vägen för en ny process förd av den taleberättigade.

Emellertid har jag tidigare funnit att man i princip kan hävda att samma regler gäller för den ogillande domens och avvisningsutslagens rättskraft i svensk rätt; det avgörande är om den brist som förhindrat framgång är dilatorisk eller peremptorisk, ej utslagets rubricering som avvisning eller ogillande.<sup>4</sup> Domens rättskraft mot tredje man utgör endast undantagsvis ett hållbart argument för talerättsprövning. Av vissa — i och för sig diskutabla — skäl äger dock måhända domen

<sup>2a</sup> Jfr ovan s. 204 not 8a.

<sup>2b</sup> För rättsfall se senast Söderlund s. 265 f, se även NJA 1973 s. 1.

<sup>3</sup> Se redan Schrevelius s. 82 f och Wrede s. 99 varom ovan s. 185 vid not 8.

<sup>4</sup> Se ovan s. 165.

i en del fall de lege lata en mera vidsträckt subjektiv rättskraftsverkan än avvísingsutslaget. Det är på denna tämligen bräckliga grund en stor del av den svenska talerätsdebatten vilar.

I detta sammanhang finns det kanske anledning att åter erinra om de familjerättsliga statusprocesserna, där en talerättsprövning otvivelaktigt tillämpas de lege lata. Ej heller i dessa fall utgör dock talerättsprövningen något omistligt inslag i processen. Antag t. ex. att dottern D väcker talan mot föräldrarna G och H med yrkande om att rätten måtte döma till äktenskapsskillnad dem emellan. En sådan talan skulle idag avvisas på grund av D:s bristande talerätt. Men de lege ferenda kan man tänka sig att ogilla talan enligt principen *iura novit curia* på grund av att D ej är "materiellt" berättigad att söka äktenskapsskillnad i detta fall, varvid domen ej skulle kunna hindra ny process mellan andra parter. Även bifallande doms rättskraft kan naturligtvis göras beroende av att partsställningen varit felfri.<sup>4a</sup>

De lege ferenda kan man f. ö. även ifrågasätta de socialmoraliska skäl, som anses motivera att domar i mål av ovan nämnt slag äger rättskraft mot alla. Faran för att motstridiga bedömanden skulle "undergräva den helgd, varmed äktenskap och äktenskaplig börd bör vara förbundna"<sup>5</sup> synes ej längre vara överhängande. Frågan är väl om inte samhällsutvecklingen gjort denna synpunkt inaktuell, ja vad gäller frågan om ett barns eventuella äktenskapliga börd kan det rent av ifrågasättas om inte rättsskipningen bör medverka till att nyssnämnda egenskap tillmäts mindre vikt än tidigare varit fallet.

Som framgår av Welamsons arbete är det emellertid inte bara domens *rättskraftsverkan* som anses kunna motivera en talerättsprövning av hänsyn till tredje man.<sup>6</sup> Även domens *bevis- och exekutionsverkan* kan tänkas vara orsak till att partsställningen beaktas *ex officio* som en fråga om talerätt. Exempel på det förstnämnda har jag nämnt tidigare; talerätsregeln i 13 § LAD är framför allt föranledd av dylika hänsyn, liksom avvisning vid talan av eller emot konkursgäldenär beträffande egendom han ej äger råda över. Domens bevisverkan utgör också ett slags andrahandsargument i de fall det är tveksamt om domen har rättskraft mot tredje man. Man kan då hävda att om tredje man ej träffas av rättskraften, är talerätsregeln i vart fall motiverad på grund av den bevisverkan en dom skulle få mot denne. Att en dom skulle äga besvärande bevisverkan förutsätter dock — liksom rättskraftsargumentet — att kärandens talan blir föremål för prövning även vad gäller de rättsfakta som ej är av betydelse ur talerättssynpunkt. Men

<sup>4a</sup> Jfr ovan s. 206 i not 2a.

<sup>5</sup> Ekelöf: Rättegång III s. 111.

<sup>6</sup> Se Welamson: Domvillobesvär s. 134 ff.

detta blir inte (*iura novit curia*) eller behöver inte bli (officialfakta) fallet vid en materiell klassning av de rättsfakta som enligt gällande rätt har karaktär av processhinder.

Som ett exempel på talerättsprövning på grund av domens exekutionsverkan mot tredje man anger Welamson det fallet att "en vindikationstalan riktas mot besittare av fast egendom, vilken icke för egen del gör gällande äganderätt utan åberopar en upplåtelse från tredje man", medan motsvarande talerättsprövning däremot ej företas då talan avser lös egendom.<sup>7</sup> En förutsättning för avvisning i nyss berörda situation — vars aktualitet efter införandet av den nya jordabalken jag ej skall gå in på i förevarande sammanhang — skulle således vara att den bristande partsställningen framgår av partens eget påstående, något som kan ge upphov till besvärliga gränsfall.

Mot ifrågavarande talerättsregel kan vidare invändas att domens exekutionsverkan synes utgöra ett starkare argument för avvisning vid talan om lös egendom, men att det oaktat avvisning ej sker i sådana mål.<sup>8</sup> Åtminstone de *lege ferenda* synes frågan om partsställningen kunna prövas som en fråga rörande själva saken även då ett bifall är uteslutet.<sup>9</sup>

Då det gäller talerättsregler som föranletts av hänsyn till tredje man finns det naturligtvis anledning att hålla i minnet att reglerna om talerätt bara utgör en del av det civilprocessuella tredjemansskyddet och att man de *lege ferenda* kan nå det önskade resultatet även på andra vägar, t. ex. på exekutionsplanet eller genom regler om *litisdenuntiatio* och kungörelseförfarande, begränsning av rättskraften etc. Och i de fall det endast är den med processhindren sammanhängande officialprövningen man eftersträvar med den processuella klassificeringen av en viss fråga — och tvisten gäller ett åtminstone delvis dispositivt rättsförhållande — kan metoden att behandla ifrågavarande omständighet som ett "officialfaktum" erbjuda ett intressant alternativ i de fall då ogillande ej kan ske enligt principen *iura novit curia*. Men redan med sistnämnda princip — dvs. med nu gällande regelsystem — kan man som framgått tidigare komma ganska långt i detta hänseende.

### **B. Talerättsprövning av andra skäl**

I utländsk doktrin dominerar ej tredjemanshänsyn talerättsdebatten på det sätt som är fallet i den svenska litteraturen. Följande uttalande av Henckel ger en god bild av vilka hänsyn som är aktuella i den tyska debatten härvidlag:

<sup>7</sup> A. a. s. 131 och 139 ff.

<sup>8</sup> A. a. s. 140 ff.

<sup>9</sup> Jfr SvJT 1970 ref. s. 79, se i här aktuella frågor även Hessler i festskrift till Ekelöf s. 344 ff och SOU 1973: 22 (Utsökningsbalk) s. 431 ff.

„Hier zeigt sich nun die Bedeutung der Feststellung, dass die Prozessführungsbefugnis durch das Rechtsschutzinteresse motiviert ist. Die Klagebefugnis wird gewährt zur Sicherung eines eigenen oder kraft Amtes wahrzunehmenden Interesses. Sie wird aber auch im Interesse des Gegners und des Gerichts beschränkt auf ein schutzwürdiges Interesse. Diese Einschränkung dient ähnlichen Zwecken wie die Prozessvoraussetzungen des Feststellungsinteresses oder der Wiederholungsgefahr. Sie schliesst die Popularklage aus und entlastet damit das Gericht und den Gegner vor nutzlosen Prozessen. Sie beschränkt die Möglichkeit des Doppelprozesses um denselben Streitgegenstand auf die unvermeidbaren Fälle.“<sup>1</sup>

Även i den svenska doktrinen synes man stundom förutsätta att avvisning kan ske på grund av bristande talerätt då detta ej är motiveerat av hänsyn till tredje man, varvid det framför allt är process-ekonomiska hänsyn som träder i förgrunden. Detta motiv för en processuell klassificering framskymtar hos Welamson<sup>2</sup> och framhålls även av Nyman i anslutning till en diskussion av sakägarbegreppet i expropriationsmål. Nyman ställer frågan varför man ej kan sakpröva alla ersättningsyrkanden och ogilla dem om de saknar fog och svarar:

”Mot ett sådant betraktelsesätt kan dock, i expropriationsmål *såväl som i andra mål*, anföras framförallt processekonomiska skäl ... Alla ... kan rimligtvis inte tillåtas att processa i vanlig ordning på den exproprierandes bekostnad och till förfång för kravet på snabb handläggning av målen. Flertalet av dem måste med hjälp av ett någorlunda väl utvecklat sakägarbegrepp kunna avvisas på ett tidigt stadium.”<sup>3</sup>

Som Welamson påpekat torde huvudprincipen i svensk rätt vara att var och en som påstår sig själv berättigad till ersättning skall få sitt yrkande prövat.<sup>4</sup> Huruvida ett avsteg från denna princip kan vara motiverat på grund av de särskilda förhållandena i expropriationsmål skall jag ej ta upp till diskussion i förevarande sammanhang. Som tidigare antytts<sup>5</sup> är det nämligen ej givet att avvisningen i fall av den typ Nyman nämner grundar sig på bristande talerätt; gränsen mot forumfrågor är svår att dra på detta område. Jag hoppas få tillfälle att återkomma till sakägarbegreppet som uttryck för talerättsprövning vid ett annat tillfälle. Låt mig bara här erinra om att en processuell

<sup>1</sup> Henckel: Parteilehre s. 193, jfr Lüke s. 13 och Diedrichsen s. 413.

<sup>2</sup> Se Welamson: Domvillobesvär s. 113 f.

<sup>3</sup> Nyman i SvJT 1969 s. 368, kurs. här.

<sup>4</sup> Welamson i SvJT 1969 s. 924. Jfr även Karlgren i SvJT 1967 s. 518: ”I vanliga fall råder nu ingen tvekan om att en domstol är skyldig att pröva det berättigade i vad käranden *påstår*, även om detta är aldrig så befängt och ogillandet av talan kommer säkert som ett brev på posten.”

<sup>5</sup> Jfr ovan s. 169 i not 5 och 179 f.

klassificering av vissa rättsfakta numera — dvs. efter 1971 års ändringar i RB — endast undantagsvis medför några processekonomiska vinster, ja, i vissa fall kan effekten rent av bli den motsatta.<sup>6</sup>

Det är frestande att avbryta framställningen på detta stadium. Jag känner nämligen ännu mindre entusiasm inför de argument för talerättsprövning som jag kommer att nämna i det följande än jag visat för de allmänt vedertagna skäl för processhinderskonstruktionen jag diskuterat i det föregående. Låt mig dock efter denna brasklapp nämna ytterligare några synpunkter som anförts — eller kan tänkas bli anförda — till stöd för talerättsprövning i tvistemål.

I tysk doktrin motiveras talerättsprövningen som nyss framgått bl. a. med att *onödiga processer* skall undvikas, och även i svensk doktrin har, som tidigare framgått, denna synpunkt nämnts i diskussionen om processförutsättningarna.<sup>7</sup> Man får väl förutsätta att detta argument i allmänhet har en rationell förankring, som t. ex. en föreställning om att den processuella klassificeringen medför ett snabbare och billigare förfarande etc. Emellertid kan det ej heller uteslutas att man, även bortsett från de vinster som möjligen kan uppnås i detta avseende, avser att markera att en viss talan är otillåten eller ej önskvärd genom att välja avvisning. Avvisningen skulle då innebära ett avståndstagande inte bara från talan i det särskilda fallet utan från ett visst slags anspråk överhuvudtaget. Talerättsprövningen skulle vara föranledd av ett närmast ideologiskt färgat krav på "*rättsligt intresse*".

Föreställningar av nyssnämnt slag torde ytterst gå tillbaka på teorin om rättsskyddsanspråket och begreppet "talerätt" i dess tidigare berörda allmänna betydelse.<sup>8</sup> Man kan skilja dessa fall från de "rena" talerättsreglerna på att bristen i allmänhet är oberoende av vem som i det enskilda fallet framställer yrkandet ifråga.

I svensk rätt torde man dock inte erkänna någon allmän princip av innebörd att onödiga processer är otillåtna, även om RB 13: 2 utgör ett belägg för att kravet på rättsligt intresse även är aktuellt i vårt rättssystem.<sup>9</sup> Också i de fall då det är uppenbart att käranden ej är berättigad på det sätt han påstår, tas målet upp till saklig prövning.<sup>1</sup> Men även i vårt land har kravet på "rättsligt intresse" stundom dykt

<sup>6</sup> Jfr Welamson a. a. s. 114, ovan s. 94 och 96 ff samt nedan s. 238 ff.

<sup>7</sup> Se t. ex. Larsson i festskrift till Olivecrona s. 408, jfr dock Karlgrens ovan s. 223 i not 4 återgivna uttalande.

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 179 f.

<sup>9</sup> Jfr PK i SOU 1926: 33 s. 39, se även Ekelöf: Rättegång II s. 99 betr. fullgörelsetalan. — Här kan också erinras om att man ej kan hindra process om ifrågavarande brist i kärandens talan oavsett hur bristen systematiseras, jfr Alexanderson s. 82 f.

<sup>1</sup> Jfr ovan s. 223 med not 4, jfr dock s. 86 not 4.

upp i andra sammanhang än vad gäller förutsättningarna för fastställsetalan, så t. ex. vid arbetet på ny lag om förvaltningsförfarandet:

”Några allmänna bestämmelser om talerätt finnas icke i Rättegångsbalcken. Av reglerna i 14: 9 följer emellertid att såsom förutsättning för talerätt i rättegång kräves att saken rör vederbörandes rätt. Därmed förstås ett intresse i saken som är av rättslig natur; det är sålunda icke tillfyllest att vederbörande kan vänta nytta eller skada av sakens utgång.”<sup>2</sup>

Uttalandet är knappast klargörande. Möjligen menas att talerättsprövningen vid fullgörelsetalan skulle utgöra en motsvarighet till de i 13: 2 stadgade förutsättningarna för fastställsetalan.<sup>3</sup> Kravet på ”rättsligt intresse” skulle således, som antyds i det ovan citerade uttalandet, vara av allmän betydelse också i svensk rätt. Jag kan emellertid ej finna denna debatt meningsfull — snarast lockar den till cirkelresonemang — och jag lämnar den åsido<sup>3a</sup> med en erinran om det tidigare påpekade förhållandet att även helt ”hopplösa” yrkanden skall tas upp till saklig prövning i svensk rätt och att detta ej torde vara förenat med några nämnvärda processekonomiska nackdelar. Är saken uppenbar kan ju målet avgöras vid liten huvudförhandling (42: 20 st 2).

Emellertid må här nämnas att kravet på ”rättsligt intresse” stundom fått en mera konkret motivering. Således har Larsson vid ett tillfälle<sup>4</sup> anfört att man genom att tillämpa en slags undre gräns för vad domstolen skall anses behöva befatta sig med, skulle kunna undvika vissa olämpliga konsekvenser som vidlåder den härskande läran om rättskraftens *objektiva* utsträckning. Om någon t. ex. väcker talan om en äganderättsfråga endast på viss grund eller om blott en *del* av ett skadeståndsanspråk — t. ex. en del av sjukvårdskostnaderna — skulle man således enligt Larsson de lege ferenda kunna tänka sig att avvisa på grund av bristande talerätt.<sup>5</sup> Men huvudprincipen i svensk rätt synes, som tidigare nämnts, vara att domstolarna *ej* arbetar med något

<sup>2</sup> SOU 1964: 27 s. 182.

<sup>3</sup> Jfr Augdahl s. 84, som anse att kravet på rättsligt intresse spelar ungefär samma roll vid fullgörelse- som vid fastställsetalan, men däremot ej vill beteckna detta krav som en regel om talerätt.

<sup>3a</sup> Jfr ovan s. 179 f, PLB i SOU 1938: 44 s. 180, Boman s. 251 not 98, Larsson i festskrift till Ekelöf s. 474, Heuman s. 207 med hänvisningar till Lundstedt och Ekelöf samt Bruns i AcP 1950 s. 186 ff.

<sup>4</sup> Larsson vid provföreläsning i Uppsala 29/10 1971.

<sup>5</sup> Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 145.

tröskelvärde av detta slag,<sup>6</sup> och enligt min mening talar ej heller övervägande ändamålsskäl för någon ändring av praxis härvidlag.

I lagstiftningsarbetet har det visserligen förekommit att man som argument för talerättsprövning i form av ett krav på "rättsligt intresse" anfört behovet av att förhindra "bagatellsaker" och rättegångar av närmast *chikanös* natur.<sup>7</sup> Detta argument har dock såvitt jag vet aldrig ensamt fått leda till införande av en regel om talerätt i svensk rätt. Ifrågavarande intresse är ju också tillgodosett på andra sätt, t. ex. genom bestämmelserna i 9 och 18 kap RB.

De tänkbara argument för talerättsprövning som jag berört i det föregående hänför sig huvudsakligen till parterna eller tredje man. Men talerättsprövning kan även tänkas vara föranledd av *hänsyn till domstolen*. Vad tidigare sagts om parternas processekonomiska intresse av att få ett snabbt slut på processen gäller således naturligtvis även domstolen, dock med den skillnaden att den officialprövning som följer av konstruktionen tvingade processhinder kan vara till särskild fördel om båda parterna vill driva en process som är helt meningslös enligt domstolens förmenande. En liknande anledning till talerättsprövning har jag nämnt tidigare; regeln i 13 § LAD är inte bara föranledd av hänsyn till tredje man utan skall också tjäna syftet att minska AD:s arbetsbörda genom en sovring av tvivelaktiga anspråk.<sup>8</sup> Och en talerättsregel skulle också kunna bidra till att upprätthålla domstolens auktoritet genom att förhindra motstridiga avgöranden; ett argument för talerättsprövning som dock såvitt jag vet aldrig förts fram i svensk doktrin.<sup>9</sup>

Låt mig också nämna att man kan tänka sig talerättsprövning inte bara av *hänsyn* till tredje man utan även för att *förhindra att vissa för tredje man förmånliga rättsföljder inträder*. Man skulle t. ex. fränkänna inkassomandatarie<sup>1</sup> talerätt för att få regler om jäv, obehörighet att vittna, kostnadsansvar etc. tillämpliga på inkassoöverlåtare i stället för på inkassomandatarien. Detta argument skulle även kunna anföras till stöd för att betrakta konkursbo som ställföreträdare för konkursgäldenären i stället för att som nu tillerkänna konkursboet talerätt. Skälen för en sådan lösning har dock tydligen inte ansetts starka nog i svensk rätt och som Ekelöf antytt kan man ju komma till-

<sup>6</sup> I detta fall skulle det s. a. s. vara fråga om ett helhetskrav, medan det vid not 7 nedan nämnda fallet närmast avser ett krav på att tvisten skall avse ett anspråk eller en olägenhet av viss storleksordning.

<sup>7</sup> Så i det immaterialrättsliga lagstiftningsarbetet, se t. ex. SOU 1966: 71 s. 296 och NU 1963: 6 s. 319.

<sup>8</sup> Se ovan s. 178 f.

<sup>9</sup> Se däremot ovan s. 84 vad gäller *res judicata*.

<sup>1</sup> Jfr ovan s. 216 f.

rätta med problemen på andra sätt än med hjälp av regler om talerätt.<sup>2</sup>

*Sammanfattningsvis* skulle jag vilja göra gällande att argumenten för en talerättsprövning är tungt vägande endast i undantagsfall. Av de talerätsregler jag känner till synes så gott som samtliga vara föranledda av hänsyn till tredje man. Som vi sett utgör emellertid ej heller dessa talerätsregler något omistligt inslag i vår rättsordning.

Av de två ytterligare rättsföljder man velat uppnå med en processuell klassificering av en viss fråga — officialprövning samt möjligheten till ett snabbt och isolerat avgörande med processekonomiska vinster — har det sistnämnda förlorat i betydelse efter ändringarna i 17 kap. RB. Och officialprövning torde i allmänhet endast vara motiverad för att skydda ett intresse som ej är representerat i rättegången. Mot bakgrund härav finns det anledning att spåra upp de talerätsregler, som ej är föranledda av hänsyn till tredje man och undersöka om reglerna i dessa fall fortfarande fyller sin avsedda funktion. Jag hoppas snart kunna återkomma med en sådan undersökning beträffande några av de rättsområden där sakägarbegreppet kommit till användning.

De olägenheter som kan följa av att systematisera något som en fråga om talerätt har jag i viss utsträckning berört i det föregående och jag skall återkomma härtill i nästa kapitel.<sup>3</sup> Låt mig här slutligen nämna ett alldeles speciellt argument mot en mera vidsträckt utflyttning av frågor rörande själva saken till prövning enligt det för processhinder gällande regelsystemet. Avvisningen kan ytligt sett uppfattas stå i strid med allmänna rättighetsförklaringar av innebörd att var och en skall kunna få sin rätt prövad inför domstol etc.,<sup>4</sup> begreppet *dom* torde

<sup>2</sup> Ekelöf: Rättegång II s. 71 och IV s. 118 samt 13 § 2 st LAD (för ett särskilt fall se Heuman s. 232). Betr. ansvar för rättegångskostnader, se Ekelöf: Rättegång II s. 73. Vad gäller talerätt vid konkurs se ovan s. 178 och 215 f.

<sup>3</sup> Se nedan s. 236 ff.

<sup>4</sup> Se t.ex. FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna den 10 december 1948, Artikel 10: "Envar är under full likställdhet berättigad till rättvis och offentlig rannsaking inför oavhängig och opartisk domstol vid fastställelse av ... rättigheter och skyldigheter ...", Europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Artikel 6: "Envar skall, när det gäller att pröva hans civila rättigheter och skyldigheter ... vara berättigad till opartisk och offentlig rättegång ... *Domen* (kurs. här) skall avkunnas offentligt ..." och Internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter den 16 december 1966, Artikel 14: "Alla skall vara lika inför domstolarna. Envar skall, när det gäller att pröva ... hans rättigheter eller skyldigheter i tvistemål, vara berättigad till opartisk och offentlig rättegång ..." och senare i samma artikel: "... dock skall *domar* (kurs. här) som avkunnas i brottmål eller tvistemål offentliggöras, utom ..." (konventionstexterna hämtade ur SvJT

s. a. s. ha en högre dignitet än avvísningsslag i det allmänna rättsmedvetandet. Att frågan om parten har den rätt han påstår prövas i den för processhinder stadgade ordningen utesluter visserligen ej att det är fråga om rättslig prövning och anspråket på rättegång är således uppfyllt även om avvísning sker. Men i någon mån finns det skäl att känna sig förfördelad. "Avvísningsprocessen" är ju genomsnittligt sett ej av lika kvalificerad natur som process rörande själva saken; avgörandet kan fattas under förberedelsen, reglerna om muntlighet och omedelbarhet tillämpas ej i samma utsträckning osv. Så även om kravet på process är uppfyllt i båda fallen, kan det vara ett argument mot talerättsprövning av vissa rättsfakta att en sådan klassificering kan uppfattas som en nedvärdering av frågans vikt.<sup>5</sup> Talerätten framstår i det allmänna rättsmedvetandet som ett slags *rättssäkerhetsgaranti*,<sup>6</sup> en rättssäkerhetsgaranti som *ytligt sett* inskränks i samma mån som delar av saken görs till föremål för prövning som en fråga om talerätt.

Sistnämnda argument mot talerättsprövning är förvisso ej särskilt bärande. Av större vikt är att man i tämligen betydande utsträckning kan både uppnå de önskade rättsföljderna och undvika de ovälkomna genom att ersätta talerättsprövningen — dvs. konstruktionen att pröva här aktuella rättsfakta i den för processhinder stadgade ordningen — med handläggning och avgörande enligt reglerna för materiella frågor. Man frågar sig därför om inte tiden är mogen att avskaffa processhindret bristande talerätt. Ja, i den mån de uppnådda resultaten kan ges en mera generell räckvidd, aktualiseras även frågan om en reform av hela processhinderinstitutet.

1969 s. 390 ff). Jfr även Regeringsformen § 16: "Konungen bör ... ingen avhända eller avhända låta något gods ... utan rannsaking och *dom* ..." (kurs. här) och Cappellettis ovan s. 25 återgivna yttrande.

<sup>5</sup> Jfr Karlgren i SvJT 1967 s. 513: "Bulgariska statens talan blev avvísad, *icke ens* upptagen till prövning" (kurs. här).

<sup>6</sup> Jfr SOU 1966: 65 s. 269.

TREDJE AVDELNINGEN  
BÖR PROCESSHINDERINSTITUTET  
AVSKAFFAS?

## Kapitel 8

# SAMMANFATTNING OCH AVVÄGNING DE LEGE FERENDE

Jag avser inte att här presentera någon uttömmande sammanfattning av de forskningsresultat som uppnåtts; bokens begränsade omfång gör detta tämligen överflödigt. Låt mig blott erinra om några huvuddrag av det föregående (under 1), för att sedan (under 2) företa en avvägning mellan de fördelar och olägenheter som är förknippade med processhinderinstitutet. Det blir därefter anledning att i bokens sista kapitel diskutera vad som krävs för att avskaffa processhinderinstitutet, innan framställningen avslutas med några reflektioner i anslutning till rättspraxis efter den första versionen av detta arbete (maj 1972).

### 1. Sammanfattning

Skillnaden mellan formell och materiell rätt har blivit till en nära nog självklar utgångspunkt inte bara i svensk och nordisk processrätt utan även i flertalet länder på kontinenten. Att den dogmatiska utgångspunkten för detta betraktelsesätt — läran om processrättsförhållandet — övergavs redan i början av innevarande århundrade, hindrar inte att man fortsatt att använda de byggstenar — processförutsättningar och materiella rättsfakta — Bülow presenterade i anslutning till sin teori om processrättsförhållandet. Och det är inte endast i systematiskt hänseende skillnaden mellan processhinder och materiella rättsfakta fått en avgörande betydelse. Betydande praktiska konsekvenser knyter sig till distinktionen ifråga; processreformen av år 1942 är i synnerligen hög grad präglad av Bülow's synsätt. Man byggde här upp de två helt skilda regelsystem som idag gäller för handläggning och avgörande av processförutsättningar respektive frågor rörande själva saken.

Då man nu tillmätt distinktionen mellan formell och materiell rätt så stor betydelse är det naturligtvis ytterst viktigt att kunna dra en klar skiljelinje mellan frågor av de båda slagen. Dessvärre går det dock inte att på rättsfaktumsidan ange några bestämda kriterier för distinktionen ifråga. Föreställningen att man skall kunna definiera alla rättsfakta i processen som processförutsättningar eller materiella frågor allt efter deras "karaktär" eller "natur"<sup>1</sup> bygger på ett begreppsju-  
ri-

<sup>1</sup> Se t. ex. citatet från Wrede återgivet ovan s. 13.

diskt — eller kanske snarare naturrättsligt — betraktelsesätt och inbjuder dessutom lätt till cirkelresonemang. Och även om det kan förefalla tämligen uppenbart att vissa frågor anknyter till själva förfarandet och ej till det rättsförhållande som avses bli prövat i processen, så lever aldrig de formella och materiella frågorna isolerade från varandra. Ibland är det rent av så att en formell fråga har betydelse i materiellt hänseende (och vice versa) på ett så markant sätt att klassificeringen ter sig konstlad hur valet än träffas.

Kan man då inte strunta i om en påstådd brist i kändens talan är formell eller materiell? För parterna torde det ju många gånger vara tämligen likgiltigt hur det förhåller sig i detta hänseende om nu talan ändå ej kan bifallas.<sup>2</sup> Nej, åtminstone ur domstolens synpunkt är klassificeringen nödvändig och långtifrån betydelselös. Redan genom det förhållandet att avgöranden i formella och materiella frågor skall ske i olika form — som beslut respektive dom — tvingas domstolen att ta ställning till det subtila klassificeringsproblem det här kan vara fråga om. Och som nyss framhållits är det inte endast vid denna rubricering av avgörandet som valet får praktiska konsekvenser. Vi har ju att göra med två olika regelsystem för handläggning av frågor om processhinder respektive materiella rättsfakta, och domstolen måste redan i processens början fatta ståndpunkt till vilket regelkomplex som skall komma till användning i det enskilda fallet. Den möda som åtgår härvidlag är naturligtvis helt bortkastad när parterna står likgiltiga inför valet. I andra fall åter kan klassificeringen bli av ingripande betydelse även för parterna, så t. ex. när rätten uppmärksammat en brist som svaranden inte lagt märke till och valet står mellan att betrakta den som en fråga om tvingande processhinder eller som ett motfaktum som måste åberopas för att få rättslig betydelse.

I de fall då det är oklart om ett rättsfaktum skall uppfattas som ett processhinder eller som en fråga rörande själva saken bör valet naturligtvis träffas mot bakgrund av vilket av de båda regelsystemen som är mest ändamålsenligt för handläggning och avgörande av ifrågavarande spörsmål. Men eftersom man inte äger plocka ut de bäst ägnade reglerna från varje regelkomplex och tillskapa ett skraddarsytt system av handläggningsregler för varje uppkommande spörsmål, kan det bli fråga om svåra avvägningar härvidlag. Man är tvungen att välja en av de två paketlösningar rättegångsbalken erbjuder. Detta kan leda till att man måste betala för en önskad rättsföljd (t. ex. möjligheter till ett snabbt avgörande) med att ta andra i sammanhanget mindre välkomna regler (t. ex. officialprövning) på köpet. Den bristande passformen i de enskilda fallen kan visserligen mildras något genom analogier över

<sup>2</sup> Jfr Hjerner's ovan s. 170 återgivna uttalande.

gränsen mellan de båda regelsystemen.<sup>3</sup> I stort sett tvingas man dock att ta det onda med det goda.

Begränsar man synfältet till gällande svensk rätt är det lätt att ledas till uppfattningen att vi här har att göra med svårigheter som man måste acceptera och att det framtida arbetet får inriktas på att mildra systemets verkningar. Men vidgar man synfältet till andra länder, eller blickar man tillbaka på andra tidsepoker, tas man snabbt ur denna vanföreställning. En lämplig utgångspunkt härvidlag är att se närmare på förhållandena i den rättegångsordning Bülow tog till intäkt för riktigheten av sina teorier, nämligen formularprocessen. I uppbyggnaden av den klassiska romerska processen — främst i tudelningen av förfarandet med därav föranledd kompetensfördelning mellan pretor och judex — hade man enligt Bülow ett konsekvent uttryck för skillnaden mellan formella och materiella frågor. Jag har försökt visa<sup>4</sup> att denna uppfattning inte är förenlig med senare resultat inom den rätts-historiska forskningen. Skillnaden mellan formell och materiell rätt ägde ej något nödvändigt samband med tudelningen av förfarandet och saknade även i övrigt praktiska konsekvenser. Ett studium av formularprocessen kan — tvärt emot Bülows avsikter — bli en skakande upplevelse för den som tror på det självklara i att skilja mellan formell och materiell rätt.

Även om Bülow misstog sig grundligt beträffande sin egen historiska utgångspunkt — formularprocessen — kan naturligtvis åtskillnaden mellan processförutsättningar och materiella rättsfakta med därtill knutna konsekvenser i form av skilda handläggningsregler vara, om inte "riktigt" och "tief im Wesen des Processes begründet"<sup>5</sup>, så dock ändamålsenlig, vilket naturligtvis skulle vara ett betydligt starkare skäl att även framdeles arbeta med skillnaden ifråga. Den jämförelsevis ingående studie jag ägnat romersk rätt kan mot bakgrund härav te sig något överdimensionerad. Jag har emellertid funnit att Bülows teser — och därmed utgångspunkterna för vår svenska rättegångsordning — sitter så djupt i medvetandet att en förutsättningslös debatt om det rådande systemet lättare kan föras om man först s. a. s. luckrat upp marken genom att visa att motsatt system inte bara är teoretiskt tänkbart utan även existerat i praktiken. Insikten härom gör att man kan betrakta hithörande problem med större fördomsfrihet både de lege lata och de lege ferenda.

Om avsikten enbart är att visa på alternativ till den systematiska grunden för modern svensk processrätt i här aktuellt avseende, så

<sup>3</sup> Se härom ovan s. 105 ff.

<sup>4</sup> Ovan s. 41 ff i kapitel 3.

<sup>5</sup> Bülow s. 295.

kan detta ske även inom ramen för gällande rätt. En helt annan systematisk uppbyggnad finner man t. ex. i de rättssystem som präglas av angloamerikansk rätt. Och i det historiska perspektivet kan man göra motsvarande erfarenheter, inte endast genom att studera formularprocessen, utan även genom att gå tillbaka till t. ex. svensk rätt före Bülow, då — såvitt jag kunnat utröna — skillnaden mellan formell och materiell rätt visserligen var bekant men nära nog saknade praktisk betydelse.<sup>6</sup> Här, liksom i äldre kontinental rätt, arbetade man i stället med distinktionen mellan peremtoriska och dilatoriska invändningar samt med frågan om vilka invändningar som skulle ha en processhinderande verkan.

Nåväl, om jag lyckats i mitt uppsåt ger de fyra första kapitlen en lämplig bakgrund till en kritisk diskussion av gällande rätt i här aktuella avseenden. Kapitel 5 avser så att genom en katalogartad redogörelse för praktiska konsekvenser av åtskillnaden mellan formell och materiell rätt enligt RB återföra läsaren till det rådande svenska systemet. Huvudintrycket blir att vi i Sverige har ett fastlåst system att arbeta med, ja i själva verket torde man ingenstans ha dragit så vittgående processuella konsekvenser av skillnaden mellan formella och materiella frågor som i vårt land.

Intressant att konstatera är att nyssnämnda skillnad inte kommer till uttryck endast när RB tvingar fram en sådan ordning. Tvärtom anses — inte bara i Sverige utan även i t. ex. Tyskland — den mest betydelsefulla konsekvensen av den här aktuella distinktionen vara en skillnad i rättskraftshänseende mellan avvisningsutslag och ogillande dom. Men härvidlag kan man alltså inte stödja sig på lagtexten som ej tar uttrycklig ställning i denna fråga. Det är mot denna bakgrund jag — i kapitel 6 — ägnat relativt frikostigt utrymme åt frågan om avvisningsutslagens rättskraft. Syftet med framställningen i denna del är att visa att antagandet av en väsentlig skillnad i rättskraftshänseende är, om inte direkt felaktigt så i vart fall betydligt överdrivet. Visserligen är avvisningsutslag oftare än ogillande dom förenade med en starkt begränsad rättskraftsverkan, men detta beror ej på skillnaden mellan formella och materiella frågor utan på skillnaden mellan peremtoriska och dilatoriska brister i kärandens talan. Rättskraftens begränsning till tiden kan lätt leda till det felaktiga antagandet att just avvisningsutslagen äger en begränsad rättskraft eftersom sådana avgöranden oftare än avgöranden i själva saken grundas på dilatoriska brister. I stort sett går det dock att begagna samma rättskraftsregler för avgöranden av båda slagen och det finns följaktligen knappast

<sup>6</sup> Se härom ovan s. 73 ff i kapitel 4.

anledning att av rättskraftsskäl behålla uppdelningen av bifallsförutsättningar<sup>7</sup> i processförutsättningar och frågor rörande själva saken.

Processhindret bristande talerätt är väl ägnat att tjäna som exempel vid en diskussion av systematiska och praktiska svårigheter i anslutning till gränsen mellan processförutsättningar och frågor rörande själva saken. I *andra avdelningen* av detta arbete har därför framställningen koncentrerats till detta traditionellt problematiska processhinder. Meningen har varit att *dels* presentera samt analysera gängse föreställningar och ändamålssynpunkter beträffande talerätten, *dels ock* att konkretisera och diskutera vissa problem som är gemensamma för (nära nog) alla processförutsättningar. Härvid har det även givits tillfälle att skissera alternativa lösningar de lege lata och de lege ferenda för talerätten i första hand, men därmed också för processhindersinstitutet i allmänhet. Jag kommer i viss mån att återknyta härtill i det följande. Låt mig dock dessförinnan erinra om de i kapitel 7 uppnådda resultaten: *man torde allmänt anta förekomsten av processhindret bristande talerätt i betydligt fler fall än då detta kan ges en rationell förankring; ja det kan rent av ifrågasättas om inte talerätten kan slopas som processförutsättning helt och hållet.* En sådan reform skulle vidare kunna ge incitament till ett *totalt avskaffande av den uppdelning i formella och materiella frågor som nu förekommer.*<sup>8</sup> Är då den rådande systematiken behäftad med så avsevärda nackdelar att dessa väger tyngre än de olägenheter som följer av en nyordning och dess genomförande?

## 2. Processhinderinstitutets fördelar och nackdelar

I det föregående har jag flera gånger kommit in på de nackdelar som är förenade med processhinderinstitutet och meningen är att strax presentera dessa olägenheter mera samlat än tidigare. Dessförinnan finns det dock skäl att ställa frågan om inte den rådande systematiken och det särskilda regelsystem, som utbildats för handläggning och avgörande av frågor om processhinder, även har några positiva sidor. Skulle fördelarna visa sig vara betydande ter sig naturligtvis en reform mindre angelägen. Men även om det bara är fråga om marginella effekter finns det anledning att beakta dessa för att utröna i vilken mån de kan plockas med vid en eventuell övergång till ett nytt system.

<sup>7</sup> Betr. denna term se ovan s. 202 f.

<sup>8</sup> Se ovan s. 211.

### A. Fördelar

Då det gäller att finna motiv för att låta skillnaden mellan formell och materiell rätt behålla sin dominerande plats inom processrätten kan man inte längre använda argument av den typ som brukades av Bülow och hans anhängare vid tiden kring sekelskiftet. Synpunkter som att distinktionen mellan processhinder och materiella rättsfakta är naturlig, eller att alla processsystem strävar mot en dylik systematik, torde knappast längre övertyga. Och att process endast bör tillåtas när käranden har ett giltigt rättsskyddsanspråk eller "rättsligt intresse", anføres i vårt land endast undantagsvis till stöd för tesen att en prövning av "själva saken" får ske blott när vissa som formella betecknade förutsättningar är för handen.<sup>9</sup>

Att motivera avvisning med att "... den aktuella rättegången ej är tillåten ... därför att förfarandet i något väsentligt hänseende är defekt, onödigt eller eljest ej önskvärt",<sup>1</sup> är ett resonemang som företer en tämligen märkbar släktskap med argument av den typ som jag nyss förkastat. Process kan man inte undvika genom att avvisa; det fordras ju i vart fall process om den brist som avses föranleda denna utgång i målet.

Nu kan man emellertid — åtminstone vad gäller senare doktrin<sup>2</sup> — utgå från att bakom resonemang av sistnämnda typ döljer sig rationella argument och ändamålssynpunkter till stöd för en processuell klassificering av vissa frågor i processen. Processhinderinstitutets existensberättigande har bestått i de särregler som kunnat erbjudas för handläggning och avgörande av hithörande spörsmål. Vad man främst haft i åtanke härvidlag torde ha varit tillgången till officialprövning, undvikandet av ovälkommen rättskraftsverkan samt större möjligheter till ett snabbt avgörande genom separat handläggning och förenklad fullföljd.<sup>3</sup> Dessa fördelar är emellertid inte längre lika framträdande som tidigare varit fallet. Officialprövning kan ske även i målets materiella del och antagandet av en skillnad i rättskraftshänseende torde vara överdrivet. Jag skall återkomma till detta i nästa kapitel. Vad gäller möjligheterna till ett snabbt avgörande erbjöd däremot det processuella regelsystemet tidigare påtagliga fördelar. Man hade här i otvivelaktigt ett rationellt skäl för att klassificera vissa omständigheter som processförutsättningar. Rättegång kunde man inte hindra,

<sup>9</sup> Jfr ovan s. 224 f.

<sup>1</sup> Så — ehuru med vederbörliga reservationer — Larsson i festskrift till Olivecrona s. 408 f.

<sup>2</sup> Se däremot ovan s. 186 betr. Kallenberg, jfr dock Wredes ovan s. 185 återgivna synpunkt.

<sup>3</sup> Se t. ex. Ekelöf: Civilprocessen II s. 17 ff.

men väl process utöver handläggning och avgörande av den ifrågasvarande omständigheten. Processhinderprövningen hade i dessa fall en processekonomisk funktion.

De fördelar som processhinderkonstruktionen erbjöd i nyssnämnda hänseenden har emellertid till övervägande del försvunnit genom 1971 års ändringar i RB. Visserligen kan frågor om processhinder avgöras under förberedelsen i något större utsträckning än frågor rörande själva saken.<sup>4</sup> Möjligheterna till separat handläggning och avgörande är däremot numera minst lika stora för materiella som formella frågor och skillnaderna i fullföljdshänseende har även de utjämnats. Den frestelse<sup>5</sup> som tidigare förelåg att klassa isolerbara frågor som processuella har således försvunnit. Allt detta gör att processhinderinstitutet ej längre framstår som oumbärligt. Och i den mån man anser sig ha behov av vissa för processhinder unika rättsföljder — som t. ex. möjligheterna till ett snabbt avgörande enligt 42: 4 och 16 — kan ju de lege ferenda motsvarande bestämmelser tämligen enkelt bevaras genom justeringar av de regler som gäller i målets materiella del. Jag återkommer här till i nästa kapitel.

### B. Nackdelar

Av processhinderinstitutets nackdelar konfronteras domstolen först med det förhållandet att tid — och därmed kostnader — måste ägnas åt att klassificera en rad spörsmål i enlighet med distinktionen mellan formell och materiell rätt. Detta gäller alla bifallsförutsättningar utom de som uppenbart är för handen och *dessutom* är ostridiga. Är det däremot fråga om ett rättsfaktum som visserligen uppenbart är för handen men ändå är stridigt måste domstolen ta ställning till om man har att göra med en formell eller materiell förutsättning för bifall, om invändningen skall handläggas som en processinvändning eller som en sakinvändning. Endast förekomsten av ett (annat) processhinder med förtur i handläggningshänseende<sup>6</sup> kan bespara domstolen denna möda. Detsamma gäller om ingen invändning framställts (eller omständigheten förklaras vara ostridig) och domstolen inte anser det uppenbart att ifrågasvarande rättsfaktum är för handen. Blott om den aktuella bristen konstituerar ett dispositivt processhinder för den händelse den s. a. s. hamnar på den formella sidan — eller om det samtidigt föreligger ett annat processhinder som ligger före i turordningshänseende — slipper domstolen klassa frågan som formell eller materiell i

<sup>4</sup> Se ovan s. 94 f och nedan s. 253 f.

<sup>5</sup> Ovan s. 186.

<sup>6</sup> Se betr. turordningen ovan s. 102 ff och 142 f.

detta fall. Befinns bristen vara formell och konstituera ett tvingande rättegångshinder skall ju avvisning ske ex officio.

Processen belastas på detta sätt med ett antal extrafrågor som i och för sig saknar betydelse för huvuduppgiften: att avgöra om en talan kan bifallas eller ej i sitt förevarande skick. I alla de fall man direkt eller så småningom finner att bifallsförutsättningen är för handen har ju klassificeringen ingen betydelse för den slutliga utgången i målet.

Att det inte sällan medför betydande tids- och kostnadsutdräkt att avgöra om en ifrågasatt brist skall uppfattas som en fråga om processhinder eller som ett spørsmål rörande själva saken illustreras av rättspraxis. Stundom förekommer process ända upp i HD i själva klassificeringsfrågan i så måtto att ena parten — kanske i flera instanser — yrkar avvisning medan domstolarna, innan de kan ingå på frågan om bristen föreligger, har att ta ställning till om denna i så fall är formell eller materiell.<sup>7</sup> Redan de olägenheter som följer av systematiken i här diskuterad bemärkelse inger starka betänkligheter mot den nu rådande ordningen. Domstolen — och parterna — bör ej belastas med subtila klassificeringsproblem om inte detta är nödvändigt eller arbetet härmed åtminstone uppvägs av fördelar i andra avseenden.

Nu är det inte ens så att man alltid slipper undan med endast en kategoribestämning av varje rättsfaktum (nämligen som en formell brist eller en fråga rörande själva saken). Bestämmer sig domstolen för det förra alternativet måste man också ta ställning till om man har att göra med en fråga om processhinder eller ett formellt spørsmål av annat slag. Detta val torde dock endast undantagsvis bereda domstolen några svårigheter. Men väljer domstolen att se det hela som en fråga om processhinder återstår att avgöra *vilket* processhinder som är aktuellt. Detta kan stundom vara nog så knepigt, så t. ex. då det gäller att dra gränserna mellan förutsättningarna för talerätt, rekvisiten för upptagande av fastställelsetalan och frågor om domstolens sakliga behörighet.<sup>8</sup> Och även om valet häremellan förefaller betydelselöst i de flesta fall kan man i allmänhet inte komma förbi problemet, åtminstone inte om den påstådda bristen i kändens talan konstateras vara för handen. Domstolen bör ju då ange skälen för sitt avvisningsbeslut (17: 12).<sup>9</sup> Denna klassificeringsfråga saknar motsvarighet på den ma-

<sup>7</sup> Se t. ex. de ovan s. 23 vid not 3 angivna rättsfallen samt NJA 1971 s. 453.

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 178 f.

<sup>9</sup> Se ovan s. 96 not 7. Jfr dock förhållandena i expropriationsmål, där man genom att använda sakägarbegreppet möjligen kan undgå precisering av grunden för avvisning i gränsområdet mellan talerätt och domstolens behörighet, se ovan s. 169 i not 5.

teriella sidan; grunder för ogillande är ej indelade i grupper på det sätt som är fallet med formella brister i kändens talan.<sup>1</sup>

En betydande nackdel med det rådande systemet är vidare de processekonomiska olägenheter som följer av den påtvingna ordningsföljden för handläggning och avgörande då det påstås föreligga såväl formella som materiella brister i kändens talan. Domstolen har ju att handlägga och avgöra *alla* formella frågor innan man går in på själva saken; även en ogillande dom förutsätter att samtliga processförutsättningar är för handen. Detta innebär en avsevärd processekonomisk nackdel då det är uppenbart att kändens talan är ogrundad i sin materiella del medan frågan — eller frågorna — om processhinder endast kan avgöras efter långvarig förhandling och ingående prövning.<sup>2</sup> En sådan nödtvungen ordningsföljd kan möjligen vara sakligt motiverad i vissa fall, som t. ex. då det kan ifrågasättas om parterna är processbehöriga.<sup>3</sup> I andra fall åter — och det torde gälla vid de flesta processförutsättningar — finns inga rationella motiv för denna ordning.<sup>4</sup>

Som jag konstaterat vid flera tillfällen i det föregående lever de formella och materiella frågorna i processen inte något från varandra isolerat liv; verkligheten vägrar många gånger att anpassa sig till RB:s systematik härvidlag. Frågan om en viss processförutsättning är för handen äger stundom ett starkt samband med själva saken, så t. ex. vid spörsmål om res judicata, talerätt och domstolens sakliga behörighet. Kan då processhinderprövningen inte inskränkas till vissa rättsfakta som går att avgöra isolerade från målet i övrigt,<sup>5</sup> riskerar man att stora delar av själva saken dras in i processhinderprövningen.<sup>6</sup> Eftersom detta i allmänhet (dvs. vid alla tvingande processhinder) bl. a. innebär officialprövning, kommer delar av själva saken att undandras parternas disposition. Att i och för sig dispositiva rättsförhållanden

<sup>1</sup> Vad gäller gränsen mellan dispositiva och tvingande processhinder föreligger däremot motsvarande problem på den materiella sidan, där man — åtminstone i framtiden — torde få företa en liknande uppdelning även i (huvudsakligen) dispositiva mål. Och vad gäller frågan om ett processhinder är avhjälpt eller ej kommer man inte ifrån problemet genom att klassificera den ifrågavarande omständigheten som materiell; bestämmelserna i 13: 3, 17: 3, 43: 10, 50: 25 och 55: 13 träder ju då in i bilden (betr. analogier vid frågor om processhinder i dessa hänseenden se ovan s. 107).

<sup>2</sup> Se ovan s. 97 f och 199 f.

<sup>3</sup> Jfr dock ovan s. 98 not 6.

<sup>4</sup> Betr. olägenheter på grund av ordningsföljden se även de tre exemplen nedan s. 239 ff.

<sup>5</sup> Enligt min mening föredömliga försök i denna riktning har gjorts i NJA 1973 s. 1 och NJA 1973 nr 98. Jfr nedan s. 248 f.

<sup>6</sup> Jfr JR Ulveson i NJA 1973 s. 1 (referatet s. 3 f).

blir föremål för officialprövning på detta sätt är en olycklig konsekvens av den rådande systematiken.<sup>7</sup>

Den påtvungna åtskillnaden mellan formella och materiella frågor kontrasterar således mot det inbördes samband som ofta råder dem emellan. Detta kan leda till ytterligare olägenheter utöver de redan nämnda. Om någon eller några av bifallsförutsättningarna i ett mål klassificeras som en fråga om processhinder är ju särskild omröstning obligatorisk (16: 2 st 1),<sup>8</sup> medan sådan omröstning i målets materiella del blott skall ske "såvitt sakens beskaffenhet påkallar det" (16: 2 st 2 p 2). Vid bedömningen av frågor med starkt inbördes samband kan alltså domstolen tvingas till särskild omröstning i en utsträckning som strider mot grunderna för denna fakultativa bestämmelse.<sup>9</sup>

Ännu en nackdel med det rådande systemet är den kombinations-effekt som uppstår då den rådande systematiken s. a. s. kolliderar med instansordningen. Låt mig illustrera detta med hjälp av tre närbesläktade exempel:

1. Antag att en fråga om processhinder aktualiserats och att denna äger starkt samband med målets materiella sida (eller delar därav), kanske är även viss del av bevisningen gemensam. Domstolen anser att avvisning bör ske men betraktar riskerna för ändring i högre instans som relativt stora. Om det gällt en fråga rörande själva saken skulle man då sannolikt undvika ett separat avgörande i form av mellandom enligt 17: 5 st 2. Denna bestämmelse är ju fakultativ och mellandom bör endast meddelas när utsikterna är goda att avgörandet ej kommer att ändras i högre instans.<sup>1</sup> Men i vårt exempel tvingas domstolen ändå till separat avgörande; avvisning måste ske trots att detta är processekonomiskt ofördelaktigt med hänsyn till frågornas samband och den gemensamma bevisningen.<sup>2</sup> Härtill kommer att det slutliga avgörandet kan bli fördröjt på det sätt som framgår av nästa exempel.

2. En fördröjning till följd av den rådande systematiken kan alltså uppkomma i nyssnämnda fall men också vid isolerbara frågor om pro-

<sup>7</sup> Denna olägenhet kan i viss mån avhjälpas om domstolen inskränker processhinderprövningen till kärandens påståenden på det sätt som skett i ovan i not 5 angivna rättsfall.

<sup>8</sup> Reglerna om särskild förberedelse och huvudförhandling (42: 13 och 20 st 1) är däremot fakultativa och det blir alltså ej fråga om någon olycklig uppdelning till följd av dessa bestämmelser.

<sup>9</sup> En annan sak är frågan om 16: 2 st p 2 är analogt tillämplig betr. frågor om processhinder, jfr ovan s. 106. Betr. denna bestämmelse se även nedan s. 240 i not 5.

<sup>1</sup> Ekelöf: Rättegång V s. 173.

<sup>2</sup> Betr. 17: 5 st 2 se även ovan s. 210 f.

cesshinder. Antag att tingsrätten, efter lång tvekan över frågan om en påstådd brist är formell eller materiell, bestämmer sig för det förra alternativet och avvisar kärandens talan. Denne överklagar till hovrätten, som fastställer tingsrättens beslut, varpå målet går upp i högsta domstolen. HD finner då att den aktuella omständigheten inte kan konstituera processhinder utan är att behandla som ett spörsmål rörande själva saken. I denna situation torde HD — åtminstone fram till 1973<sup>3</sup> — ha ansett sig tvungen att återförvisa målet till underrätten för förnyad handläggning, och detta oavsett om HD ansett den påstådda bristen föreligga eller ej. Målet går alltså tillbaka till tingsrätten, varvid ogillande sker på den grund som tidigare ledde till avvisning.<sup>4</sup> Så kan frågan — ensam i form av mellandom eller tillsammans med övriga delar av själva saken — på nytt föras upp genom instanserna. I värsta fall kan samma fråga<sup>5</sup> bli föremål för sex avgöranden, vilket dock i allmänhet torde förhindras genom bestämmelsen i 54: 10. En prövning i fyra instanser — dvs. två gånger i vardera tingsrätt och hovrätt — går däremot ej att undvika. Det är illa nog. I olyckliga fall kan visserligen samma mål gå flera gånger genom instanserna även då det uteslutande är materiella frågor som aktualiserats, men det kan då ej gälla samma rättsfaktum även i den andra omgången. Och som nyss nämnts är det ett olycksfall i arbetet när man måste börja om i första instans; mellandomsmöjligheten i 17: 5 st 2 är ju fakultativ och meningen är att särskilt avgörande enligt denna bestämmelse skall meddelas endast i de fall utsikterna till ändring är små.

3. Mitt tredje exempel ansluter sig i viss mån till de föregående. Ett avvisningsbeslut överklagas särskilt och högre rätt finner att beslutet

<sup>3</sup> Se dock det nedan s. 256 f berörda fallet.

<sup>4</sup> Är domstolen i detta fall bunden av sitt tidigare ställningstagande i så måtto att talan måste ogillas även om rätten ändrat uppfattning beträffande existensen av ifrågavarande rättsfaktum? Nej, sådan bundenhet torde ej föreligga. Men även om rätten redan vid sin första bedömning var fullt övertygad om att den påstådda bristen verkligen förelåg och det ej finns skäl att frångå denna uppfattning, måste ny förhandling ske i samma fråga, eventuell bevisning tas upp på nytt etc. Det finns ju inte något stadgande som tillåter underrätten att s. a. s. ogilla på handlingarna i ett fall som det förevarande. (Man skulle dock möjligen kunna tänka sig en analog användning av 42: 20 st 2, varvid även 50: 23 får aktualitet.)

<sup>5</sup> Man kan här invända att det ej är exakt samma fråga i högsta instans, eftersom det i första omgången gäller vilken rättslig betydelse som tillkommer ett visst rättsfaktum medan prövningen i andra omgången även avser existensen av ifrågavarande omständighet, en uppdelning som f. ö. strider mot grunderna för 16: 2 st 2 p 2 såsom denna bestämmelse tolkas i motiven och av Ekelöf (Rättegång III s. 53).

visserligen var felaktigt, men att talan av andra skäl är uppenbart materiellt ogrundad. Överinstansen kan då ej ogilla utan måste undanröja avviseringsbeslutet (trots att det kan vara frestande att ej göra ändring i detsamma) och återförvisa målet för ny handläggning i underinstansen. Motsvarande problem *kan* i och för sig uppkomma då en talan ogillats genom mellandom och högre rätt finner ogillande vara motiverat, men detta av andra skäl än de som lagts till grund för mellandomen. I sådana fall beror emellertid den uppkomna situationen på att bestämmelsen i 17: 5 st 2 tillämpats på ett felaktigt sätt i underinstansen; den brist som var uppenbar borde ju i första hand ha lagts till grund för ogillandet. Motsvarande valmöjlighet finns däremot ej om den svårbedömbara bristen utgör grund för avvisning för den händelse den verkligen är för handen.

Naturligtvis kan man leta upp ytterligare nackdelar med den rådande ordningen genom att i detalj gå igenom reglerna för handläggning och avgörande av frågor om processhinder och undersöka i vilken mån dessa regler är ändamålsenliga. Någon sådan genomgång avser jag inte att företa i förevarande sammanhang. Jag har i stället i stort sett inskränkt mig till att diskutera de mera övergripande problem som följer av gällande kategoriklvning. Låt mig i detta sammanhang även peka på de betydande nackdelar som följer av själva det förhållandet att man arbetar med två olika regelsystem. Den rättsliga regleringen blir härvid omfattande och följaktligen svår att överblicka och begagna. Man kan inte ens utesluta risken för onödiga rättsförluster, så t. ex. till följd av de skilda regler som gäller för fullföljd av talan mot avvisningsutslag respektive ogillande dom.<sup>6</sup>

Nu skulle man väl vara något mera benägen att acceptera förekomsten av två särskilda regelkomplex om man därigenom kunde uppnå en i detalj passande handläggning av varje uppkommande fråga. Den rådande systematiken leder dock stundom snarast till motsatt resultat. En speciell rättsföljd kan vara så eftertraktansvärd i det enskilda fallet att man väljer att handlägga en omständighet enligt ifrågavarande regelkomplex trots att vissa andra bestämmelser som ingår i detsamma är direkt olämpliga.<sup>6a</sup> Som jag berört flera gånger i det föregående torde visserligen de kraftigaste incitamenten i detta hänseende ha försvunnit genom 1971 års ändringar i RB. Men i en del fall anser man sig kanske tvungen att handla enligt maximen ”lagt kort ligger”; man fortsätter att uppfatta en fråga som formell trots att anledningen härtill försvunnit.<sup>7</sup> På detta sätt kan processhinderinstitutet idag föranleda större skada

<sup>6</sup> Jfr Schrevelius ovan s. 83 i not 9 återgivna rekommendation.

<sup>6a</sup> Jfr ovan s. 231 f.

<sup>7</sup> Jfr ovan s. 227 betr. talerätt.

än då det infördes. Nackdelarna med en processuell klassifiering uppvägs kanske ej längre av några för processhinder unika fördelar.

Processhinderinstitutet är alltså förenat med betydande nackdelar och den rådande regleringen erbjuder åtskilliga svårigheter i tillämpningen. Det är lätt nog för en jurist av facket att gå vilse i RB:s skilda regelkomplex för handläggning och avgörande av olika sorters invändningar. När nu — till följd av kostnadsregeln i 8 § lagen om rättegång i tvistemål om mindre värden — lekmän allt oftare kommer att föra sin talan utan hjälp av rättsbildat ombud<sup>8</sup>, ökar behovet av ett enkelt och överskådligt system även på här aktuella område.

Enligt min mening är det rådande systemets nackdelar flera och större än fördelarna. Härmed är dock inte sagt att det är motiverat att avskaffa processhinderinstitutet. Frågan om en så genomgripande reform bör genomföras är också beroende av vilka rättstekniska åtgärder som skulle erfordras. Kan man inte övergå till en bättre ordning i här diskuterade avseenden utan att radera stora delar av RB är det högst tveksamt om en reform kan tillstyrkas. Kan man å andra sidan uppnå det avsedda resultatet — dvs. ett mera överskådligt, lätthanterligt och ändamålsenligt regelsystem — utan att antalet erforderliga lagändringar blir för stort, bör man ej avstå från att avskaffa processhinderinstitutet.

<sup>8</sup> Enligt vad som ryktas när denna bok föreligger i sista korrektur, kommer dock alla större försäkringsbolag att låta rättsskyddet i hemförsäkringen täcka ombudskostnaden även i dylika mål. Härigenom förfelas ett av syftena med den nya lagen. Huruvida detta är att beklaga överlämnar jag åt läsaren att avgöra.

## Kapitel 9

### VAD KRÄVS FÖR ATT AVSKAFFA PROCESSHINDERINSTITUTET?

Av det föregående har — hoppas jag — framgått att processhinderinstitutet är behäftat med avsevärda nackdelar och att användningen av konstruktionen ifråga stundom framstår som en onödig komplikation av regelsystemet. Vad gäller processhindret bristande talerätt har det visat sig att ifrågavarande omständigheter många gånger med fördel kan handläggas enligt de regler som gäller för materiella rättsfakta. Gäller detta även övriga processhinder, eller förutsätter ett avskaffande av processhinderinstitutet att ett helt nytt regelsystem införs? Hur skall i så fall ett dylikt system vara beskaffat?

Låt mig först erinra om det tidigare påpekade förhållandet att man knappast är hjälpt av att ersätta den nuvarande indelningsgrunden — distinktionen mellan formell och materiell rätt — med skillnaden mellan peremptoriska och dilatoriska invändningar.<sup>1</sup> Även om denna indelningsgrund är mindre metafysisk än skillnaden mellan formell och materiell rätt, skulle den ändå medföra betydande och många gånger sakligt omotiverade komplikationer i processen. Redan genom att anvisa olika sorters utslag — eller rent av hela regelkomplex — för avgöranden grundade på dilatoriska respektive peremptoriska brister skulle man tvinga domstolen att alltid ta ställning i den stundom intrikata frågan om ett avgörande grundat på bristen i fråga hindrar ny talan om samma sak. Skillnaden mellan dilatoriska och peremptoriska frågor är ju numera ett uttryck för principen om *facta supervenientia*, och domstolen skulle alltså nödgas göra en bedömning av rättskraftens begränsning till tiden även i de fall då ny talan aldrig kommer att väckas. Det är svårt att finna tillräckliga argument för en sådan ordning. Vad som behövs är inte att ersätta en indelningsgrund med en annan utan att söka ett system utan uppdelningar i skilda kategorier, ett system med så långt möjligt gemensamma regler för alla frågor. Först härigenom kan man undvika gränsdragningsproblem av det slag som varit föremål för diskussion i det föregående.

Vill man uppnå ett sådant resultat kan man förfara på (åtminstone) tre olika sätt. Man kan avskaffa processhinderinstitutet och handlägga och avgöra alla därtill knutna frågor enligt de regler som nu gäller för materiella frågor. Men man kan också avskaffa dessa regler och till-

<sup>1</sup> Se ovan s. 130 ff.

lämpa det för processhinder gällande regelkomplexet även för frågor rörande själva saken. Motsvarande enhetlighet kan, slutligen, uppnås genom införande av ett nytt gemensamt regelsystem för frågor av båda slagen.

Gränserna mellan dessa tre metoder är naturligtvis i viss mån flytande. De två första tillvägagångssätten kan ej förväntas leda till ett ändamålsenligt resultat utan vissa justeringar av det regelkomplex som tas till utgångspunkt för reformen. Därmed sammanfaller de i någon mån med varandra och med lösningen att skapa ett nytt regelsystem. Bl. a. mot bakgrund av resultaten i kapitlet om talerätt kommer jag dock i det följande att utgå från att processhinderinstitutet avskaffas och att hithörande frågor handläggs enligt de regler som gäller materiella rättsfakta. Såvitt jag kan bedöma skulle nämligen antalet erforderliga lagändringar bli minst på detta sätt.

## 1. Fyra hjälpmedel

Innan jag går in på frågan om eventuella ändringar i RB finns det anledning att dröja något vid de fyra metoder som i det föregående visat sig vara till god hjälp då det gäller att redan de lege lata åstadkomma positiva förändringar s. a. s. inom ramen för systemet. Dessa hjälpmedel får ju då de lege ferenda den effekten att antalet erforderliga lagändringar nedbringas. De fyra principer jag avser är *A*: principen *iura novit curia*, *B*: möjligheten att uppfatta vissa omständigheter som *officialfakta*, *C*: *rättskraftens begränsning* (till tiden, till området för domstolens behörighet och till parterna) samt *D*: frågan om *ordningsföljd* vid handläggning och avgörande av flera samtidigt föreliggande brister i kändandens talan.

### A. *Iura novit curia*

Enligt principen *iura novit curia* skall kändandens talan ogillas ex officio såvida åberopade rättsfakta inte har den rättsliga betydelse kändanden påstår.<sup>2</sup> Det förekommer alltså en viss materiell officialprövning även i dispositiva mål. Detta förhållande utgör, som jag försökt visa i kapitlet om talerätt, en bidragande orsak till att processhinderkonstruk-

<sup>2</sup> Se ovan s. 91. Detta gäller naturligtvis förutsatt att svaranden ej medgett kändandens talan. Däremot behöver det inte föreligga något förnekande för att ogillande skall kunna ske enligt principen *iura novit curia*, jfr ovan s. 91 i not 8 samt betr. förhållandena vid utevaro ovan s. 95 och Boman s. 132 ff.

tionen kan undvaras redan de lege lata i vissa fall.<sup>3</sup> Och vid en diskussion de lege ferenda är naturligtvis principen iura novit curia av intresse på motsvarande sätt. Att en önskvärd, eller kanske rent av nödvändig, officialprövning i viss mån fortlever även om processhinderinstitutet avskaffas underlättar naturligtvis en dylik reform.

Redan vid ett studium av processhindret bristande talerätt visade det sig emellertid att principen iura novit curia inte alltid erbjuder ett fullgott alternativ till den processuella officialprövning som idag följer av 34: 1. Så är fallet endast när processhinderkonstruktionen anknyter till prövning av en *rättsfråga*, som t. ex. vid bristande talerätt i en del situationer.<sup>4</sup> Vid andra processhinder (och i andra fall av bristande talerätt) förhåller det sig däremot ej på detta sätt och principen iura novit curia kan alltså inte ensam fylla det behov av materiell officialprövning som ett avskaffande av processhinderinstitutet medför. Antag t. ex. att frågor om processbehörighet skulle handläggas och avgöras enligt de regler som nu gäller för materiella frågor. Om behov fortfarande anses föreligga av att pröva brister i detta hänseende ex officio — vilket säkerligen är fallet — kan man visserligen (förutsatt att svaranden ej medger kärandens talan) ogilla ex officio enligt principen iura novit curia då åberopade rättsfakta ej konstituerar behörighet på det sätt käranden påstår. Men kan ogillande ske enligt samma princip om käranden inte åberopat några behörighetsgrundande omständigheter överhuvudtaget? Eller antag att käranden åberopar relevanta behörighetsgrundande fakta och att svaranden erkänner dessa trots att de uppenbarligen icke är för handen, eller att svaranden åberopar irrelevanta motfakta trots att underlag finns för välgrundade invändningar härvidlag. Ogillande på grund av bristande processbehörighet skulle i sådana fall ej kunna ske ex officio om processhinderinstitutet avskaffas utan en samtidig förändring av de regler som nu gäller i dispositiva mål. Processinvändningarna gränsar inte alltid — ja kanske blott undantagsvis — mot rättsinvändningarna i målets materiella del. Minst lika vanligt är att förnekande eller åberopande av motfaktum utgör motsvarigheten bland sakinvändningarna.<sup>5</sup> Att gränserna här emellan är svåra att dra i vissa fall — och behovet av åberopande i motsvarande mån svårt att bedöma — bidrar till att principen iura novit curia har ett begränsat användningsområde som alternativ till processhinderkonstruktionen. Vid en total reform av processhinderinstitutet måste den materiella officialprövningen även ske på så sätt att vissa omständigheter behandlas som *officialfakta*.

<sup>3</sup> Ovan s. 197 ff.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Jfr ovan s. 90 och 202.

### B. Officialfakta

Även om möjligheten att behandla vissa rättsfakta som indispositiva moment — här kallade officialfakta<sup>6</sup> — i f. ö. dispositiva mål ännu icke begagnats i någon större utsträckning, har vi häri ett viktigt instrument vid en eventuell omdaning av processhinderinstitutet. Erforderlig materiell officialprövning kan med fördel uppnås med hjälp av denna metod i den mån principen *iura novit curia* ej fyller kraven härvidlag. Att vissa processförutsättningar verkligen förtjänar att vara tvingande behöver således ej hindra att processhinderinstitutet avskaffas; ifrågasvarande omständigheter kan få leva vidare i form av officialfakta efter en reform av nyssnämnt slag.

Det finns vidare anledning att understryka att konstruktionen officialfakta redan nu utgör en beståndsdel i gällande rätt. Användningen har visserligen hittills varit begränsad, men oavsett om tillämpningsområdet de lege ferenda utsträcks till att omfatta vissa av våra nuvarande processförutsättningar eller ej, kommer sannolikt gruppen av officialfakta att utökas och få allt större betydelse i framtiden. Det finns nämligen flera tecken som tyder på att gränsen mellan dispositiva och indispositiva mål kommer att suddas ut alltmer. En starkt bidragande orsak till denna utveckling är tendensen att lagstiftningsvägen skydda den typiskt sett svagare parten i avtalsförhållanden<sup>7</sup> samtidigt som tvister i anledning av dylika rättsförhållanden stundom kommer att avgöras i ett förenklat rättegångsförfarande utan hjälp av rättsbildat ombud.<sup>8</sup> Om inte det civilrättsliga skyddet skall bli verkningsslöst torde en ökad användning av officialfakta bli erforderlig i detta sammanhang. Kraftigare materiell processledning kommer sannolikt ej att kunna *ersätta* utan blott *komplettera* officialfaktametoden härvidlag.

Nyssnämnda tendenser gör en reform av processhinderinstitutet än mer angelägen än tidigare. Genom att behandla processförutsättningarna som materiella rättsfakta (dispositiva sådana i vissa fall, officialfakta i andra) kan man visserligen inte uppnå en gemensam reglering av samtliga frågor i processen; officialfakta kommer ju att kräva viss särreglering. Men om processhinderinstitutet avskaffas slipper man åtminstone att arbeta med *tre* — eller rent av *fyra*<sup>9</sup> — grupper på det sätt som annars skulle bli fallet.

<sup>6</sup> Se betr. denna term t. ex. ovan s. 92 not 3 och 208 not 7.

<sup>7</sup> Så t. ex. konsumentköplagen (SFS 1973: 877).

<sup>8</sup> Lag om rättegången i tvistemål om mindre värden (SFS 1974: 8) § 8, jfr dock ovan s. 242 not 8.

<sup>9</sup> Officialfakta och dispositiva materiella rättsfakta samt dispositiva och tvingande processförutsättningar.

Nu skall man naturligtvis inte ta för givet att utvecklingen kommer att gå åt enbart det ena hållet, från dispositiva rättsförhållanden mot indispositiva. Äktenskapsrätten utgör ett exempel på motsatsen; frågan om äktenskapsskillnad är numera dispositiv i betydligt högre grad än tidigare. Och skulle processhinderinstitutet avskaffas finns det ju all anledning att samtidigt noggrant överväga i vilken mån dagens tvingande processförutsättningar bör prövas ex officio även framdeles.<sup>1</sup> I själva verket bidrar möjligheten av en fördomsfri omprövning härvidlag till att öka intresset för en dylik reform, även om motsvarande justeringar naturligtvis också kan ske inom ramen för processhinderinstitutet.

I anslutning till diskussionen om officialfakta finns det anledning att stanna ett ögonblick vid brottmålen. Kan processhinderinstitutet undvaras även i dessa sammanhang? Frågan faller i och för sig utanför ramen för denna undersökning, som ju enligt sin titel endast avser civilprocessen.<sup>1a</sup> Med reservation för vad ingående studier skulle ge vid handen är det dock min preliminära uppfattning att de uppnådda resultaten i stort sett är tillämpliga över hela fältet. Att undersökningen koncentreras till just dispositiva tvistemål beror inte på att problemen skulle vara större på andra håll. Tvärtom torde det i här berört avseende vara lättare att avskaffa processhinderinstitutet för brottmålen och de indispositiva tvistemålen del. I sådana mål behöver man ju inte arbeta med officialfakta för att uppnå erforderlig officialprövning. Att införa officialfakta på detta område vore att slå in öppna dörrar!<sup>2</sup>

### C. Rättskraftsbegränsningar

Varken principen *iura novit curia* eller officialfakta är några nykonstruktioner, tillskapade för att underlätta ett avskaffande av processhinderinstitutet, utan redan existerande institut ägnade att minska behovet av lagändringar vid en dylik reform. På samma sätt förhåller det sig med de rättskraftsinskränkningar som varit föremål för diskus-

<sup>1</sup> Se härom ovan s. 99 vid not 8.

<sup>1a</sup> Jfr ovan s. 14.

<sup>2</sup> Vill man däremot göra ett tvingande processhinder dispositivt — i brottmål finns f. n. inga dispositiva processhinder — uppstår *mutatis mutandis* samma problem som med officialfakta i dispositiva mål. Behovet att fränta vissa processhinder deras tvingande karaktär gör sig dock ej gällande med samma styrka i brottmål som i tvistemål. — Ett för brottmålen speciellt problem vid avskaffande av processhinderinstitutet är att ökade möjligheter måste ges till separat avgörande; 30: 4 kan ej ersätta processhinderkonstruktionen i detta avseende på det sätt som är fallet med 17: 5 st 2 för tvistemålen del, jfr nedan s. 253.

sion i det föregående.<sup>3</sup> *Rättskraftens begränsning till tiden* — principen om *facta supervenientia* — utgör ju enligt min uppfattning förklaringen till att avvisningsutslag mera sällan än ogillande dom förhindrar ny talan om samma sak.<sup>4</sup>

Den skillnad som genomsnittligt sett råder i rättskraftshänseende mellan dessa slags avgöranden äger således ej något nödvändigt samband med den rådande systematiken. Antag att processhinderinstitutet avskaffas och att t. ex. bristande processbehörighet leder till ogillande dom. Detta avgörande skulle naturligtvis inte hindra ny talan om samma sak när relevant *factum superveniens* — t. ex. myndighetsdagen — inträtt. Det behövs inte någon ny regel eller princip för att vid en övergång till gemensamma regler för formella och materiella frågor uppnå den önskvärda rättskraftsinskränkningen i detta hänseende.

Här finns det anledning att även beröra *rättskraftens inskränkning till området för domstolens sakliga behörighet*.<sup>5</sup> Denna princip gör att man ej behöver tillämpa en omfattande processhinderprövning i de fall kärandens anspråk kan komma att bli föremål för rättegång vid såväl allmän domstol som specialdomstol. Eftersom domens rättskraft rimligen inte kan sträcka sig längre än till gränserna för domstolens sakliga behörighet, förhindrar i normala fall en ogillande dom vid den ena domstolen inte ny process om samma sak vid domstol med annan saklig behörighet. Följaktligen måste man ej heller avvisa för att undgå en ovälkommen rättskraftsverkan.

Det finns alltså ej anledning att bibehålla avvisningsutslagen — och därmed processhinderinstitutet — på grund av de komplikationer som följer av den ökade benägenheten att hänföra alltfler mål till avgörande av specialdomstol. Processhinderinstitutet erbjuder inte några fördelar härvidlag; tvärtom kan det just i detta slags mål uppstå betydande olägenheter om inte processhinderprövningen begränsas kraftigt.<sup>6</sup>

Att döma av senare praxis synes HD numera undvika en omfattande processhinderprövning i dylika fall. Jag åsyftar då främst NJA 1973 s. 1, som innehåller flera exempel (både forum- och talerättsfrågor) på den nyss diskuterade problematiken; se härom rättsfallsreferatet — särskilt JR Ulve-sons yttrande å s. 3 f — samt mitt ovan s. 170 i not 6a angivna arbete s. 48 ff. Till nämnda prejudikat ansluter sig ett beslut av HD senare samma år (NJA 1973 nr 98) vari HD:s majoritet anförde: "Björnverken har vid Ljungby tingsrätt väckt talan mot Sävedalens Fabriksaktiebolag om ersätt-

<sup>3</sup> Se ovan s. 125 ff.

<sup>4</sup> Ovan s. 119.

<sup>5</sup> Se härom ovan s. 131 i not 3 samt mitt ovan s. 170 i not 6a angivna arbete s. 50 ff.

<sup>6</sup> Se ovan s. 238.

ning med 28 515 kronor jämte ränta och därvid gjort gällande, att ersättningen grundade sig på en mellan parterna ingången överenskommelse om förvaring. Sävedalens Fabriksaktiebolag har invänt, att tingsrätten ej är behörig att upptaga målet till prövning, enär målet rör ett hyresförhållande och sådant mål tillhör fastighetsdomstolens prövning. — Björnverken har såsom angivits påstått, att ersättningen grundar sig på ett avtal om förvaring, och det är Björnverkens anspråk på denna grund målet gäller. Målet tillhör därför tingsrättens prövning.”

Att HD ansåg domstolen behörig redan på grundval av kändens påstående synes hänga samman med den här diskuterade rättskraftsbegränsningen. Antag att kändens talan ogillas på grund av att parternas mellanhavande ej var att uppfatta som ett förvaringsavtal. Den ogillande domen torde då ej hindra kändanden att framställa yrkande om ersättning i anledning av ett hyresförhållande vid fastighetsdomstolen. Om sådan talan skulle förhindras av en ogillande dom i det första målet borde HD rimligen ha prövat frågan om tillämplig avtalstyp som ett spörsmål om processhinder och avvisat om man ansett att rättsförhållandet ej var att uppfatta som ett förvaringsavtal utan som ett hyresförhållande. Att så ej skedde stöder alltså enligt min uppfattning tesen att valet mellan avvisning och ogillande saknar betydelse i rättskraftshänseende i här aktuellt avseende.

Ytterligare en rättskraftsinskränkning som är av intresse i förevarande sammanhang är *rättskraftens begränsning till parterna*. Jag har i kapitel 7 kunnat konstatera att en stor del av den svenska talerättsdebatten vilar på ett antagande om en skillnad mellan avvisningsutslag och ogillande dom vad gäller rättskraftens subjektiva utsträckning.<sup>7</sup> Men som där framgick behöver man ej anta att tredje man blir bunden av en ogillande dom i alla de fall man tidigare räknat härmed. I motsvarande mån bortfaller skälen för en processuell klassificering av vad som idag räknas höra till talerättsprövningen. I linje därmed underlättas även ett avskaffande av processhinderinstitutet av principen om rättskraftens begränsning till parterna.

Liksom rättskraftens subjektiva utsträckning stundom leder till otillfredställande resultat de lege lata,<sup>8</sup> kommer man att få dras med en del problem i detta hänseende även om processhinderinstitutet avskaffas. Låt mig peka på ett par sådana svårigheter.

I kapitel 6 fann jag att avvisningsutslag bör äga rättskraft mot tredje man i den mån denne är bunden av parternas motsvarande civilrättsliga förfogande över det materiella rättsförhållandet.<sup>9</sup> En överflyttning av processhindren till målets materiella del behöver alltså inte inge några betänkligheter i detta hänseende då dom skulle träffa tredje man *i enlighet med*

<sup>7</sup> Se ovan s. 220 f.

<sup>8</sup> Se t. ex. ovan s. 219 f angående äkta makar.

<sup>9</sup> Se ovan s. 162.

Ekelöfs huvudregel för rättskraftens subjektiva utsträckning. Men jag konstaterade också att det knappast finns anledning att låta ett avvisningsutslag träffa tredje man om en dom i målet skulle äga sådan verkan *i strid med* nämnda regel. I dessa fall vet man ju inte om beslutet tillkommit i process mellan taleberättigade parter.<sup>1</sup>

Hur skall man då göra i mål av nyssnämnt slag om processhinderinstitutet avskaffas? Ja, här får man väl lov att se till grunden för ogillande för att kunna bestämma rättskraftens subjektiva utsträckning.<sup>2</sup> Hänför sig ogillande dom t. ex. till en brist i partsställningen kan ju avgörandet rimligen ej få hindra tredje man att väcka talan, även om målet är av den beskaffenheten att dom normalt sett binder tredje man trots att parterna ej kan åstadkomma sådan bundenhet på civilrättslig väg.<sup>3</sup>

Det tycks alltså förhålla sig på det sättet att principen om rättskraftens begränsning till parterna måste tillämpas mera strikt än tidigare om processhinderinstitutet avskaffas. Och man får av allt att döma räkna med undantag från den tidigare hävdade regeln att den ogillande domens rättskraft ej beror på grunden för ogillandet.<sup>4</sup> Detta innebär dock inte någon principiell förändring i förhållande till vad som nu gäller. Vad Ekelöf kallar rättskraftens begränsning till tiden är ju just ett sådant undantag. Ett annat undantag föreligger vid partssuccession i de fall då ogillande dom grundas på att överlåtelse av tvisteföremålet skett under rättegången.<sup>5</sup> Ett tredje kan uppstå vid alternativa yrkanden.<sup>6</sup> Om processhinderinstitutet avskaffas skulle man alltså få räkna med ett fjärde undantag i så måtto att ogillande doms rättskraft mot tredje man i brottmål<sup>7</sup> och indispositiva tvistemål — samt i vissa andra fall då domen äger rättskraft mot tredje man i strid med Ekelöfs huvudregel — blir beroende av vilken brist som lagts till grund för ogillandet.

#### D. Ordningsföljd

En av nackdelarna med processhinderinstitutet är ju den nödvungna ordningsföljd för handläggning och avgörande som följer av att dom — även ogillande sådan — inte får meddelas om ej samtliga processförutsättningar är för handen. En av fördelarna med att avskaffa processhinderinstitutet är följaktligen att man därigenom kan uppnå en smidigare ordning i detta hänseende. Man torde emellertid inte kunna undvara regler om ordningsföljd helt och hållet ens i ett framtida sys-

<sup>1</sup> Ovan s. 163 f.

<sup>2</sup> Jfr dock ovan s. 138 ff.

<sup>3</sup> Så ovan s. 205, se även s. 162 not 7.

<sup>4</sup> Se härom ovan s. 138 ff.

<sup>5</sup> Se Ekelöf: Rättegång II s. 136.

<sup>6</sup> Se det av Ekelöf (Rättegång III s. 100) anförda exemplet angående 42 § köplagen.

<sup>7</sup> Beträffande brottmål se även ovan s. 247 och nedan s. 253 ff.

tem. Även om man i allmänhet bör kunna ogilla en uppenbart ogrundad talan direkt utan att ta ställning till andra bifallsförutsättningar, kan det inte uteslutas att en bestämd turordning för handläggning och avgörande kan bli nödvändig att iaktta i vissa fall.<sup>8</sup> Det kan möjligen bli erforderligt med lagreglering i detta hänseende.<sup>9</sup> Men en liten bit på väg kan man kanske komma med hjälp av de — visserligen tämligen utbildade — principer som redan nu gäller beträffande ordningsföljden i målets materiella del; domstolarna torde ju idag ha att beakta denna fråga i den mån domens rättsliga betydelse är avhängig av vilken brist som läggs till grund för densamma.<sup>1</sup> Det råder dock betydande osäkerhet på detta område, och frågan är förtjänt av en grundlig undersökning alldeles oavsett dess samband med den här diskuterade problematiken. I någon mån torde dock gällande turordningsregler underlätta ett avskaffande av processhinderinstitutet.<sup>1a</sup>

## 2. Erforderliga lagstiftningsåtgärder

Även om man kan komma en bra bit på väg mot ett i mitt tycke bättre system enbart med hjälp av de fyra metoder jag berört ovan, är det naturligtvis inte möjligt att avskaffa processhinderinstitutet helt och hållet utan att företa vissa ändringar i RB. Om man bortser från rent redaktionella justeringar kan emellertid antalet erforderliga lagändringar hållas på en förvånansvärt låg nivå vid en total reform av detta slag. Som framgått av det föregående passar ju det regelsystem, som nu gäller för handläggning och avgörande av materiella frågor, tämligen väl även för frågor om processhinder. Man kan dock naturligtvis inte vänta sig att det är ett i allo perfekt regelsystem som ligger och väntar. Vissa kompletteringar och justeringar blir nödvändiga om nu gällande bestämmelser för handläggning och avgörande av frågor om processhinder avskaffas.

Ändringar av nyss antydd art synes i vissa fall kunna genomföras på så sätt att en väl fungerande regel i det för processhinder gällande regelkomplexet s. a. s. räddas över till det regelsystem som avses fortsättningsvis gälla för samtliga frågor. Det finns ju ingen anledning att slänga ut barnet med badvattnet. Vidare kan det förhålla sig så att vissa för processhinder specifika regler skulle medverka till en

<sup>8</sup> Jfr ovan s. 238.

<sup>9</sup> Jfr nedan s. 252.

<sup>1</sup> Se ovan s. 104 f.

<sup>1a</sup> Jfr ovan s. 206.

mera ändamålsenlig handläggning även av vad som idag kallas materiella frågor.

Vid en översiktlig genomgång av RB får man först anledning att göra halt vid 34 kapitlet, som ju uteslutande handlar om rättegångshinder. Är det några av dessa regler som bör bibehållas? 34: 1 st 1 torde knappast komma ifråga därvidlag. Innebörden av att rätten skall "företa" vissa slags frågor "så snart anledning förekommer därtill" är inte helt klar.<sup>2</sup> Antingen kan bestämmelsen läsas så att betoningen läggs på *så snart*, vilket ger uttryck för den företrädesrätt frågor om processhinder har före övriga spörsmål i processen. Med en sådan tolkning saknas de lege ferenda anledning att behålla regeln; det är ju bl. a. denna stela ordningsföljd man vill undvika. Och om betoningen i stället läggs på *anledning*, ökar för den skull inte skälen att införa en motsvarande bestämmelse i ett nytt system. Att rätten skall göra något blott när det finns anledning härtill förefaller knappast vara en regel som är tillräckligt meningsfull för att motivera lagstiftning. Regeln i 34: 1 st 1 kan alltså utgå.

Det andra stycket i 34: 1 — att rättegångshinder skall beaktas ex officio om ej annat är stadgat — kan däremot knappast avskaffas utan att viss justering sker av motsvarande regler för materiella frågor. Närmast till hands ligger väl att företa en ändring i 17: 3, vilket det i och för sig finns visst behov av redan idag. Eftersom gränsen mellan dispositiva och indispositiva mål inte kan dras med samma säkerhet som tidigare,<sup>3</sup> borde 17: 3 ej längre utgå från denna distinktion, utan i stället anknyta till skillnaden mellan officialfakta och sådana rättsfakta som parterna äger disponera över. Någon uppräkningslista av vilka omständigheter som är av det ena eller andra slaget kan det dock knappast bli fråga om. Svaret härpå får i allmänhet sökas utanför RB på samma sätt som nu är förhållandet beträffande skillnaden mellan dispositiva och indispositiva mål.<sup>4</sup> Avskaffas processhinderinstitutet accentueras behovet av en ändring i 17: 3 ytterligare. Det kommer ju då att finnas officialfakta — t. ex. processbehörighet — som är aktuella i samtliga processer och kategorin rent dispositiva mål upphör följaktligen att existera.

<sup>2</sup> Betr. tolkningen av 34: 1 st 1 se även ovan s. 98 f med not 1.

<sup>3</sup> Någon större säkerhet har väl adrig rätt i detta hänseende (se t. ex. Boman i festskrift till Ekelöf s. 144 ff) men svårigheterna ökar i takt med samhällsutvecklingen som torde medföra att allt fler omständigheter blir att behandla som officialfakta (jfr ovan s. 246 f).

<sup>4</sup> Jfr PLB i SOU 1938: 44 s. 218 och Larsson: Förlikning s. 35 f. Vad gäller vissa omständigheter som idag konstituerar processhinder — t. ex. fel forum och bristande processbehörighet — kommer dock RB naturligtvis att äga relevans vid gränsdragningen.

Samtidigt som 34: 1 avskaffas bör alltså 17: 3 arbetas om, varvid man även kan överväga att inarbета en regel om bestämd ordningsföljd i särskilda fall. Ändringen av 17: 3 kommer förvisso att erbjuda åtskilliga svårigheter men dessa bör ej ensamma få avskräcka från en reform av processhinderinstitutet. Som nyss nämnts behövs ju en översyn av 17: 3 oavsett hur man ställer sig till frågan om processhindrens vara eller icke vara. Och om en ändring av 17: 3 skulle anses medföra oöverstigligen problem, kan man i stället införa en särskild bestämmelse om fortsatt officialprövning av vissa omständigheter som idag är processhinder.

Regeln i 34: 2 — eventualmaximen för vissa foruminvändningar<sup>5</sup> — är möjligen ändamålsenlig i och för sig, men den äger inte något nödvändigt samband med skillnaden mellan formell och materiell rätt. Vill man bibehålla denna reglering av foruminvändningarna utgör det alltså inte något skäl mot att avskaffa processhinderinstitutet. Detta gäller i desto högre grad eftersom man inte behöver företa någon lagändring härför. Bestämmelsen i 43: 10 kan fylla ett eventuellt tomrum efter 34: 2 i detta hänseende. Och liksom 34: 2 ej i och för sig hindrar svaranden att även senare än där anges framställa invändning om tvingande processhinder, skulle 43: 10 inte stå i vägen för ogillande dom om svaranden först på ett sent stadium av processen gör rätten uppmärksam på ett officialfaktum.

Även vad gäller 34: 3 finns för tvistemålens del fullgoda motsvarigheter bland de regler som gäller för materiella frågor; rätten till särskilt utslag och möjligheten till separat överklagande av frågor om processhinder kan i ett alternativt system mycket väl ske enligt 17: 5 st 2 med därtill knutna bestämmelser (medan däremot en ändring av 30: 4 torde bli nödvändig vad gäller brottmålen). I så måtto inträder rent av en förbättring att man får en otvetydig möjlighet till vilandeförklaring genom att 17: 5 st 3 blir tillämpligt över hela fältet.<sup>6</sup>

Nå, om nu 34 kap i stort sett kan avskaffas i sin helhet, är det då

<sup>5</sup> Jfr 4: 14 st 2 betr. invändning om jäv.

<sup>6</sup> Om idag flera yrkanden är föremål för prövning i samma rättegång, och avvisning sker av ett yrkande, finns ingen bestämmelse som ger domstolen otvetydig rätt till vilandeförklaring (trots att behov härav otvivelaktigt kan föreligga i vissa fall). Antag t. ex. att en sakägare får sin talan avvisad i ett expropriationsmål och sedan vinner ändring i högre instans. Om fastighetsdomstolen då avslutat handläggningen av övriga yrkanden kan frågan om expropriandens totala ersättningsansvar bli uppdelad på flera processer vilket strider mot den önskvärda ordningen i detta slags mål. Det kan ju t. ex. förhålla sig så att storleken av en sakägares ersättningsanspråk är avhängig av om annan person kan få sin talan prövad i expropriationsmålet (jfr förhållandena i NJA 1964 s. 500). Vilandeförklaring torde dock i sådana fall kunna ske enligt grunderna för 32: 5 och 49: 11.

inga andra för processhinder gällande särregler som är värda att bevaras? Jo, bestämmelsen i 42: 16 (och 47: 21) bör kunna komma ifråga härvidlag. Rätten att avgöra frågor om processhinder redan under förberedelsen har visserligen i någon mån en motsvarighet i möjligheten till liten huvudförhandling enligt 42: 20 st 2 och 3,<sup>7</sup> men denna regel utgör knappast någon fullgod ersättning för 42: 16. Avskaffas processhinderinstitutet bör man därför enligt min mening införa en bestämmelse (t. ex. genom ändring i 42: 18)<sup>7a</sup> som ger domstolen möjlighet att ogilla redan under förberedelsen i alla de fall då kändens talan uppenbarligen icke kan bifallas. Härvid bör naturligtvis — liksom vid liten huvudförhandling enligt 42: 20 — rätten vara domför med ensamdomare.

I nyssnämnda situation torde man i allmänhet böra kräva att svaranden bereds tillfälle att yttra sig innan ogillande sker. Avsteg bör dock få ske härifrån då en förlängning av processen ter sig helt meningslös. Rätten skulle alltså i dylika fall kunna ogilla ex officio. Där emot bör svaranden naturligtvis alltid få meddelande om domen. Väcker kändens ny talan om samma sak kan ju svaranden vilja framställa invändning om res judicata. Å andra sidan torde det sällan vara något att vinna härpå; är målet av enkel beskaffenhet finns det tvärt om risk för att det är svårare att avgöra rättskraftsfrågan än att pröva kändens talan på nytt.<sup>8</sup>

Också ifråga om 42: 4 (och 45: 8) torde det finnas behov av en motsvarande regel sedan processhinderinstitutet avskaffats; kändens måste kunna åläggas att komplettera sin stämningsansökan och efterkommes ej sådant föreläggande, eller är bristen eljest så väsentlig att ansökan är otjänlig som grund för rättegång, bör det finnas möjlighet att avbryta processen. Det förefaller däremot ej lämpligt att använda ogillande dom i denna situation. Stämningsansökningen kan ju vara så oklart utformad att det skulle bli synnerligen svårt — kanske omöjligt — att bestämma den ogillande domens rättskraft.<sup>9</sup> Men att bibehålla avvisningsutslagen blott för detta speciella fall är inte heller någon bra lösning; en av fördelarna med att avskaffa processhinderinstitutet är ju den förenkling som skulle följa av att kategorin avvisningsutslag försvinner ur systemet. En tänkbar lösning är att i stället

<sup>7</sup> Jfr ovan s. 95.

<sup>7a</sup> Vad gäller brottmål synes behov föreligga av en motsvarande regel blott vid enskilt åtal (avsedd effekt kan uppnås genom ändring i 47: 21).

<sup>8</sup> Bl. a. av detta skäl bör de lege ferenda rättskraften ej prövas ex officio, jfr Ekelöf i Rättegång III s. 73.

<sup>9</sup> Jfr Boman s. 124 ff.

avskrika kändens talan (eller stämningsansökan) i denna situation.<sup>1</sup> Ett sådant avgörande har ju ingen rättskraft, och avskrivningsbesluten får man nog räkna med att behålla även i ett framtida system.

En självklar åtgärd vid avskaffande av processhinderinstitutet är att — förutom i nyssnämnda fall — låta avvisningsutslag ersättas av ogillande dom.<sup>2</sup> Jag kan inte se något hinder mot att terminologiskt likställa avgöranden i vad som idag uppfattas som processhinderfrågor med utslag rörande "själva saken". Så sker ju f. ö. i tysk rätt, där också samma rättsmedel begagnas för avgöranden av båda slagen (§ 275 ZPO).

Skall man då, liksom i tysk rätt, begagna samma rättsmedel för alla domar oavsett om de har en formell eller materiell karaktär enligt dagens sätt att se? Ja, naturligtvis bör man utnyttja denna möjlighet att ytterligare förenkla systemet. Men varför då inte ta ytterligare ett steg i denna riktning och avskaffa rättsmedlet besvär helt och hållet?<sup>3</sup> En så omfattande reform av rättsmedlen kräver visserligen en hel del lagstiftningstekniska åtgärder, men vinsten i form av ökad överskådlighet och enkelhet synes väl motivera en dylik insats.

*Sammanfattningsvis* kan konstateras att det blir fråga om betydande ingrepp i RB om gemensamma regler införs för vad och besvär samtidigt som processhinderinstitutet avskaffas. Bl. a. skulle ju tre hela kapitel — 34, 52 och 56 — utgå samt en hel del förändringar bli nödvändiga i de övriga kapitlen om rättsmedlen.<sup>4</sup> Däremot behöver endast ett fåtal lagstiftningsåtgärder vidtas om man "inskränker" sig till att avskaffa processhinderinstitutet: bortsett från smärre justeringar (varom nedan i det finstilla) har man att utmönstra de regler som nu gäller för frågor om processhinder, samtidigt som 17:3 arbetas om

<sup>1</sup> Ett annat sätt att lösa problemet är att ogilla och sedan betrakta ny felfri stämningsansökan som factum superveniens.

<sup>2</sup> Detta innebär dock naturligtvis inte att besluten skulle försvinna ur systemet. Avskrivningsbeslut bör finnas kvar liksom beslut under rättgången. Sistnämnda kategori skulle dock minska eftersom dagens beslut med ogillande av processinvändning skulle ske i form av mellandom enligt 17:5 st 2 (i den mån rätten går med på separat avgörande).

<sup>2a</sup> Se ovan s. 112 och 116.

<sup>3</sup> Förslag härom väcktes av Ekelöf (Rättsmedlen, 1969, s. 66) redan innan 1971 års ändringar i fullföljdsförfarandet ytterligare närmade besvär och vad till varandra. — Även om reformen tillgår så att vadereglerna justeras och görs tillämpliga på alla avgöranden samtidigt som besvärsreglerna avskaffas, finns det kanske skäl att välja termen besvär som beteckning på det gemensamma rättsmedlet; detta för att så vitt möjligt anpassa det juridiska språkbruket till vad som är mest begripligt för gemene man och för att minska behovet av följdändringar i andra lagar än RB (jfr R p 21 §).

<sup>4</sup> Se härom den ovan s. 105 i not 6 angivna uppsatsen s. 35 ff.

eller kompletteras, vilket ändå måste ske förr eller senare. Vidare bör 42: 16 räddas kvar (och utökas till att gälla vid samtliga fall av uppenbara brister i kärandens talan), 30: 4 utformas i överensstämmelse med 17: 5 st 2 samt, slutligen avvisning bytas mot avskrivning i 42: 4 och 45: 8.

Avskaffas processhindersinstitutet, och i samband därmed även rättsmedlen besvär, måste naturligtvis en redaktionell översyn ske av hela RB (och en del andra lagar som jag bortser från i förevarande sammanhang). Till de större ändringar som redan diskuterats ovan kommer en hel del justeringar och omnumreringar av kapitel och paragrafer. Följande regler berörs: I 8: 8 byts "besvär" mot "vad".<sup>5</sup> Lokutioner som "uppta till prövning" o. likn. i 10 kap., 13: 1, 2 och 6, 17: 11, 20: 1 och 50: 29 bör kanske bytas ut. Liknande formuleringsproblem uppkommer vad gäller 13: 3 st 2, 19: 8, 22: 6 och 31: 2. I 10: 20 byts "beslut" mot "dom". I 12: 9 st 2 tas "missnöjesanmälan" bort (om nu rättsmedlet besvär avskaffas). Vad gäller bl. a. 12: 9 st 2, 17: 12 och 13 samt 30: 10 och 11 st 1 och 3 bör övervägas om de skall utgå eller kvarstå med tanke på avskrivningsbesluten. Och beträffande de bestämmelser som innehåller termen "rättegångsfråga" o. likn. uttryck (t. ex. 42: 13) blir det anledning att ta ställning till om de bör ändras av den anledningen att frågor om processhinder ej längre kommer att höra till denna kategori. 17: 1 bör formuleras om försåvitt inte "saken" kan anses omfatta även vad som idag är frågor om processhinder. 17: 3 arbetas om eller kompletteras med en särskild regel om officialfakta. 18: 5 st 1 utgår. 30: 4 kompletteras med möjlighet till mellandom liknande 17: 5 st 2. I 32: 2 och 7 utgår "besvärslinlag". 34 kap utgår helt. I 42: 4 och 45: 8 ersätts "avvisas" med "avskrivs" och 42: 5 samt 45: 9 arbetas ihop med dessa bestämmelser (se även 47: 4 och 5). 42: 7 p 1 utgår. 42: 16 och 47: 21 ersätts med bestämmelser om ogillande i 42: 18. 59: 1 st 1 p 1 ändras till att avse officialfakta. Härtill kommer slutligen de ändringar i kapitel 49—56 och 59 som följer av att rättsmedlet besvär avskaffas.

### 3. Utvecklingstendenser

Jag har tidigare konstaterat att en sekellång strävan att frigöra processrätten från civilrätten inleddes med publiceringen av Bülow's arbete om processförutsättningarna.<sup>6</sup> Cappelletti iakttar så sent som 1965 en ökad benägenhet i Europa att skilja mellan formell och materiell rätt.<sup>7</sup> I Sverige ligger vi i så måtto före i utvecklingen att vi dragit de

<sup>5</sup> Jfr dock ovan i not 3.

<sup>6</sup> Ovan s. 71.

<sup>7</sup> Ovan s. 26.

mest vittgående konsekvenserna av denna distinktion,<sup>8</sup> men å andra sidan synes vi av allt att döma redan ha passerat kulmen härvidlag. I och med 1971 års ändringar i RB är vi kanske på väg tillbaka mot ett system som i viss mån erinrar om vad som gällde i svensk rätt innan Bülows inflytande hunnit göra sig gällande. I samma riktning talar de HD-avgöranden jag refererat till tidigare i detta kapitel;<sup>9</sup> man kan där skönja något av en "processhinderfientlig" inställning. Och i ett färskt besvärsmål<sup>1</sup> har HD visat en förvånande respektlöshet inför skillnaden mellan formella och materiella frågor. Då HD fann att de skäl som lagts till grund för avvísning i hovrätten i stället bort föranleda ogillande, undanröjde man inte hovrättens avvísningsbeslut och återförvisade följaktligen ej heller målet för ny handläggning i denna instans. Man lät det bero vid att hovrätten icke förmått skilja mellan formell och materiell rätt och förordnade i stället helt enkelt att målet fortsättningsvis skulle handläggas i den för revisionsmål gällande ordningen.

Som synes finns det — åtminstone för HD — visst manövreringsutrymme redan inom ramen för det gällande systemet. Detta förhållande rubbar emellertid ej helhetsintrycket, nämligen att processhinderinstitutet utgör en besvärande komplikation i vår rättsordning. Naturligtvis kan man arbeta sig fram mot en bättre ordning genom partiella ändringar i RB. Enligt min mening talar dock övervägande skäl för *en total reform* i avsikt att på en gång avskaffa processhinderinstitutet helt och hållet. En så genomgripande förändring av rådande systematik och tänkesätt förutsätter naturligtvis ytterligare undersökningar och överväganden. Detta arbete har inte varit avsett som annat än ett första diskussionsinlägg i frågan om processhindrens vara eller icke vara.

<sup>8</sup> Ovan s. 110.

<sup>9</sup> Ovan s. 248 f.

<sup>1</sup> HD:s beslut å 1 avdelningen den 22.8.1973 i mål nr Ö 802/72.

# PROZESSVORAUSSETZUNGEN

Über den Unterschied zwischen dem formellen und dem materiellen Recht im Zivilprozess, besonders bei mangelnder

Prozessführungsbefugnis

## Zusammenfassung

(Übersetzung von Mag. jur. Eugeniusz Dornfest)

Der Systematik innerhalb des modernen Zivilprozessrechts liegt — in Schweden gleichwie in vielen anderen Ländern — eine Anschauung zugrunde, die das formelle Recht vom materiellen unterscheidet und deshalb als dualistisch bezeichnet wird. Laut dieser Auffassung wird das Zivilrecht als eine Regelung des Inhalts der Rechtsverhältnisse betrachtet. Ausserhalb dessen stehen die Regeln, welche die Formen der Erteilung des Rechtsschutzes bestimmen, das Prozessrecht.

Das Prozessrecht kann man vom eben erwähnten Ausgangspunkt auf verschiedene Weise auffassen. Entweder sieht man den Prozess nur als ein Verfahren für die Erreichung des Rechtsschutzes, oder auch sieht man an, dass das Gerichtsverfahren auch ein öffentlichrechtliches Verhältnis, das Prozessrechtsverhältnis, umfasst, das vom zivilrechtlichen Rechtsverhältnis freisteht.

Die moderne Debatte in diesen Fragen hat ihren Ausgangspunkt in Oskar Bülow's berühmter Arbeit „Die Lehre von den Processseinreden und die Processvoraussetzungen“ (1868), wo das Prozessrechtsverhältnis als ein zentraler prozessrechtlicher Begriff lanciert wird.

Für Bülow ist es eine Hauptfrage, welche Voraussetzungen dafür erfordert werden, damit ein derartiges Rechtsverhältnis entstehen kann. Die Prüfung dieser Voraussetzungen, der Prozessvoraussetzungen, ist seiner Auffassung nach genau zu unterscheiden von der Prüfung des materiellen Rechtsverhältnisses oder mit anderen Worten davon, was man in schwedischer Sprache „saken“ (die Streitsache) zu nennen pflegt.

Von dieser allgemeinen Auffassung des Problems hat man die Konsequenz gezogen, dass in gewissem Umfang verschiedene Regeln für die Behandlung und die Entscheidung der Fragen über Prozessvoraussetzungen und über materielle Rechtstatsachen gelten müssen. Obgleich die Theorie über das Prozessrechtsverhältnis heute allgemein aufgegeben worden ist, leben die eben erwähnten Konsequenzen im geltenden Recht sowohl in Schweden, wie auch in anderen Ländern, in hohem Grade weiter. In der schwedischen Prozessordnung — „Rätte-

gångsbalken“<sup>1</sup> — bezeichnet man den Mangel einer Prozessvoraussetzung mit Vorliegen von „rättegångshinder“ (in der Lehre, gleichwie in dieser Abhandlung wird auch der Ausdruck „processhinder“ angewendet). Für die Behandlung und die Entscheidung derartiger Fragen gilt ein besonderer Regelkomplex, der in vieler Hinsicht davon, was bezüglich der prozessualen Behandlung des materiellen Teiles des Prozesses festgesetzt ist, abweicht. Die ersterwähnten Regeln sind im grossen und ganzen für alle Prozesshindernisse gemeinsam.

Es kann selbstverständlich zweckmässig sein, Fragen über Prozesshindernisse und das materielle Rechtsverhältnis auf verschiedene Weise zu behandeln, auch wenn der dogmatische Ausgangspunkt — das Prozessrechtsverhältnis — heutzutage keine Verwendung mehr findet. Man kann dagegen nicht erwarten, dass ein so festgelegtes System, um welches es sich hier handelt, zu einem zweckmässigen Resultat in jedem einzelnen Fall führen kann; besonders dann, wenn es problematisch ist, ob eine Frage als ein Prozesshindernis oder als eine materielle Rechtstatsache aufgefasst werden soll, können die praktischen Konsequenzen der Wahl dazwischen manchmal sachlich unmotiviert erscheinen. Die Erbauung der schwedischen Prozessordnung ermöglicht nämlich in solchen Fällen keine sozusagen Erzielung eines nach Mass bearbeiteten Regelkomplexes, wo nur die am besten geeigneten Bestimmungen eingehen. Im grossen und ganzen muss man entweder ein ganzes Regelsystem akzeptieren oder auf dieses ganz und gar verzichten.

Die Prozessführungsbefugnis ist eine von den Prozessvoraussetzungen, welche Schwierigkeiten von eben erwähnter Art bereiten. Allerdings ist heutzutage die herrschende Meinung, dass die Prozessführungsbefugnis — d. h. die Berechtigung als Partei wegen des materiellen Rechtsverhältnisses, das Gegenstand des Gerichtsverfahrens ist, einen Prozess zu führen — eine Prozessvoraussetzung ist und dass Fragen darüber laut Regeln für Prozesshindernisse behandelt und entschieden sein sollen. Es ist aber nicht immer gleich klar, welche Umstände die Prozessführungsbefugnis bestimmen, und dadurch wird die eben angedeutete Problematik aktuell.

Die vorliegende Abhandlung — die gänzlich dem Zivilprozess gewidmet ist — beabsichtigt nicht einmal etwa eine einzige von den oben skizzierten Fragen auf eine erschöpfende Weise zu behandeln; das Thema ist allzu umfangreich, damit das möglich sein könnte. Ich habe in erster Linie versucht, Bülow's Auffassung in ihrem geschichtlichen

<sup>1</sup> Siehe „Das Zivil- und Strafprozessgesetz Schwedens“, übersetzt und eingeleitet von Dr. jur. Gerhard Simson. Berlin 1953. Walter de Gruyter & Co.

Zusammenhang anzubringen und die praktischen Konsequenzen verschiedener Anschauungen nachzuweisen.

Die Abhandlung besteht aus drei Hauptabschnitten. Im *ersten Abschnitt* wird das Entstehen und die Entwicklung der Prozesshindernisinstitution, ihr geschichtlicher Hintergrund und die praktischen Konsequenzen laut geltendes Recht behandelt. Im *1. Kapitel* werden die Schwierigkeiten, verwendbare Kriterien für die Unterscheidung des formellen vom materiellen Recht zu finden, berührt. Danach wird die Stellung der Prozesshindernisinstitution im schwedischen Recht in Beziehung zu den Verhältnissen in einigen anderen Rechtssystemen beschrieben. Hierbei wird besonderes Interesse der französischen Lehre gewidmet, wo der Unterschied zwischen dem formellen und dem materiellen Recht nicht als hauptsächliche Einteilungsgrundlage für die Einwendungen auf diese Weise, wie es der Fall im z. B. deutschen und skandinavischen Recht ist, dient. Das französische Prozessgesetz knüpft seine Behandlungsregeln an eine Gruppeneinteilung, welche verhältnismässig unabhängig vom Unterschied zwischen dem formellen und dem materiellen Recht ausgeführt worden ist, und die letzt-erwähnte Unterscheidung hat statt dessen manchmal in der Lehre Verwendung gefunden, um den ungeeigneten Konsequenzen der Systematik des CPC zu entweichen.

Das *2. Kapitel* besteht aus einem Bericht darüber, wie man die Frage der Einreden des Beklagten im älteren germanischen Recht und bis an die Zeit der Veröffentlichung der Arbeit von Bülow heran angesehen hat. In diesem Zusammenhang komme ich auch zur Unterscheidung der *dilatorischen* von den *peremptorischen* Mängeln in der Klage und ferner wird die Frage darüber berührt, welche Einwendungen *prozesshindernd* waren, d. h. dem Beklagten das Recht gaben, sich der Stellungnahme in der Hauptsache bis zur Entscheidung seiner Einredenfrage zu entziehen. In diesem Kapitel wird auch der Grund dessen diskutiert, dass sich Bülow in so hohem Grad dem römischen Recht widmete und da vor allem dem Formularprozess. Ferner wird ein kurzgefasster Bericht über Bülows eigene Auffassung und die Meinungen, die er widerzulegen beabsichtigte, gegeben.

Wie es sich aus dem zweiten Kapitel der Abhandlung ergibt, stützte sich Bülow im wesentlichen Grad auf das römische Recht, als er seine Theorie des Prozessrechtsverhältnisses und der Bedeutung der Unterscheidung des formellen Rechts vom materiellem vorgelegt hat. Die eben erwähnte Unterscheidung lag nämlich nach Bülow der Aufteilung des Formularprozesses zugrunde; der erste Teil — das Verfahren vor dem Prätor, „in iure“ — bezweckte die Prüfung des Vorhandenseins der Prozessvoraussetzungen, während der zweite Teil — das Verfahren

vor dem Richter, „apud iudicem“ — nur der materiellen Frage gewidmet war. Im 3. Kapitel wird diese Grundmeinung Bülows damit konfrontiert, was man heute vom Formularprozess in der rechtshistorischen Lehre weiss. Ich kann hierbei feststellen, dass Bülows Prinzip der Verteilung des Verfahrens im Formularprozess keine Anwendung gefunden haben dürfte, wenigstens nicht in diesem Umfang, welchen Bülow geltend machte. Fragen beiderlei Art konnten sowohl während des ersten wie auch des zweiten Stadiums des Prozesses behandelt und entschieden werden und führten zu Entscheidungen derselben Art, „denegatio“ respektive „sententia“.

Der Rest des 3. Kapitels ist der Untersuchung gewidmet, ob der Unterschied zwischen dem formellen und dem materiellen Recht in einer anderen etwa Hinsicht während des Formularprozesses von praktischer Bedeutung war. Hierbei werden die Rechtskraft der Entscheidungen, der Umfang des Dispositionsprinzips, die Beweislast, die Reihenfolge der Behandlung und der Entscheidung und die Frage der Rechtsmittel und der Ungültigkeit berührt. Auch in diesen Hinsichten scheint die betreffende Unterscheidung im grossen und ganzen keine praktische Bedeutung gehabt zu haben.

Im 4. Kapitel versuche ich die Frage zu beantworten, ob man in Schweden den Unterschied zwischen dem formellen und dem materiellen Recht bei der Einteilung der Einwendungen des Beklagten traditionell eine praktische Bedeutung beigelegt hat oder ob man hierbei eine direkte Beeinflussung Bülows verspüren kann. Das Resultat dieser Untersuchung ist, dass man in der Lehre vor Bülow zwar der betreffenden Unterscheidung sich bediente, das aber erfolgte ohne ihr etwa eine praktische Bedeutung beizumessen. Statt dessen hat man mit anderen Einteilungsgrundlagen gearbeitet, u. a. mit dem Unterschied zwischen den dilatorischen und den peremptorischen Einwendungen, während man in der Gesetzgebungsarbeit sich vor allem damit interessierte, welche Einwendungen prozesshindernd sein könnten. Bülows Gesichtspunkt erreicht seinen Durchbruch in Schweden zu Anfang der achtziger Jahre des 19. Jahrhunderts, vorwiegend aus Wredes Initiative, und ist seitdem innerhalb der Lehre von dominierender Bedeutung gewesen. In der Gesetzgebungsarbeit kann man eine Beeinflussung erst etwas später erkennen, und in den wichtigsten Vorarbeiten des *Rättegångsbalken*, d. h. in den Berichten, die man im Jahre 1926 und 1938 vorlegte wird der Unterscheidung der Prozessvoraussetzungen von den materiellen Rechtstatsachen die erhebliche praktische Bedeutung zugegeben, welche sie im modernen schwedischen Prozessrecht hat.

Das 5. Kapitel wird einer Vergleichung zwischen den Regeln, die für

die Behandlung und Entscheidung der Fragen über Prozesshindernisse respektive materielle Rechtstatsachen gelten, gewidmet. Die Darstellung zielt in diesem Teil nicht darauf, um erschöpfend zu sein, aber vielleicht wird noch Anlass sein, hier diesen Teil der Darstellung etwas ausführlicher wiederzugeben.

Einer von den wichtigsten Unterschieden zwischen den Prozesshindernissen und den materiellen Rechtstatsachen bezieht sich laut Rättegångsbalken (im folgenden beziehen sich die Hinweise ausschliesslich auf dieses Gesetz) auf die Möglichkeiten des Gerichtes, von Amts wegen die Mängel von resp. Art zu behandeln. Das Gericht kann von selbst Fragen der Prozesshindernisse beachten, wenn nichts anderes bestimmt ist (34: 2, Abs. 2). Beinahe alle Prozesshindernisse sind indispositiv im schwedischen Recht; nur gewisse Mängel in der Zuständigkeit des Gerichtes (10: 18 und der Schiedsvertrag) stellen eine Ausnahme von dieser Regel dar. Die meisten Rechtstatsachen, die einer Prozesseinrede, d. h. einem Antrag um Prozessabweisung, zugrunde gelegt sein können, veranlassen mit anderen Worten eine Abweisung von Amts wegen und der Prozesseinwand des Beklagten hat also strenggenommen nur die Bedeutung einer Mitteilung für das Gericht und eines Rechts des Beklagten am besonderen Beschluss in der Frage der Prozesshindernisse (34: 3). Die Möglichkeit des Gerichtes, den materiellen Rechtstatsachen eine rechtliche Bedeutung beizumessen, ist dagegen in vieler Hinsicht beschränkt, vorwiegend durch die Vorschrift in 17: 3; das Gericht kann über die Anträge und Behauptungen von Rechtstatsachen der Parteien hinaus nicht gehen.

Gleich der Prüfung von Amts wegen, die also aus zwingenden (d. h. indispositiven) Prozesshindernissen erfolgt, hat das Gericht auch die Möglichkeit — ja, in gewissen Fällen die Pflicht — auf diesem Gebiete für weitere Aufklärung über das, was die Parteien geliefert haben, hinaus zu wirken. Die entsprechenden Möglichkeiten bezüglich der materiellen Rechtstatsachen sind dagegen gemäss 35: 6 beschränkt.

Die Pflicht des Gerichtes, von Amts wegen die Fragen der zwingenden Prozesshindernisse zu beachten, ist im allgemeinen auf etwa ein gewisses Stadium des Prozesses nicht beschränkt (34: 2 e contrario und 59: 1 Abs. 1 P. 1). In 42: 7 wird allerdings dem Beklagten auferlegt, bei der Vorbereitung die prozesshindernden Einwendungen, die er geltend machen will, sofort vorzubringen. Da aber der Einwand selbst für die Frage, ob die Abweisung erfolgen soll, keine rechtliche Bedeutung hat, stellt diese Vorschrift kein etwaiges Remedium dagegen dar, dass der Beklagte erst im Schlussabschnitt des Prozesses die Aufmerksamkeit des Gerichtes auf ein Prozesshindernis lenkt und dadurch eine Prozessabweisung abpresst. Der Beklagte kann ebenfalls

im Schlussabschnitt des Prozesses neues Material einführen, das eine früher schon aktuell gemachte Frage über ein zwingendes Prozesshindernis in ein neues Licht stellt. Die einzigen Sanktionen, die RB gegen eine schlappe Prozessführung wider 42: 7 in diesem Zusammenhang gewährt, ist die Erstattungspflicht für Mehrkosten laut 18: 6 samt — in aussergewöhnlichen Fällen — der Strafvorschriften im 9. Kap. Hierbei herrscht also ein bedeutender Unterschied von dem, was für die materiellen Rechtstatsachen geltend ist, wo man sich, ausser den eben erwähnten Sanktionsmöglichkeiten, nach den Vorschriften in 13: 5, 43: 10, 50: 25 und 55: 13 zu richten hat, welche die Möglichkeiten der Parteien ihre ursprünglichen Anträge und Behauptungen von Rechtstatsachen zu ändern, oder neues Material für deren Beurteilung einzuführen, beschränken.

Wenn das Gericht trotzdem, obwohl Prozesshindernisse vorlagen, ein Urteil gefällt hat, stellt dies im allgemeinen einen Grund für eine Beschwerde wegen eines Urteilsfehlers („domvillobesvär“) dar (59: 1, Abs. 1 P. 1, vgl. jedoch 10: 19) und der Beklagte braucht keine etwaigen Gründe dafür anzuführen, dass er keinen Prozesseinwand erhoben oder kein Prozessmaterial für die Aufklärung einer derartigen Frage während des Prozesses vorgebracht hat. Die Möglichkeit, eine Änderung einer rechtskräftigen Entscheidung aus materiellen Gründen zu erlangen, ist dagegen durch die Vorschriften in 58: 1 Abs. 2 beschränkt; es muss eine gültige Entschuldigung dafür vorliegen, dass ein Umstand oder ein Beweis früher nicht vorgebracht worden ist, damit „resning“ (eine Wiederaufnahme des Verfahrens) bewilligt werden kann.

Aus 31: 4 Abs. 1 ergibt sich, dass die Fragen über die Prozesshindernisse behandelt und entschieden werden sollen, bevor das Gericht auf die Sache selbst eingeht. Erweist es sich, dass die Sache des Klägers als unzulässig abgewiesen werden soll, ist ja eine Prüfung der Sache überflüssig. Eine ganze Reihe von besonderen Regeln, die für die Behandlung der Prozesshindernisse geltend sind, wird u. a. durch diesen Umstand erklärt. RB gibt also generöse Möglichkeiten für eine besondere Vorbereitung und Hauptverhandlung und für eine besondere Entscheidung und Berufung (42: 13 und 20, 50: 13, 34: 3 und 49: 3) bezüglich der Fragen der Prozesshindernisse.

Durch die Betrachtung eines Mangels als Prozesshindernis erhält man infolge der oben berührten Vorschriften die Möglichkeit, der Verhandlung und der Beurteilung der Sache im übrigen zu entgehen, abgesehen davon, ob die Voraussetzungen für ein Zwischenurteil vorhanden sind. Dieser Unterschied — welcher übrigens schon existierte bevor RB in Kraft getreten ist — dürfte als ein wichtiger Anlass zu

dienen haben, um einen Umstand als eine Frage über Prozesshindernisse zu klassifizieren, wenn nun praktische Rücksichten in der Sache entscheidend sein sollten. Die Bedeutung, welche die Unterscheidung der Prozesshindernisse von den materiellen Rechtstatsachen in dieser Hinsicht gehabt hat, ist jedoch zum grossen Teil durch die Änderungen von 17: 5 Abs. 2 vom Jahre 1971 verschwunden, welche heutzutage weitgehende Möglichkeiten einer Aufteilung von Fragen bezüglich der Sache selbst geben. In dem Mass, in welchem man bei der Klassifizierung einer Rechtstatsache durch die Unterschiede, welche hier früher geherrscht haben, beeinflusst ist, findet man demzufolge heute Anlass, von neuem zu untersuchen, welcher Regelkomplex für den betreffenden Umstand am meisten zweckmässig ist. Der prozessualische Regelkomplex kann ja eben von anderen Gesichtspunkten ungeeignet sein.

Wenn es sich um die Möglichkeiten handelt, den Prozess schnell zu beendigen, bleiben jedoch auch nach den Änderungen vom Jahre 1971 gewisse Unterschiede übrig zwischen den Regeln, welche für die Behandlung und Entscheidung der Prozesshindernisse respektive der materiellen Umstände gelten. Das Gericht soll ja die Frage der Prozesshindernisse „sobald Veranlassung hierzu vorliegt“ (34: 1) unternehmen. Die Prozessabweisung kann in der Regel zu jeder beliebigen Zeit erfolgen, sogar im unmittelbaren Anschluss an den Antrag auf Prozessladung (42: 4 Abs. 1). Und im Gegensatz zu dem, was bezüglich der Sache selbst geltend ist, gibt es keine Einschränkungen der Möglichkeiten des Gerichtes, eine Frage der Prozesshindernisse während der Vorbereitung zu entscheiden (42: 4 Abs. 2 und 42: 16, vgl. mit 42: 18). Die Unterschiede sind in dieser Hinsicht jedoch nicht so gross, wie sie anfänglich scheinen können; die Bestimmung in 42: 10 Abs. 2 — die sog. kleine Hauptverhandlung — macht die Forderung einer Hauptverhandlung im materiellen Teil des Prozesses in gewissen Fällen illusorisch.

Entsteht die Frage der Prozesshindernisse erst bei der Hauptverhandlung, oder ist eine besondere Hauptverhandlung für die Behandlung einer derartigen Frage durchgeführt worden, wird wohl die Entscheidung im allgemeinen auf das gegründet, was sich bei der Verhandlung ergeben hat (17: 2 und 12), aber wie es sich schon erwiesen hat, wird im übrigen der Mündlichkeits- und der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht in demselben Umfang bei den prozessualischen wie bei den materiellen Fragen angewendet. Auch bei der Überprüfung in der höheren Instanz werden die prozessualischen Fragen in grösserem Umfang als die materiellen ohne Hauptverhandlung zur Entscheidung gebracht (50: 21, 51: 10, 55: 12 samt 56: 8 und 12), auch

wenn die Unterschiede hier erwartungsweise infolge der Änderungen vom Jahre 1971 von 50: 21 Abs. 3 und 4 samt 55: 12 mindern können.

Bei der Nachprüfung werden also verschiedene Rechtsmittel — „vad“ (Berufung) respektive „besvär“ (Beschwerde) — angewendet. Und wie ich schon erwähnt habe, ist die Unterscheidung der Prozesshindernisse von den Fragen bezüglich der Streitsache auch von Bedeutung bei der Wiederaufnahme des Verfahrens.

Laut 17: 1 erfolgt wenigstens in gewöhnlichen Streitprozessen die Entscheidung der Streitsache durch „dom“ (Urteil), während andere Entscheidungen des Gerichtes, z. B. Fragen der Prozesshindernisse, durch „beslut“ (Beschluss) erfolgen. Das hat in seiner Reihe u. a. eine Bedeutung für die Abfassung und den Inhalt der Entscheidung. Folglich enthalten die in 17: 7 aufgestellten Forderungen nicht in vollem Umfang, was ein „dom“ (ein Sachurteil) für das Prozessurteil enthalten soll (17: 12); die letztgenannten soll man z. B. nur dann motivieren, wenn „dies die Art der Sache erfordert“.

In der 1. Instanz kann „avvisningsbeslut“ (das Prozessurteil) von einem Einzelrichter gefasst werden, während das Gericht mit einem Einzelrichter für eine materielle Entscheidung nur in diesem Umfang urteilsfähig ist, welcher in 42: 18 und 20 (vgl. 1: 4 und 11) angegeben wird. Im höheren Gericht sind dagegen die Urteilsfähigkeitsregeln dieselben für die Fragen beiderlei Art (2: 4 Abs. 1 und 3: 4). Besondere Abstimmung ist obligatorisch bezüglich der Fragen über Prozesshindernisse (16: 2 Abs. 1), während bezüglich materieller Rechtstatsachen es nicht so der Fall ist.

Bleiben beide Parteien oder bleibt eine von ihnen einem für die Behandlung einer prozessualen Frage bestimmten besonderen Termin fern, so darf, laut 44: 7, über diese ohne Rücksicht hierauf entschieden und folglich auch die Klage des Klägers als unzulässig abgewiesen werden. Bezieht sich indessen das Nichterscheinen auf eine Sitzung für die Behandlung der Streitsache, wird das Prozessverfahren eingestellt, wenn beide Parteien ausbleiben (44: 1 und 4 Abs. 1), während ein Versäumnisurteil mitgeteilt werden kann, wenn eine von den Parteien anwesend ist (44: 2).

Ein Vergleich ist natürlich nicht möglich, wenn es sich um zwingende Prozesshindernisse handelt, und eine Versprechung, die Klage nicht zu vollziehen, wird bezüglich des endgültigen Beschlusses als nicht bindend angesehen.

Die im 5. Kapitel fortgesetzte Darstellung ist einer näheren Diskussion der Frage der Reihenfolge bei der Behandlung und der Entscheidung gewidmet. Das Kapitel enthält auch eine Diskussion über

einige Fälle, wo Gründe für eine analoge Anwendung des materiellen Regelkomplexes zu den Fragen über Prozesshindernisse angeführt werden können, die Beweislastfrage wird ganz kurz berührt und das Kapitel wird mit einem Vergleich zwischen dem deutschen und dem schwedischen Prozessrecht in hier aktueller Hinsicht abgeschlossen. Hierbei habe ich Anlass festzustellen, dass die Unterscheidung der Prozessvoraussetzungen von den materiellen Rechtstatsachen in den beiden Rechtssystemen eine praktische Bedeutung in ungefähr derselben Beziehung hat, aber dass die Unterschiede in beinahe jedem Falle im schwedischen Recht mehr markant sind.

Der erste Abschnitt wird mit dem 6. Kapitel abgeschlossen, wo ich die Frage stelle, ob der Unterschied zwischen dem formellen und dem materiellen Recht etwa eine Bedeutung in der Rechtskraft Hinsicht hat. Ich kann hierbei feststellen, dass auch ein Prozessurteil Rechtskraft hat, dass herkömmliche Zweckgründe hier geltend werden und dass man im grossen und ganzen dieselben Regeln bei der Beurteilung der Rechtskraft des Prozess- und Sachurteils anwenden kann, ohne dass das eine etwaige Veränderung des geltenden Rechts verursacht. Das bezieht sich auf die Forderung, dass eine Identität der Sache in beiden Prozessen vorliegt. Dieselben Regeln gelten auch für die Zeitbegrenzung der Rechtskraft, die präjudizielle Bedeutung der Entscheidung und den objektiven Umfang der Rechtskraft. Auch in der Frage der Wirkung der Rechtskraft einem Dritten gegenüber kann das Prinzip der gemeinsamen Regeln im allgemeinen anscheinend aufrechterhalten werden. Dass in letzterwähnter Hinsicht, gleichwie wenn es sich um die Tragweite der Rechtskraft unter nebengeordneten Gerichten handelt, keine totale Übereinstimmung zwischen Sach- und Prozessabweisung herrscht, kann den Totaleindruck nicht erschüttern, dass nämlich die Unterscheidung des formellen vom materiellen Recht keine Bedeutung hat.

Wenn es sich um die Frage der subjektiven Grenzen der Rechtskraft handelt, gibt es doch, wie eben angedeutet wurde, Anlass, einen Unterschied zwischen Sach- und Prozessabweisung in gewissen Fällen anzunehmen. Laut der Hauptregel, die Ekelöf schon im Jahre 1937 für die Beurteilung der Rechtskraft des Urteiles dem Dritten gegenüber lancierte, wird der Dritte durch die Rechtskraft in dem Mass betroffen, in welchem er durch entsprechende zivilrechtliche Verfügung über das bestrittene Rechtsverhältnis einer Partei gebunden ist. So lange ein Sachurteil laut dieser Hauptregel Rechtskraft haben sollte, weckt es keine Bedenken, eine entsprechende Rechtskraft auch für Prozessurteile anzunehmen und dies gilt auch, wenn die Entscheidung auf ein zwingendes Prozesshindernis gegründet ist. Manchmal jedoch hat

ein Sachurteil Rechtskraft wider Ekelöfs Hauptregel, wie z. B. bei einer Abstammungsklage und einer Strafsache. Die Beilegung der Rechtskraft dem Prozessurteil dem Dritten gegenüber in demselben Grad wie dem Sachurteil auch in diesem Fall könnte unglückliche Konsequenzen haben. Da die Prozessführungsbefugnis eine von den Voraussetzungen ist, die zuletzt in diesen Fällen geprüft wird, in welchen mehrere Fragen der Prozesshindernisse in demselben Gerichtsverfahren aktuell sind, kann man ja nicht wissen, ob ein Prozessurteil im Prozess zwischen den Parteien, die Prozessführungsbefugnis haben, entstanden ist. Und ein Prozessurteil dürfte im allgemeinen durch Beschwerde wegen eines Urteilsfehlers deswegen, dass eine von den Parteien keine Prozessführungsbefugnis hat, nicht aufgehoben werden können. U. a. soll aus diesem Anlass das Prozessurteil keine Rechtskraft dem Dritten gegenüber in diesen Fällen haben, wo das Sachurteil eine solche Wirkung wider Ekelöfs Hauptregel hat.

Abgesehen von diesen speziellen Fällen scheint eine volle Übereinstimmung zwischen der Prozessabweisung und der Abweisung der Klage als unbegründet hinsichtlich der Rechtskraft zu herrschen. Gilt das aber wirklich auch bezüglich der Präklusion der nicht angeführten Gründe? Ja, alternative Abweisungsgründe werden offenbar in keinem von diesen Fällen präkludiert. Trotzdem, dass jedes Sachurteil an und für sich eine Stellungnahme von der Bedeutung umfasst, dass sämtliche Prozessvoraussetzungen vorhanden sind, hindert ja die Abweisung der Klage als unbegründet nicht, dass eine Abweisung auf Grund eines anderen Prozesshindernisses als *res judicata* im Prozess Nr. 2 erfolgt. *Res judicata* gehört nämlich nicht zu den Prozesshindernissen, die in erster Linie behandelt und entschieden werden sollen, wenn gleichzeitig mehrere Fragen über Prozesshindernisse vorliegen. In solch einer Situation sollen im schwedischen Recht die Prozessvoraussetzungen, deren Aufgabe es ist, eine korrekte und effektive Behandlung zu sichern, in erster Linie behandelt werden und im übrigen soll eine Abweisung auf dem Grund erfolgen, der am leichtesten zu beurteilen ist. Hat eine Abweisung der Klage als unbegründet im Prozess Nr. 1 stattgefunden und erhebt der Kläger eine neue Klage in derselben Sache, kann also eine Abweisung auch aus anderen Gründen als *res judicata* erfolgen, so z. B. wegen eines falschen Forums oder mangelnder Prozessfähigkeit. Und wenn eine Prozessabweisung im Prozess Nr. 1 erfolgte, kann im Prozess Nr. 2 eine Abweisung wegen eines anderen Prozesshindernisses erfolgen, vorausgesetzt, dass der letzt erwähnte Mangel nicht nach dem ersten in der Reihenfolge, die bei mehreren gleichzeitig vorliegenden Fragen der Prozesshindernisse geltend ist, liegt.

Auch bezüglich der Präklusion der Sacheinwendungen herrscht volle Übereinstimmung zwischen der Prozessabweisung und der Abweisung der Klage als unbegründet; in beiden Fällen werden sämtliche Sacheinwendungen präkludiert, vorausgesetzt, dass der Mangel, der der Entscheidung zugrunde lag, durch *facta supervenientia* nicht aufgehoben wird. Hierzu kommt, dass sowohl die Prozessabweisung, als auch die Abweisung der Klage als unbegründet die alternativen Gründe des Klägers für ein zustimmendes Urteil präkludieren. Die Sachabweisung und die Prozessabweisung sind also hinsichtlich der Präklusion gleichwertig. Dass man in der Lehre den Gegensatz annimmt, dürfte darauf beruhen, dass die Prozessabweisung öfter als die Sachabweisung auf dilatorische Mängel stützt und dass eine neue Klage infolge der Beschränkung der Rechtskraft in der Zeit somit *öfter* nach der Prozessabweisung möglich ist. Hierbei ist es aber eher eine Frage des *quantitativen* als des *qualitativen* Unterschiedes hinsichtlich der Rechtskraft.

Im *zweiten Abschnitt* der Abhandlung konzentriert sich die Darstellung nur auf ein bestimmtes Prozesshindernis, nämlich auf die mangelnde Prozessführungsbefugnis ("talerätt", "saklegitimation"), die im 7. Kapitel behandelt wird. Die theoretischen und praktischen Probleme im Anschluss an die Grenze zwischen den Prozesshindernissen und den materiellen Fragen kommen nämlich besonders gut zum Vorschein bei einem Studium dieser Prozessvoraussetzung. Unter Prozessführungsbefugnis versteht man im modernen schwedischen Prozessrecht die Berechtigung, in einem Prozess bezüglich der in Frage kommenden Sache Partei zu sein. Mangelnde Prozessführungsbefugnis hat zur Folge, dass die Klage *ex officio* abgewiesen wird.

In RB gibt es keine Bestimmungen über die Prozessführungsbefugnis und folglich auch keine Definition, was diese Prozessvoraussetzung umfasst. Regeln über die Prozessführungsbefugnis findet man statt dessen in andere Gesetze eingesprengt, wobei es jedoch nicht immer klar hervorgeht, ob die betreffende Bestimmung als eine Regel über die Prozessführungsbefugnis in hier gedachtem Sinne bestimmt ist oder ob sie einen materiellrechtlichen Charakter hat. Die Situation ist u. a. dadurch kompliziert, dass eine feste Terminologie auf dem betreffenden Gebiet fehlt; folgendermassen wird — worauf ich bald zurückkommen werde — der Ausdruck Prozessführungsbefugnis nicht immer in derselben Bedeutung in der zivilrechtlichen und prozessrechtlichen Literatur angewendet und auch in der Rechtspraxis ist der Sprachgebrauch wechselnd.

Schon bezüglich der Unterscheidung der Prozessführungsbefugnis von anderen Prozessvoraussetzungen liegen Schwierigkeiten vor; z. B.

ist die Grenze zuweilen fließend zwischen der Prozessführungsbefugnis und den Voraussetzungen für die Feststellungsklage laut RB 13: 2 samt zwischen der Frage über die Prozessführungsbefugnis und der Frage über die sachliche Zuständigkeit des Gerichtes.

Da im grossen und ganzen für sämtliche Prozesshindernisse gemeinsame Regeln gelten, ist das letzterwähnte Problem von keiner nennenswerten praktischen Bedeutung. Schwieriger und wichtiger ist es die materielle Seite des Prozesses abzugrenzen; die Klassifizierung bringt ja dann alle die praktischen Konsequenzen mit sich, über die ich im vorhergehenden berichtet habe.

In der älteren schwedischen Lehre und Gesetzgebung unterschied man auf diesem Gebiete auch wahrscheinlich nicht die formellen Fragen von den materiellen auf diese Weise, wie es heutzutage der Fall ist. Am Ende des 19. Jahrhunderts scheint man — unter dem Eindruck der Arbeiten von Bethmann-Hollweg — die Frage der Prozessführungsbefugnis als gleichbedeutend mit dem Problem aufgefasst zu haben, ob die Parteien im Rechtsverhältnis, das Gegenstand der Prüfung war, Subjekte waren. Unter anderem wegen der Schwierigkeiten, die mit der Unterscheidung der subjektiven von der objektiven Seite eines Rechtsverhältnisses verbunden waren, hat man in dieser Hinsicht angesehen, dass die Prozessführungsbefugnis als ein Teil der Sache behandelt werden sollte. Diese Ansicht war bis zum Jahre 1915 vorherrschend, da der wohlbekannte schwedische Prozessualist Kallenberg — durch die Distinktion Hellwigs zwischen dem „Prozessführungsrecht“ und der „Sachlegitimation“ beeinflusst — erklärte, dass der Terminus Prozessführungsbefugnis für die prozessualische Frage reserviert sein sollte, ob die Parteien befugt waren, einen Prozess betreffs des materiellen Rechtsverhältnisses zu führen, das Gegenstand des Gerichtsverfahrens war. Diese Frage dürfte nicht mit der Frage vermischt werden, ob sie Subjekte im Rechtsverhältnis waren; eine Frage, die nicht mehr als ein Problem der Prozessführungsbefugnis bezeichnet werden sollte.

Kallenbergs Auffassung hatte einen unmittelbaren und beinahe vollständigen Erfolg in der schwedischen prozessrechtlichen Lehre, wo man immerfort im allgemeinen den Terminus „talerätt“ in der Bedeutung benützt, Partei in einem Gerichtsverfahren betreffend die in Betracht kommende Sache zu sein. In der zivilrechtlichen Literatur wendet man dagegen zuweilen den eben erwähnten Terminus an, um zu beschreiben, wer einem Rechtsverhältnis gemäss berechtigt ist, ohne einen Standpunkt zur Frage zu fassen, inwiefern ein Mangel in dieser Hinsicht zur Prozess- oder Sachabweisung führen kann.

Die Schwierigkeiten die vorliegen, wenn es sich darum handelt, die

Prozessführungsbefugnis in ihren beiden eben erwähnten Bedeutungen zu unterscheiden, sind meiner Auffassung nach kein Zufall; in den Fällen, wo die Prozessführungsbefugnis von selbständiger Bedeutung eine Prozessvoraussetzung ist, knüpft sie folglich immerfort an die Frage an, ob die Parteien in dem Rechtsverhältnis, das Gegenstand der Prüfung ist, Subjekte sind. Die übliche Auffassung ist indessen, dass wir in diesem Falle mit zwei gänzlich verschiedenen Verhältnissen zu tun haben.

Ein Umstand, der zur Unterstützung der Auffassung angeführt wurde, dass man die Prozessführungsbefugnis von der Frage unterscheiden kann, ob die Parteien im Rechtsverhältnis, das Gegenstand der Prüfung ist, Subjekte sind, ist, dass der, welcher unzweifelhaft ein Subjekt in einem Rechtsverhältnis ist, zuweilen keine Prozessführungsbefugnis infolge dessen hat und dass diese Befugnis da jemandem anderen zukommt. Man wendet hierbei die Bezeichnung Prozessführungsbefugnis betreffend die Rechtsstellung des anderen an und versteht hiermit die Fälle, die man im deutschen Recht als „Prozessstandschaft“ zu systematisieren pflegt. Es herrscht jedoch auch in diesen Fällen eine ganz gute Übereinstimmung zwischen dem ausserprozessualischen Verfügungsrecht der Parteien und ihrer Prozessführungsbefugnis, sie sind s. z. s. Subjekte im Rechtsverhältnis in den Hinsichten, auf die sich der Prozess bezieht.

Die Prozessführungsbefugnis knüpft also an eine oder an mehrere Fragen an, die in üblichen Fällen zum materiellen Teil des Prozesses gehören. Welche rationellen Gründe kann man da finden, um einen Umstand als eine Frage über die Prozessführungsbefugnis zu systematisieren? Der Ausgangspunkt soll ja sein, dass eine formelle Klassifizierung nur dann stattfinden soll, wenn überwiegende Zweckmässigkeitsgründe für solch eine Lösung sprechen. In der schwedischen Debatte über die Prozessführungsbefugnis dominiert hierbei das Argument, dass die Prüfung der Prozessführungsbefugnis erfolgen muss, um ein Urteil zu verhindern, dass einen Dritten wider die ausserprozessuellen Möglichkeiten der Parteien, eine entsprechende Gebundenheit zu erreichen, treffen könnte. Halten wir uns z. B. bei der folgenden Äusserung von Ekelöf auf (Rättegång II, 3. Aufl., S. 70 f.):

„Man könnte sich jedoch vorstellen, dass eine Person unternimmt, einen Prozess bezüglich eines Rechts zu führen, das sie selbst als einem *anderen* Rechtssubjekt zukommend ansieht. Ein Beispiel hierauf bietet der Fall an, dass B, der mit Sorge bemerkt hat, dass sein Schuldner G seine Geschäfte vernachlässigt und seine Forderungen nicht einzieht, eine Klage gegen einen von G's Schuldnern G<sup>1</sup> mit Forderungen erhebt, dass dieser verpflichtet werden soll, seine Schuld an G zu bezahlen. Könnte solch eine

Klage zur Prüfung aufgenommen werden, müsste das Urteil mit Rücksicht auf G<sup>1</sup>'s Sicherheit auch für G bindend sein. Da aber G auf dem zivilrechtlichen Gebiet frei über sein Eigentum verfügen kann, ist kein Anlass vorhanden, dass B — auf die Gefahr hin, dass die Klage abgewiesen wird und G seine Forderung verliert — auf diese Weise auf dessen Rechnung einen Prozess erheben könnte. Die einzige Weise, auf die G dagegen geschützt werden kann, ist, dass die Klage wegen B's mangelnder Prozessführungsbefugnis abgewiesen wird.“ (Ins Deutsche hier übersetzt.)

Ekelöf scheint seine Auffassung darauf zu gründen, dass der Beklagte zweimal Prozesse wegen seiner Zahlungsverantwortung nicht zu führen brauchen muss. Erfolgt keine Prozessabweisung, muss das Urteil den Dritten (G) wider Ekelöfs eigene Hauptregel für den subjektiven Umfang der Rechtskraft treffen, damit dieses Resultat vermieden werden könnte. Die Prozessführungsbefugnisregel dürfte also äusserst durch das Streben motiviert sein, der Rechtskraft gegen den Dritten wider die Hauptregel zu entgehen.

Ekelöfs Argument kann ich nicht als überzeugend ansehen. Er geht offenbar davon aus, dass das Gericht, wenn B's Klage nicht abgewiesen wird, die Frage zu prüfen hat, ob G<sup>1</sup> G gegenüber zur Zahlung verpflichtet ist. Meiner Meinung nach braucht man jedoch die Sache nicht auf diese Weise sehen. Man kann ja ansehen, dass der Mangel in der Klage des Klägers in dem von Ekelöf angeführten Beispiel darin besteht, dass die angeführten Rechtstatsachen (z. B. Vorschüsse zwischen B und G samt zwischen dem letzteren und G<sup>1</sup>) *B überhaupt kein Recht geben, die Forderung von G<sup>1</sup> einzuziehen und folgendermassen nicht die juristische Bedeutung haben, die B geltend macht.* Es handelt sich hier also um eine *Rechtsfrage* und da solch eine normal gesehen dem Verfügungsrecht der Parteien nicht unterworfen ist, soll die Klage — bei dieser Auffassung der Sache — gemäss dem Prinzip „*jura novit curia*“ *von Amts wegen abgewiesen werden.* Solch ein Urteil kann natürlicherweise eine neue von G erhobene Klage nicht verhindern. Dass B „materiell“ nicht berechtigt ist, hindert ja nicht, dass G es sein kann. Auch auf diesem Wege kann man also erreichen, dass eine Entscheidung im Prozess zwischen B und G<sup>1</sup> G nicht bindet.

Es scheint also, dass man die Systematisierung der Frage über B's Recht, eine Zahlung zu verlangen, als eine Frage der Prozesshindernisse nicht damit motivieren kann, dass die Prüfung der Prozessführungsbefugnis aus Rücksicht auf den Dritten erforderlich ist. Angenommen jedoch für einen Augenblick, dass eine Abweisung der Klage als unbegründet dem vorhergehenden gemäss *ex officio* nicht erfolgen sollte, sondern dass die Frage von G<sup>1</sup>'s Verantwortung zur Zahlung

Gegenstand einer Prüfung wird. Es scheint, dass ein zustimmendes Urteil G nicht schaden und die Systematisierung der Frage als Prozesshindernis nicht motivieren kann. Und dass ein abweisendes Sachurteil, wie Ekelöf behauptet, „aus Rücksicht auf G<sup>1</sup>'s Sicherheit auch für G bindend sein muss“, ist für mich schwer zu verstehen. Solch eine Rechtskraftwirkung steht ja, wie Ekelöf selbst hervorhebt, im Widerspruch mit seiner eigenen Hauptregel des subjektiven Umfangs der Rechtskraft; die Parteien im Prozess können ja keine entsprechende Gebundenheit für G durch einen Vertrag zur Zeit des Prozesses erzielen. Das Gleichgewicht, das die betreffende Regel zwischen den innen- und ausserprozessualischen Verfügungsmöglichkeiten der Parteien verursacht, zu gefährden, scheint in diesem Fall nicht motiviert zu sein.

Es ist zwar wahr, dass G<sup>1</sup> wahrscheinlich mit einem neuen Prozess belastet wird, wenn der erste zugelassen wurde, und dass dieser also sinnlos und weniger wünschenswert von G<sup>1</sup>'s Gesichtspunkt ist. Das Risiko unnötiger und weniger wünschenswerter Prozesse liegt aber in einer ganzen Reihe von Fällen vor, ohne dass man deswegen zur Abweisung greift, so z. B. wenn eine Klage offenbar unbegründet ist oder wenn die vorgelegte Forderung auf einen Grund stützt, der im schwedischen Recht unbekannt ist. Oder angenommen, dass der Gläubiger B, der seine Forderung auf den zahlungswilligen G übertragen hat, diesen nach der Übertragung auf Bezahlung klagt. Auch wenn es offenbar ist, dass B keine Forderung mehr hat, soll seine Klage nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abgewiesen werden. Dass G einen weiteren Prozess wegen seiner Zahlungsverantwortung zu erwarten hat, beeinflusst hierbei nicht die Wahl zwischen einer Prozessabweisung wegen Unzulässigkeit und einer Abweisung der Klage als unbegründet. Ich kann keinen Anlass dazu finden, um dem Beklagten besondere Rücksicht eben in dem von Ekelöf angegebenen Falle zu erweisen, und wie es sich bald erweisen soll, kann man sich die Frage stellen, ob die von Ekelöf vorgelegte Lösung da selbst dem Beklagten zum Vorteil ist.

Etwas als ein zwingendes Prozesshindernis nur aus Rücksicht auf den Beklagten zu systematisieren scheint kaum motiviert zu sein, wenn man von der Frage der Prozessfähigkeit des Beklagten absieht. Und eine Prozessabweisung dürfte, wie eben erwähnt wurde, auch nicht aus Rücksicht auf den Dritten motiviert sein. Man kann da jedoch einwenden, dass eine prozessualische Klassifizierung durch andere Gründe veranlasst sein kann, so z. B. um eine Prüfung von Amts wegen zu erlangen oder um Möglichkeit zu haben, die generösen Möglichkeiten einer Teilentscheidung und separaten Behandlung anzuwenden, die in den für die Prozesshindernisse geltenden Regelkomplex eingehen. Aber

eine Prüfung von Amts wegen erfolgt ja — wenigstens meiner Meinung nach — auch wenn die Frage als materiell systematisiert wird und die Möglichkeiten einer Teilentscheidung usw. sind heutzutage ebenso gut für beiderlei Fragen. Mit der prozessualischen Klassifizierung geht es also nicht etwaige prozessökonomische Gewinne zu erreichen. Man dürfte möglicherweise darauf hinweisen können, dass 42: 4 und 42: 16 die Möglichkeit einer schnellen Beendung des Prozesses geben, wenn die Frage als ein Prozesshindernis systematisiert wird. Aber die Möglichkeit einer kleinen Hauptverhandlung laut 42: 20 Abs. 2. eliminiert im grossen und ganzen diesen Unterschied. Meiner Auffassung nach soll man das Regelsystem nicht dadurch komplizieren, dass man einen Teil der Frage, ob der Kläger seinem Antrag gemäss berechtigt ist, als eine Frage der Prozesshindernisse klassifiziert, falls keine schwerwiegenden Gründe dafür vorliegen. In den hier erörterten Fällen scheint die Lage nicht so zu sein. Dem vorhergehenden kann zugefügt werden, dass die prozessualische Klassifizierung auch prozessökonomische Nachteile enthalten kann. Angenommen z. B., dass über ein Prozesshindernis hinaus ein weiterer Mangel in der Klage des Klägers vorliegt und dass dieser Mangel zum materiellen Teil des Prozesses gehört. In den Fällen, in welchen die letzterwähnte Frage am leichtesten zu untersuchen ist, enthält die prozessualische Qualifizierung einen prozessökonomischen Nachteil, da die Fragen der Prozesshindernisse im schwedischen Recht zuerst entschieden werden. Ein anderer Nachteil der Prüfung der Prozessführungsbefugnis in dispositiven Prozessen ist, dass in den Fällen, in welchen die Frage der Prozessführungsbefugnis vom materiellen Teil des Prozesses schwer zu entscheiden ist, die Prüfung von Amts wegen den Dispositionsmöglichkeiten der Parteien auf der zivilrechtlichen Ebene zuwiderläuft.

In der Lehre nimmt man also an, dass Prozesshindernisse in Form mangelnder Prozessführungsbefugnis auch dann vorliegen, wenn keine rationellen Gründe für eine derartige Klassifizierung vorhanden sind. Dieser Umstand kann teilweise dadurch erklärt werden, dass man allem Anschein nach die Möglichkeit nicht beachtet hat, die Klage als unbegründet ex officio dem Prinzip *iura novit curia* gemäss abzuweisen — wenn der Beklagte den Antrag des Klagenden nicht anerkannt hat. Es gibt deshalb Anlass anzunehmen, dass die Praxis in Zukunft grössere Restriktivität als früher beachten wird, wenn es sich darum handelt, auf Grund mangelnder Prozessführungsbefugnis die Klage als unzulässig abzuweisen.

Im dritten Abschnitt (8. und 9. Kapitel) werden die Forschungsergebnisse zusammengefasst und einige Gesichtspunkte de lege ferenda gegründet: Ich habe in dieser Arbeit den Unterschied zwischen den

Prozessvoraussetzungen und den materiellen Rechtstatsachen, seinen dogmatischen und geschichtlichen Hintergrund und seine praktischen Konsequenzen laut des geltenden Rechts, erörtert. Ich konnte hierbei u. a. feststellen, dass die Distinktion keine geschichtliche Verankerung hat, dass der dogmatische Ausgangspunkt für die Institution der Prozessvoraussetzungen allgemein veraltet ist, aber dass der Unterschied trotzdem in verschiedenen Rechtssystemen, vor allem im schwedischen Recht, eine erhebliche praktische Bedeutung hat.

Ich habe weiter hervorgehoben, dass RB keinen nach Mass bearbeiteten Regelkomplex der Behandlung jeder besonderen Frage gibt und dass man folgendermassen im grossen und ganzen gezwungen ist, ein von den beiden existierenden Regelsystem zu akzeptieren. Bezüglich gewisser Bestimmungen kann jedoch ein Grund für eine analoge Anwendung über die Grenzen zwischen dem formellen und dem materiellen Regelkomplex vorliegen. Und wenn es sich um gewisse wichtige Fragen handelt, scheint der Unterschied keine Bedeutung zu haben; in unserem Falle presst RB keine Unterschiede z. B. hinsichtlich der Rechtskraft oder der Beweislast ab. Aber die Aufteilung in formelle und materielle Fragen bringt mit sich zuweilen bedeutende Ungelegenheiten, so z. B. infolge der gebundenen Ordnungsreihe, die zwischen Prozesshindernissen und materiellen Fragen herrscht.

Da man die Prozesshindernisse unter Angabe einiger gemeinsamer Eigenschaften auf der Rechtstatsachenseite nicht definieren kann, muss in fraglichen Fällen die Wahl zwischen den beiden Regelkomplexen mit dem Ausgangspunkt davon getroffen werden, welcher von diesen am meisten für die betreffende Rechtstatsache zweckmässig ist. Das bedeutet jedoch nicht, dass es zu empfehlen wäre zuzulassen, dass dieselbe Rechtstatsache verschiedene Rechtsfolgen von einem Mal zum anderen hat; eine konsequente Generalisierung ist natürlicherweise wünschenswert, um Einheitlichkeit und Voraussichtbarkeit zu schaffen. Diese Gesichtspunkte wiegen schwerer als die mehr kurzfristigen Vorteile, die man dadurch erreichen kann, dass man in jedem einzelnen Falle Massnahmen der Gelegenheit nach trifft.

Fragen bezüglich der Prozessführungsbefugnis der Parteien sind gut geeignet, praktische und theoretische Probleme mit Anschluss an die Distinktion zwischen dem formellen und dem materiellen Recht zu erläutern. Bei einem Studium der Prozessführungsbefugnis erblickt man, dass die Klassifizierung gewisser Umstände als Fragen der Prozesshindernisse keine rationelle Verankerung hat. Die bezweckten Wirkungen kann man oftmals auch innerhalb des Rahmens des Regelkomplexes erreichen, der für materielle Fragen geltend ist; so mit Hilfe der Abweisung der Klage als unbegründet laut dem Prinzip

*iura novit curia*, der Beschränkung der Rechtskraft in der Zeit und für die Parteien, samt der vermehrten Möglichkeiten für ein Zwischenurteil und separate Behandlung, die aus den Änderungen in RB 17: 5 Abs. 2. vom Jahre 1971 erfolgten.

Durch die Anwendung der eben erwähnten Hilfsmittel kann man schon *de lege lata* einen Teil der Ungelegenheiten vermeiden, die mit der gegenwärtigen Systematik behaftet sind. *De lege ferenda* kommt dazu — wenn man nicht bereit ist, RB umzuarbeiten — die Möglichkeit, gewisse Rechtstatsachen als indispositive Momente in übrigens dispositiven Prozessen zu betrachten. Wird die Klassifizierung der Prozesshindernisse nur mit einem Bedürfnis nach der Prüfung von Amts wegen motiviert, stellt diese Methode eine interessante Alternative zu der jetzt herrschenden Ordnung dar. Durch eine Erweiterung der Kategorie materieller Fragen vermeidet man ja u. a. die rigorose Reihenfolge, die RB in den Fällen aufzwingt, wo gleichzeitig sowohl ein formeller, als auch ein materieller (angeblich) Mangel in der Klage des Klagenden vorliegt.

In der Verlängerung der bisher erreichten Resultate liegt der Gedanke, dass man allmählich die Institution der Prozesshindernisse zugunsten eines mehr geschmeidigen Systems abschaffen können dürfte, ohne die Grenzziehungsprobleme und die übrigen Ungelegenheiten, die der Unterschied zwischen formellem und materiellem Recht, was das schwedische Recht betrifft, zur Folge hat. Solch eine weitgehende Gesetzesänderung setzt jedoch derartige eingehende Detailuntersuchungen voraus, die im gegenwärtigen Zusammenhang nicht in Frage kommen können. Diese Arbeit ist nur bestimmt, als ein Diskussionsbeitrag auf dem langen Wege zu einer derartigen Reform zu dienen.

# LITTERATUR OCH KÄLLOR

## I. Kommittébetänkanden o. dyl. i kronologisk ordning

- Förslag till rättegångsbalk. Stockholm 1849.
- Nya lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. D. 1—4. Stockholm 1884.
- Förslag till lagar om fullföljd af talan mot allmän domstols utslag samt till vissa därmed sammanhängande författningar. Stockholm 1891.
- Förslag till lag angående vissa invändningar i rättegång vid allmän under rätt så ock om sådan rätts behörighet i vissa fall. Stockholm 1893.
- NJA II 1901 nr 5. Lagstiftning om fullföljd av talan i rättegång.
- NJA II 1918 nr 2. Lagstiftning om expropriation.
- SOU 1926: 31—33. Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. D. 1—3. Stockholm 1926.
- Kungl. Maj:ts proposition 1928: 39 med förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol. (cit. prop. 39/1928)
- SOU 1938: 43—44. Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk 1—2. Stockholm 1938.
- NJA II 1943 nr 1. Den nya rättegångsbalken.
- Nordisk utredningsserie 1963: 6. Nordisk patentlovgivning. Oslo 1964. (cit. NU 1963: 6)
- SOU 1964: 27. Lag om förvaltningsförfarandet. Besvärssakkunnigas slutbetänkande.
- SOU 1966: 65. Luftföreningar, buller och andra immissioner. Lagförslag m. m. av Immissionssakkunniga.
- SOU 1966: 71. Otillbörlig konkurrens. Betänkande av utredningen om illojal konkurrens.
- SOU 1969: 41. Fullföljd av talan m. m.
- Kungl. Maj:ts proposition 1971: 122 angående ändringar i expropriationslagstiftningen. (cit. prop. 122/1971)
- SOU 1973: 22. Utsökningsbalk. Förslag av lagberedningen. Utsökningsrätt XII.

## II. Övrig litteratur

- Afzelius, Ivar*: Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål. Jemförande framställning af utländsk och svensk lagstiftning. Stockholm 1882. Ny uppl. 1886. (då ej annat anges avses första upplagan)
- Agell, Anders*: Om spelvinster, hedersskulder och väntjänster. I Festskrift till Håkan Nial s. 1 ff. Stockholm 1966.
- Agge, Ivar*: Bidrag till läran om civildomens rättskraft. Diss. Lund 1932.

- Alexanderson, Nils*: Föreläsningar öfver den svenska tryckfrihetsprocessen. Uppsala 1907.
- Alten, E.*: Rettsvernsforutsetninger. Et Bidrag til fortolkningen av den norske tvistemålslovs §§ 53 och 54. I Festskrift tillägnad Erik Marks von Würtemberg s. 1 ff. Stockholm 1931.
- Anners, Erik*: Den romerska formularprocessen och den engelska writ-processen. En jämförelse. I Kompendium i romersk rätt (stencil). Uppsala 1971.
- Europas rättshistoria. Några huvudlinjer. Del 1. Stockholm 1971.
- Augdahl, Per*: Norsk civilprocess. 3 utg. Trondheim 1961.
- Baumbach, Adolf*: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzten begr. von A. Baumbach fortgeführt von W. Lauterbach. 30. Aufl. München 1970.
- Bekker, E. I.*: Streitfragen aus dem Aktionenprozessrecht. I ZRG Bd. 24 (1903) s. 344 ff.
- Bergström, Svante*: Kollektivavtalslagen. Studier över dess huvudprinciper. Diss. Uppsala 1948.
- Blanc, Emmanuel*: La nouvelle procédure civile après la réforme judiciaire. Commentaire des ordonnances et décrets du 22 décembre 1958. Paris 1959.
- Blomeyer, Arwed*: Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. Berlin 1963. (cit. Blomeyer)
- Blomeyer, Jürgen*: Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes und bei einer einstweiligen Verfügung. I ZZP Bd. 81 (1968) s. 20 ff. (cit. Jürgen Blomeyer)
- Eolding, Per Olof*: Skiljedom. Studier i rättspraxis beträffande svensk skiljedoms giltighet och verkställbarhet. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XXXV.) Stockholm 1962.
- Foman, Robert*: Om återopande och återopsbörd i dispositiva tvistemål. Diss. Stockholm 1964. (cit. Boman)
- Till frågan om dispositionsprincipens tillämpning i jävsprocessen. I Festskrift till Per Olof Ekelöf s. 144 ff. Stockholm 1972.
- Anm. av S. Hurwitz och B. Gomard: Tvistemål 4 uppl. I SvJT 1971 s. 634 ff.
- Eroomé, G.*: Allmänna civilprocessen enligt svensk gällande rätt. Lund 1882.
- Eruns, Rudolf*: Zivilprozessrecht. Eine systematische Darstellung. Berlin och Frankfurt a.M. 1968.
- Besprechung von Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 4 Aufl., 1949. I AcP Bd. 151 (1950) s. 186 ff.
- Bülow, Oskar*: Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen. Giessen 1868. (cit. Bülow)
- Eötticher, Eduard*: Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ. I ZZP Bd. 77 (1964) s. 55 ff.
- Capelletti, Mauro och Perillo, Joseph M.*: Civil procedure in Italy. Haag

1965. (cit. Cappelletti)
- Cars, Thorsten*: Om resning i rättegångsmål. Diss. Stockholm 1959.
- Cornu, Gérard och Fouer, Jean*: Procédure civile. Paris 1958.
- Degenkolb, Heinrich*: Die Lehre vom Prozessrechtsverhältnis. Ein Gedankenblatt. I ACP Bd. 53 (1908) s. 385 ff.
- Delldén, C. O.*: Rättegångs-sättet i Sverige framställt till vägledning för dem som studera lagfarenheten och för den nybörjande praktiske juristen. 2 uppl. Uppsala 1844.
- Dieckrichsen, Uwe*: Die Funktion der Prozessführungsbefugnis in ihrer Beschränkung auf Drittprozesse. I ZZP Bd. 76 (1963) s. 400 ff.
- Dulceit, Gerhard och Schwarz, Fritz*: Römische Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch. 5 Aufl. München 1970. (cit. Dulceit)
- Eberstein, Gösta*: Den svenska växelprocessen. Stockholm 1964.
- Eckhoff, Torstein*: Rettskraft. Oslo 1945. (cit. Eckhoff)
- Sivilprosess. 2 utg. Oslo & Bergen 1962. (cit. Eckhoff: Sivilprosess)
- Eek, Hilding, Bergström, Svante och Arnheim, Frans*: Juridikens termer. 3 uppl. Stockholm 1971.
- Ekelöf, Per Olof*: Definitions and Concept Formation of the Law. I Modality, Morality and Other Problems of Sense and Nonsense. Essays dedicated to Sören Halldén s. 48 ff. Stockholm 1973.
- Förhållningsregler och domsregler. I festskrift tillägnad Karl Olivecrona s. 166 ff. Stockholm 1964.
- Kompendium över civilprocessen. Del 1 och 2. (stenc.) 1 resp. 2 uppl. Uppsala 1948 resp. 1952. (cit. Ekelöf: Civilprocessen I och II)
- Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken. I Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s. 151 ff. Stockholm 1950.
- Om interventionsgrunden. Diss. Uppsala 1937. (cit. Ekelöf: Interventionsgrunden)
- Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning VIII) Stockholm 1956. (cit. Ekelöf: Grundbegrepp)
- Rättegång. Första, andra, tredje, fjärde och femte häftena. Fjärde häftet 2 uppl., övriga 3 uppl. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XV, XIX, XXVII, XXXVIII resp. XLVI) Stockholm 1970 (I—III), 1968 (IV) resp. 1972 (V). (cit. Ekelöf: Rättegång I, II, III, IV resp. V)
- Rättsmedlen. Reviderat omtryck. Kompendium Uppsala 1969.
- Teleological Construction of Statutes. I Scandinavian Studies in Law 1958 s. 75 ff.
- Yrkandet, talan och saken. I SvJT 1950 s. 521 ff.
- Anm. av Karl Olivecrona: Rätt och dom. I SvJT 1961 s. 359 ff.
- Anm. av Rudolf Bruns: Zivilprozessrecht. I SvJT 1969 s. 692 ff.
- Anm. av Erik Söderlund: Rättegångsbalken med kommentar. Del 1. I SvJT 1971 s. 264 ff.
- Endemann, Wilhelm*: Das deutsche Civilprozessrecht. Heidelberg 1868.
- Engströmer, Thore*: Anm. av E. Kallenberg: De ordinära devolutiva rättsmedlen. I SvJT 1918 s. 206 ff.

- Fehr, Martin*: Bidrag till läran om fordringspreskription enligt svensk rätt. Uppsala & Stockholm 1913.
- Gaudemet, Jean*: Institutions de l'antiquité. Paris 1967.
- Ginsburg, Ruth Bader* och *Bruzeliuss, Anders*: Civil procedure in Sweden. Haag 1965.
- Goldschmidt, James*: Der Prozess als Rechtslage. Berlin 1925.
- Gomard, Bernhard*: Skifteret. 2 udg. Köpenhamn 1969.
- Grenander, B. Kr.*: Ur förhandlingsprincipens historia. Stockholm 1879.
- Grunsky, Wolfgang*: Die Prozessführungsbefugnis des Beklagten. I ZJP Bd. 76 (1963) s. 49 ff. (cit. Grunsky: Prozessführungsbefugnis)
- Prozess- und Sachurteil. I ZJP Bd. 80 (1967) s. 55 ff. (cit. Grunsky: Prozessurteil)
- Grönfors, Kurt*: Talerätt och skadeståndsrätt enligt luftbefordringskonventionen. I Teori och praxis. Studier i svensk civilrätt tillägnade Hjalmar Karlgren s. 80 ff. Stockholm 1964.
- Guldener, Max*: Schweizerisches Zivilprozessrecht. 2 Aufl. Zürich 1958.
- Gärde, N., Engströmer, Thore, Strandberg, Tore* och *Söderlund, Erik*: Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande. Med kommentar. Stockholm 1949. (cit. Gärde)
- Harms, Wolfgang*: Reihenfolge der Prüfung von Prozessvoraussetzungen? I ZJP Bd. 83 (1970) s. 167 ff.
- Hassler, Åke*: Civilprocessrätt. Huvuddragen av domstolsväsendet och rättegången i tvistemål enligt RB. Första häftet. Stockholm 1956. (cit. Hassler: Civilprocessrätt I)
- Konstruktion och realitet. I SvJT 1963 s. 81 ff.
- Några ord om processförutsättningar och processhinder. I festskrift tillägnad Nils Herlitz s. 129 ff. Stockholm 1955.
- Specialprocess. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning LXIII) Stockholm 1972.
- Svensk civilprocessrätt. En lärobok. Stockholm 1963. (cit. Hassler: Svensk civilprocessrätt)
- Heinzmann, Walther*: Die Prozessführungsbefugnis. Köln &c 1970.
- Hellwig, Konrad*: System des Deutschen Zivilprozessrechts. Erster Teil. Leipzig 1912. (cit. Hellwig: System)
- Henckel, Wolfram*: Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess. Heidelberg 1961. (cit. Henckel: Parteilehre)
- Prozessrecht und materielles Recht. Göttinger rechtswissenschaftlicher Studien Bd. 78. Göttingen 1970. (cit. Henckel: Prozessrecht)
- Herzog, Peter*: Civil Procedure in France. Haag 1967.
- Hessler, Henrik*: Två spörsmål i jordabalken. I festskrift till Per Olof Ekelöf s. 336 ff. Stockholm 1972.
- Heuman, Lars*: Målsägande. Diss. Stockholm 1973.
- Hjerner, Lars A. E.*: Nytt misstänkt fall av immunitet. I Festskrift till Håkan Nial s. 296 ff. Stockholm 1966.
- Hurwitz, Stephan*: Om Begrebet "retlig Interesse" i Processrätten. I festskrift till Vinding Kruse s. 105 ff. Köpenhamn 1940.

- Tvistemål. Hovedpunkter af dansk civilprocessret i domssager. 3. uforandrede oplag ved Bernard Gomard. København 1965.
- Håstad, Torgny*: Tjänster utan uppdrag. Ersättning och behörighet vid s. k. negotiorum gestio. Diss. Stockholm 1973.
- Jacobsen, Ulla*: Parts kostnad i civilprocess. Diss. Lund 1964.
- Jahr, Günther*: Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen- und Formularverfahren. Köln 1960.
- Jauernig, Othmar*: Warum keine Verbindung von Prozess- und Sachabweisung? I JZ Bd. 10 (1955) s. 235 ff.
- Jägerskiöld, Stig*: Interpolationsforskningens metod och resultat. I Kompendium i romersk rätt (stencil). Uppsala 1971.
- Kallenberg, Ernst*: De ordinära devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen. Lund 1915. (cit. Kallenberg: Rättsmedlen)
- Föreläsningar öfver lag om ändring i vissa delar af rättegångsbalken den 14 juni 1901. Del 1 och 2. Lund 1902. (cit. Kallenberg: Föreläsningar 1 och 2)
- Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. Några anteckningar och reflexioner. I SvJT 1940 s. 1 ff.
- Svensk civilprocessrätt. Band I—II. Lund 1922—1939. (cit. Kallenberg I resp. II)
- Karlgrén, Hjalmar*: Svensk rättspraxis. Internationell privatstraff- och processrätt 1961—1965. I SvJT 1967 s. 513 ff.
- Kaser, Max*: Das römische Zivilprozessrecht. I Handbuch der Altertumswissenschaften X: 3: 4. München 1966.
- Kaufmann, Horst*: Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denken. I JZ Bd. 19 (1964) s. 482 ff.
- von Keller, Friedrich Ludwig*: Der römische Civilprozess und die Actionen. 6. Aufl. bearbeitet von Adolf Wach. Leipzig 1883.
- Kipp, Theodor*: Über dilatorische und peremptorische Exzeptionen. I ZRG Bd. 42 (1921) s. 328 ff.
- Kummer, Max*: Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht. I Abhandlungen zum schweizerischen Recht. Neue Folge. Heft 311. Bern 1954.
- Kunkel, Wolfgang*: Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit. München 1962.
- Lahtinen, Osvi*: Om part och saklegitimation. I TJFF 1955 s. 17 ff.
- Larsson, Sven*: Förlikning i tvistemål. Diss. Uppsala 1958. (cit. Larsson: Förlikning)
- Fullgörelsetalan. I Festskrift till Per Olof Ekelöf, Stockholm 1972, s. 462 ff.
- Om den allmänna fordringspreskriptionens natur. I Festskrift tillägnad Karl Olivecrona s. 405 ff. Stockholm 1964.
- Studier rörande partshandlingar. Mit Zusammenfassung: Studien über Partei-handlungen. Uppsala 1970. (cit. Larsson: Partshandlingar)
- Svarandens rätt till dom. I Festskrift till Ivar Agge s. 228 ff. Stockholm 1970.

- Liebs, Detlef*: Die Klagekonsumption des römischen Rechts. I ZRG Bd. 86 (1969) s. 169 ff.
- Lihne, Nils Börje*: Lagsökning. Diss. Stockholm 1968.
- Lindblom, Per Henrik*: Talerätt i immissionsmål. En studie i anslutning till miljöskyddslagens förarbeten. Stencil Juridiska Institutionen i Uppsala 1973.
- Lüke, Gerhard*: Die Prozessführungsbefugnis. I ZZP Bd. 76 (1963) s. 1 ff.
- Morel, René*: Traité élémentaire de procédure civile (Organisation judiciaire — Compétence — Procédure). 2 éd. Paris 1949.
- Munch-Petersen, Erwin*: Skifteretten. Köpenhamn 1956.
- Nakano, Teiichiro*: Das Prozessrechtsverhältnis. I ZZP Bd. 79 (1966) s. 99 ff.
- Nehrman, David*: Inledning till Then Swenska Processum Civilem. 2 uppl. Stockholm & Upsala 1751.
- Nussbaum, Arthur*: Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. München 1908.
- Nyman, Sven*: Ett rättsfall om sakägare i expropriationsmål. I Skrifter tillägnade Ivar Strahl. SvJT 1969 s. 362 ff.
- Olivecrona, Karl*: Bevisskyldigheten och den materiella rätten. Uppsala 1930. (cit. Olivecrona: Bevisskyldigheten)
- Några ord angående res iudicatafrågorna och omröstningsreglerna samt angående begreppet positiv rättskraft. I SvJT 1950 s. 702 ff.
  - Om civildomens rättskraft enligt processlagberedningens förslag. I SvJT 1940 s. 180 ff.
  - Rätt och dom. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XXIV) Stockholm 1960. (cit. Olivecrona: Rätt och dom)
  - Talerätt och materiell rätt. En relik från naturrätten. I SvJT 1925 s. 177 ff.
  - Utsökning. 7 uppl. Lund 1972.
- Olsson, Hans Gustav*: Förberedelse i tvistemål. Diss. Stockholm 1964.
- Palme, W. A.*: Om civilprocessens begrepp och avgränsning från den frivilliga rättsvården enligt Finlands gällande processrätt. Diss. Helsingfors 1933. (cit. Palme)
- Om saklegitimationen i den förvaltningsrättsliga lagskipningen. I TJFF 1954 s. 361 ff.
- Palmgren, Bo*: Konkursförutsättningarna. En studie i Finlands gällande konkursrätt. Juridiska Föreningens i Finland Publikationsserie N:o 2. Diss. Helsingfors 1936. (cit. Palmgren: Konkursförutsättningar)
- Målsägandens åtalsrätt. Dess innebörd, omfattning och utövning enligt Finlands gällande straffprocessrätt. Juridiska Föreningens i Finland publikationsserie N:o 5. Helsingfors 1939. (cit. Palmgren: Målsäganden)
  - Anm. av Lars Welamson: Domvillobesvär. I SvJT 1957 s. 120 ff.
- Pauly*: Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung, ausg. von Georg Wissowa, artikel "denegare actionem". (cit. Pauly—Wissowa)

- Peters, Karl*: Die Parallelität von Prozess- und Sachentscheidungen. I ZStW Bd. 68 (1956) s. 374 ff.
- Petschek, Georg*: Der österreichische Zivilprozess. Eine systematische Darstellung. Auf den Stand der Rechtsentwicklung vom 1 Mai 1963 gebracht ... von Friedrich Stagel. Wien 1963. (cit. Petschek—Stagel)
- Pohle, Rudolf*: Zur Rangordnung der Prozessvoraussetzungen. I ZZP Bd. 81 (1968) s. 161 ff.
- Poláček, Albert*: Denegare actionem im späteren römischen und justinianischen Zivilprozess. I ZRG Bd. 63 s. 406 ff.
- Polloch, F. och Maitland, F. W.*: The history of English law before the time of Edward I. Vol. 2. Cambridge 1898.
- Potter's* Historical introduction to English law and its institutions. 4 ed. by A. K. R. Kiralfy. London 1958. (cit. Potter)
- Recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de législation. 1964. (cit. Dalloz)
- Recueil Dalloz—Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation. 1968: 2. Jurisprudence. Paris 1968. (cit. Dalloz—Sirey)
- Reinikainen, Veikko*: Prosessinedellytyksen puuttumisen oikeusseuraamuksesta. Med referat på tyska: Rechtsfolgen bei mangelnder Prozessvoraussetzung. Vammala 1958.
- Rimmelspacher, Bruno*: Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess. Göttinger rechtswissenschaftlicher Studien Bd. 79. Göttingen 1970. (cit. Rimmelspacher: Anspruch)
- Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess. Göttinger rechtswissenschaftlicher Studien Bd. 59. Göttingen 1966. (cit. Rimmelspacher: Prüfung)
- Rodhe, Knuth*: Obligationsrätt. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XI) Stockholm 1956.
- Rosenberg, Leo*: Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung. 5 Aufl. München & Berlin 1965. (cit. Rosenberg: Beweislast)
- Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 10 Aufl. München 1969. (cit. Rosenberg)
- Rümelin, M.*: Oskar Bülow. I AcP Bd. 53 (1908) s. 1 ff.
- Schneider, Rudolf*: Die Prozessführungsbefugnis des materiell Berechtigten. I ZZP Bd. 77 (1964) s. 278 ff.
- Schott, Richard*: Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Civilprozess. Jena 1903.
- Schrevelius, Fredrik*: Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilprocess. Lund 1853.
- Schulz, Fritz*: Prinzipien des römischen Rechts. München und Leipzig 1934.
- Schwab, Karl Heinz*: Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft. I ZZP Bd. 77 (1964) s. 124 ff.
- Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs. I ZZP Bd. 81 (1968) s. 412 ff.

- Schönke, Adolf*: Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 8 Aufl. Karlsruhe 1956. (cit. Schönke)
- Schönke, Adolf* och *Kuchinke, Kurt*: Zivilprozessrecht. 9., völlig neu bearbeitete Aufl. des von Adolf Schönke . . . begründeten . . . Lehrbuchs. Karlsruhe 1969. (cit. Schönke—Kuchinke)
- Seidl, Erwin*: Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht. Köln 1962.
- Sigeman, Tore*: Kvittningslagen. Kommentar till lagen den 27 maj 1970 om arbetsgivares kvittningsrätt. Karlskrona 1972.
- Lönefordran. Studier över löneskydd och kvittningsregler. Diss. Stockholm 1967. (cit. Sigeman)
- Sinaniotis, Lambros*: Prozesstandschaft und Rechtskraft. Beitrag zur Lehre von der Rechtskrafterstreckung aus prozessualen Gründen. I ZJP Bd. 79 (1966) s. 78 ff.
- Simshäuser, Wilhelm*: Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny. Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen. Bielefeld 1965. (cit. Simshäuser)
- Skeie, John*: Den norske civilprocess. Første bind. Oslo 1929. (cit. Skeie I)
- Solus, Henry* och *Perrot, Roger*: Droit judiciaire privé. Tome I. Paris 1961. (cit. Solus)
- Stech, Jürgen*: Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht. I ZJP Bd. 77 (1964) s. 161 ff.
- Stein, Friedrich, Jonas, Martin, Schönke, Adolf* och *Pohle, Rudolf*: Kommentar zur Zivilprozessordnung. 17 och 19 uppl.
- Steinwenter, Arthur*: Rhetorik und römischer Zivilprozess. I ZRG Bd. 65 (1947) s. 69 ff.
- Strömholm, Stig*: Torts in the Conflict of Laws. A Comparative Study. (Acta Instituti Upsaliensis Iurisprudentiae Comparativae III) Stockholm 1961.
- Sundström, C.-E.*: Till frågan om processbehörighet i tvistemål. I SvJT 1963 s. 262 ff.
- Söderlund, Erik*: Rättegångsbalken med kommentar. Del 1. Kap. 1—12. Utgiven av Erik Söderlund. Stockholm 1970.
- Tirkkonen, Tauno*: Grunddragen av Finlands processrätt. Översatt av Per Lindholm. Finlands juristförbunds skriftserie Nr 25. Helsingfors 1966.
- Trygger, Ernst*: Kommentar till lag om ändring i vissa delar af rättegångsbalken den 14 juni 1901. H. 1. Upsala 1902.
- Uppström, Wilhelm*: Öfversigt af den svenska processens historia. Efter uppdrag af nya lagberedningen. Stockholm 1884.
- Wach, Adolf*: Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. Erster Band. Leipzig 1885. (cit. Wach: Handbuch)
- Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung. 2 Aufl. Bonn 1896. (cit. Wach: Vorträge)
- Weiss, Egon*: Rechtskraft und Einrede. I Festschrift für Adolf Wach Bd. II s. 201 ff. Leipzig 1913.
- Welamson, Lars*: Domvillobesvär av tredje man. Ett bidrag till läran om

- tredjemansskyddet i civilprocessen. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning IX) Stockholm 1956. (cit. Welamson: Domvillobesvär)
- Konkursrätt. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XXXII) Stockholm 1961. (cit. Welamson: Konkursrätt)
- Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessrätt 1958—1962 och 1963—1967. I SvJT 1964 s. 401 ff och 1969 s. 918 ff.
- Wenger, Leopold*: Abriss des römischen Zivilprocessrechts. 3 Aufl. Berlin & c. 1949. (cit. Wenger: Abriss)
- Institutionen des römischen Zivilprocessrechts. München 1925. (cit. Wenger: Institutionen)
- Praetor und Formel. (Sitzungsberichte der Bayerischer Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-philologische und historische Klasse. Jahrgang 1926, 3. Abhandlung. München 1926. (cit. Wenger: Praetor)
- Wennergren, Bertil*: Förvaltningsprocess. Stockholm 1971.
- Westerberg, Ole*: Förfarandet i förvaltningen. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning LIII) Stockholm 1969.
- Om administrativ besvärsmätt. Diss. Stockholm 1945.
- Om rättskraft i förvaltningsrätten. Stockholm 1951.
- Wetzell, Georg Wilhelm*: System des ordentlichen Civilprocesses. 2 och 3 Aufl. Leipzig 1865 resp. 1878.
- Wlassak, Moritz*: Der Ursprung der römischen Einrede. Särtryck ur Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit im Österreich zum fünfzigjährigen Doktorsjubiläum von Leopold Pfaff. Wien 1910. (cit. Wlassak: Einrede)
- Die klassische Prozessformel. I Akademie der Wissenschaften in Wien, Philosophisch-historische Klasse. Sitzungsberichte 202. Band 3. Abhandlung. Wien 1924. (cit. Wlassak: Prozessformel)
- Praescriptio und bedingter Prozess. I ZRG Bd. 33 (1912) s. 81 ff. (cit. Wlassak: Praescriptio)
- Wolf, Hans Julius*: Prozessrechtlicher und materiell-rechtlicher Denken in rechtsgeschichtlicher Beleuchtung. I l'Europa e il diritto romano. Studi in memoria die Paulo Koschaker. Vol. II. Milano 1954.
- Wrede, Rabbe Axel*: Processinvändningarna enligt finsk allmän civilprocessrätt. Diss. Helsingfors 1884. (cit. Wrede)
- Wrede, Rabbe Axel och Palmgren, Bo*: Finlands gällande civilprocessrätt Band 1. Helsingfors 1953. (cit. Wrede—Palmgren)

## OMNÄMNDA RÄTTSFALL

### Naumanns tidskrift (citeras NT)

|             |           |             |                   |
|-------------|-----------|-------------|-------------------|
| 1872 s. 501 | 121 not 1 | 1964 s. 54  | 201 not 7         |
| 1873 s. 302 | 121 not 1 | 1964 s. 398 | 121 f             |
|             |           | 1964 s. 500 | 131 not 1, 136    |
|             |           |             | not 2, 169 not 3, |
|             |           |             | 203 not 5, 253    |
|             |           |             | not 6             |

### NJA

|             |                |                 |                  |
|-------------|----------------|-----------------|------------------|
| 1877 s. 23  | 121 ff, 155 f, |                 |                  |
|             | 159 not 4      | 1965 s. 248     | 201 not 7        |
| 1879 s. 275 | 121 ff         | 1966 s. 3       | 23               |
| 1887 s. 212 | 121 not 1      | 1966 s. 237     | 175 not 3        |
| 1915 s. 504 | 169 not 5      | 1966 s. 327     | 170 not 7        |
| 1916 s. 466 | 121 not 1      | 1966 s. 450     | 121 f, 136       |
| 1917 s. 488 | 121 not 1      | 1966 s. 548     | 106 not 2        |
| 1920 s. 97  | 121 not 1      | 1968 s. 488     | 169 not 5        |
| 1923 s. 206 | 121 not 1      | 1971 s. 453     | 20 not 3, 237    |
| 1924 s. 428 | 121 not 1      |                 | not 7            |
| 1926 s. 209 | 121 not 1, 159 | 1973 s. 1       | 23 not 3, 130,   |
| 1936 s. 469 | 169 not 5      |                 | 220 not 2a, 238  |
| 1944 s. 232 | 169 not 5      |                 | not 5 och 6, 248 |
| 1946 s. 580 | 169 not 5      | 1973 nr 98      | 238 not 5, 248   |
| 1950 s. 570 | 172 not 4      |                 |                  |
| 1956 s. 554 | 23, 91         |                 |                  |
| 1959 s. 666 | 169 not 5      | SvJT            |                  |
| 1960 s. 23  | 23             | 1966 ref. s. 35 | 196 not 9        |
| 1962 s. 545 | 23 not 3       | 1970 ref. s. 79 | 222 not 9        |

### Arbetsdomstolens domar (citeras ADD)

|            |           |
|------------|-----------|
| 1970 nr 33 | 200 not 4 |
|------------|-----------|

### Opublicerade rättsfall

|                                                                          |                  |
|--------------------------------------------------------------------------|------------------|
| Högsta Domstolens beslut å 1 avd.<br>den 22.8.1973 i mål nr Ö 802/72     | 257 not 1        |
| Stockholms tingsrätts beslut å 6 avd.<br>den 28.5.1971 i mål nr T 372/70 | 196 f, 199 not 9 |

# SAKREGISTER

Här upptas ej uppslagsord som förekommer ideligen, ej heller ord som med lätthet återfinns med hjälp av innehållsförteckningen.

|                                                        |                                                     |
|--------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|
| ABL 138 §                                              | 158, 171 not 5, 194, 203 f, 207, 209<br>not 2, 213  |
| Absence d'intérêt                                      | 28                                                  |
| Absolut (i st. f tvingande)                            |                                                     |
| processhinder                                          | 92 not 4                                            |
| Absolutio ab actione                                   | 112 f                                               |
| Absolutio ab instantia                                 | 112 f, 119                                          |
| Abweisung angebrachtermassen                           | 112 f                                               |
| Actio                                                  | 52 not 5, 58, 172, 180                              |
| Actio popularis                                        | 203                                                 |
| Actionem dare                                          | 41, 67                                              |
| Actionem denegare                                      | 41                                                  |
| Actiosystemet                                          | 25 f, 48 not 2                                      |
| Aktiv saklegitimation                                  | 174, 183                                            |
| Allmän processförutsättning                            | 213 med not 9 och 3                                 |
| Anspruch                                               | 116                                                 |
| Appellatio                                             | 69                                                  |
| Ausschluss- und Konsumptions-<br>wirkungen             | 58 not 3                                            |
| Avhjälpbara processhinder                              | 126 not 4, 129                                      |
| <br>                                                   |                                                     |
| Begründetheit                                          | 114                                                 |
| Berufung                                               | 112                                                 |
| Bevisbörda                                             | 34, 39 not 4, 62 f, 85, 91, 109 f, 168,<br>193, 206 |
| Bevisverkan                                            | 221 f                                               |
| Bifallsförutsättning (se även<br>Erfolgsvoraussetzung) | 202 f, 234, 236, 239, 250                           |
| Borgen                                                 | 159                                                 |
| Borgenärsmål                                           | 205                                                 |
| Börds mål                                              | 203, 205                                            |
| <br>                                                   |                                                     |
| Chikanösa processer                                    | 98, 182, 226                                        |
| Cognitionsprocessen                                    | 37                                                  |
| Condemnatio                                            | 52                                                  |
| Conditions de recevabilité                             | 26, 30                                              |
| Consilium                                              | 42 not 8                                            |

|                                                        |                                                                                                                                                                                                                    |
|--------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Défense (au fond)                                      | 27, 29 f                                                                                                                                                                                                           |
| Denegatio                                              | 41, 44 ff, 54, 56 ff, 59 not 9, 60 ff, 64 f, 66, 67 f, 70, 113, 120 not 6, 180                                                                                                                                     |
| Denegationsgrund                                       | 44, 47                                                                                                                                                                                                             |
| Denegationsrätt                                        | 44, 60 f                                                                                                                                                                                                           |
| Denuntiationsplikt,<br>se litisdenuntiation            |                                                                                                                                                                                                                    |
| Dilatorisk                                             | 28, 34 ff, 38, 45, 51 f, 54 f, 57 f, 62 f, 67, 70, 73 ff, 78 not 3, 86 not 4, 87 not 5, 89 not 4, 98 not 5, 112 f, 118 med not 4, 119, 122, 125 ff, 137 ff, 142, 146 not 4, 147, 161, 165, 182, 194, 220, 233, 243 |
| Dispositionsprincipen                                  | 59 ff, 70, 208 not 7                                                                                                                                                                                               |
| Dispositiva processhinder                              | 24 not 9, 83 not 7, 95 not 5a, 100 not 1a, 105, 109 not 2, 141 not 4, 159, 161, 169, 171 not 3, 236, 237 not 1, 247 not 2                                                                                          |
| Domförhet                                              | 95, 254                                                                                                                                                                                                            |
| Domvilla                                               | 93, 96 f, 98 not 5, 100, 109 not 2, 144, 154, 163 f, 207, 209 not 2, 220                                                                                                                                           |
| Droit d'action                                         | 177                                                                                                                                                                                                                |
| Dualistisk (åskådning)                                 | 11, 23                                                                                                                                                                                                             |
| Duplicatio                                             | 48 not 2                                                                                                                                                                                                           |
| Einrede                                                | 39                                                                                                                                                                                                                 |
| Erfolgsvoraussetzung (se även<br>bifallsförutsättning) | 114, 161 not 4, 194, 202                                                                                                                                                                                           |
| Eventualmaximen                                        | 36, 51, 253                                                                                                                                                                                                        |
| Exceptio(nes)                                          | 36, 38, 44 not 3, 46, 48 not 2, 52 ff, 59 ff, 65 f                                                                                                                                                                 |
| Exceptio cognitorea                                    | 52                                                                                                                                                                                                                 |
| Exceptio dilatoria                                     | 34, 75, 77                                                                                                                                                                                                         |
| Exceptio doli                                          | 52 not 5                                                                                                                                                                                                           |
| Exceptio formalis                                      | 75                                                                                                                                                                                                                 |
| Exceptio materialis                                    | 75                                                                                                                                                                                                                 |
| Exceptio peremptoria                                   | 53                                                                                                                                                                                                                 |
| Exceptio plurium citandorum                            | 183                                                                                                                                                                                                                |
| Exceptio procuratoria                                  | 52                                                                                                                                                                                                                 |
| Exceptio rei iudicatae                                 | 53, 58, 82, 112                                                                                                                                                                                                    |
| Exceptio tua nil interest                              | 182                                                                                                                                                                                                                |
| Exceptio (vel praescriptio) fori                       | 53, 55 not 5                                                                                                                                                                                                       |
| Exceptiones non dilatoriae                             | 75                                                                                                                                                                                                                 |
| Exceptions                                             | 27 ff                                                                                                                                                                                                              |
| Exceptions de nullité                                  | 28 not 2, 29 not 7                                                                                                                                                                                                 |
| Exekutionsverkan                                       | 221 f                                                                                                                                                                                                              |
| Exigibilitet                                           | 69 not 3                                                                                                                                                                                                           |
| Expropriationsmål                                      | 131, 169 not 5, 190, 223, 237 not 9, 253 not 6                                                                                                                                                                     |
| Extraordinärt rättsmedel                               | 96, 115, 120, 153                                                                                                                                                                                                  |

|                                                                         |                                                                                                                                                     |
|-------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Factum superveniens                                                     | 118 not 4, 122 not 6, 126, 127 not 7, 128 ff, 132 f, 139 not 6, 140 med not 1, 141, 143, 145, 147, 161 not 3, 162 not 7, 165, 243, 247 f, 254 not 1 |
| Familjerättsliga statusprocesser                                        | 221                                                                                                                                                 |
| Fins de non recevoir                                                    | 27 ff, 101                                                                                                                                          |
| Fins de non recevoir de procédure                                       | 29 f                                                                                                                                                |
| Fins de non recevoir liées au fond                                      | 29 f                                                                                                                                                |
| Forderungskonsumption                                                   | 58 not 4                                                                                                                                            |
| Formalia processus                                                      | 82                                                                                                                                                  |
| Formell partsbehörighet                                                 | 178 not 8                                                                                                                                           |
| Fullföljdsrätt                                                          | 173 med not 7                                                                                                                                       |
| Förlikning                                                              | 96, 108 not 9                                                                                                                                       |
| <br>                                                                    |                                                                                                                                                     |
| Giftorätt                                                               | 219                                                                                                                                                 |
| Glossatorerna                                                           | 34                                                                                                                                                  |
| <br>                                                                    |                                                                                                                                                     |
| Illicéte de la pretention                                               | 28                                                                                                                                                  |
| Immissioner                                                             | 104 not 9                                                                                                                                           |
| Indefensus                                                              | 42, 67 not 8, 68                                                                                                                                    |
| Inkassofallet                                                           | 216 f                                                                                                                                               |
| Intentio                                                                | 52, 55, 61 not 5, 65 f .                                                                                                                            |
| Intérêt                                                                 | 176 not 1                                                                                                                                           |
| Interrogationes in iure                                                 | 44 not 2                                                                                                                                            |
| Irrecevable                                                             | 27                                                                                                                                                  |
| Iura novit curia                                                        | 91, 197, 202, 204, 207 f, 210 med not 2a, 214, 221 f, 244 ff                                                                                        |
| <br>                                                                    |                                                                                                                                                     |
| Kanonisk rätt                                                           | 33                                                                                                                                                  |
| Klagekonsumtion                                                         | 58 not 4, 70 not 4                                                                                                                                  |
| Klagerecht                                                              | 171, 177 not 1                                                                                                                                      |
| Klassisk eller dualistisk åskådning                                     | 19                                                                                                                                                  |
| Kombinationseffekt (vid kollision<br>rådande systematik/instansordning) | 239 ff                                                                                                                                              |
| Konkursfallet                                                           | 215 f                                                                                                                                               |
| Konstruktiva epoken                                                     | 71 i.f.                                                                                                                                             |
| Konsumentköplagen                                                       | 246 not 7                                                                                                                                           |
| Konsumtionsverkan                                                       | 58 not 4, 66                                                                                                                                        |
| Kontradiktorisk                                                         | 42                                                                                                                                                  |
| <br>                                                                    |                                                                                                                                                     |
| Legitimi contradictores                                                 | 206 not 2a                                                                                                                                          |
| Lis pendens                                                             | 84, 99, 101, 110                                                                                                                                    |
| Liten huvudförhandling                                                  | 95, 100 not 3, 199, 225, 254                                                                                                                        |
| Litis contestatio                                                       | 42, 46, 50 med not 4 och 5, 51, 55, 56 not 7, 58 f, 66 f, 118, 119 not 7                                                                            |
| Litispensens, se lis pendens                                            |                                                                                                                                                     |
| Litidenuntiation                                                        | 127, 204 not 8a, 209 not 2, 219, 222                                                                                                                |

|                                        |                                                                                                                                                                                 |
|----------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Materiell officialprövning             | 210 not 2 a, 245 f                                                                                                                                                              |
| Materiellt partsbegrepp                | 172, 176                                                                                                                                                                        |
| Materiellt saklegitimationsbegrepp     | 176                                                                                                                                                                             |
| Mellandom                              | 78 not 1, 94, 199, 210 f, 227, 236, 239 ff, 247 not 2, 253, 255 med not 2, 256                                                                                                  |
| Merita causae                          | 74                                                                                                                                                                              |
| Miljöskyddslagen                       | 208 not 7                                                                                                                                                                       |
| Muntlighetsprincipen                   | 95, 135                                                                                                                                                                         |
| Negotiorum gestio                      | 200 not 5                                                                                                                                                                       |
| Nullitet                               | 27, 68 not 7, 69 not 3, 75 not 6, 182, 185 not 8                                                                                                                                |
| Nödvändig processgemenskap             | 173 not 7, 201 f, 209 not 2                                                                                                                                                     |
| Officialfaktum                         | 92 not 3, 115, 161 not 5, 204 f, 208 med not 7, 214, 218, 222, 244 f, 246 f, 252 f, 256                                                                                         |
| Officialmaxim                          | 61, 68                                                                                                                                                                          |
| Officialprincip                        | 61                                                                                                                                                                              |
| Officialprövning                       | 61 f, 85, 92, 107, 114, 159, 160 med not 9, 199, 204 f, 208, 210 not 2a, 220, 222, 226 f, 231, 235, 238, 242, 244 f, 247, 253                                                   |
| Ogiltighet                             | 67 f                                                                                                                                                                            |
| Ogiltighetsgrund                       | 66 not 3, 69                                                                                                                                                                    |
| Omröstning                             | 95, 106, 239, 240 not 5                                                                                                                                                         |
| Omedelbarhetsprincipen                 | 95, 135                                                                                                                                                                         |
| Onödiga processer                      | 224                                                                                                                                                                             |
| Partsbegrepp                           | 172, 176                                                                                                                                                                        |
| Partssuccession                        | 188 not 4, 250                                                                                                                                                                  |
| Passiv saklegitimation                 | 183                                                                                                                                                                             |
| Peremptorisk                           | 28, 34 f, 36, 45, 51 f, 54 f, 57 f, 62 f, 67, 70, 73 ff, 78 not 3, 86 not 4, 112 f, 118 f, 125 f, 128 ff, 137 ff, 142, 146 not 4, 161, 164 not 6, 182 not 7, 194, 220, 233, 243 |
| Periculum dupli                        | 68 not 7                                                                                                                                                                        |
| Pluspetitio                            | 58 not 5                                                                                                                                                                        |
| Praescriptio                           | 50 not 5, 52, 54 ff, 58 not 5, 65 f, 76 not 1                                                                                                                                   |
| Praescriptio pro actore                | 55                                                                                                                                                                              |
| Praescriptio pro reo                   | 55                                                                                                                                                                              |
| Praescriptio quod praeudicium non fiat | 55 not 5                                                                                                                                                                        |
| Prejudicialinvändning                  | 55 not 5                                                                                                                                                                        |
| Preskription                           | 28 not 6, 76, 91                                                                                                                                                                |
| Processfrämmande                       | 180, 200                                                                                                                                                                        |
| Processföringsrätt                     | 173, 177, 219 not 2                                                                                                                                                             |

|                                                                                      |                                                                       |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| Processhindrande                                                                     | 22 not 6, 32 ff, 35 i.f., 77 ff, 80 f, 83 f, 87 not 5 och 7, 183, 233 |
| Processrättsförhållandet                                                             | 11 f, 39, 40 med not 6, 42, 60, 72, 83, 86, 172 not 1, 230            |
| Processtypsystem                                                                     | 48 not 4, 180                                                         |
| Processuell bifallsförutsättning                                                     | 203                                                                   |
| Processuellt partsbegrepp                                                            | 172                                                                   |
| Prozessabweisung                                                                     | 112, 119                                                              |
| Prozessföringsbefugnis                                                               | 176, 223                                                              |
| Prozessföringsrecht                                                                  | 176                                                                   |
| Prozesstandschaft                                                                    | 191 not 1                                                             |
| Prozessurteil                                                                        | 112 f, 115 med not 8, 116, 118 ff                                     |
| Qualité                                                                              | 28, 176 not 1                                                         |
| Realitetsspörsmål                                                                    | 184                                                                   |
| Recevable                                                                            | 31                                                                    |
| Rechtsschutzanspruch                                                                 | 117 not 6                                                             |
| Rechtsschutzbedürfnis                                                                | 179 i.f.                                                              |
| Rechtsschutzinteresse                                                                | 223                                                                   |
| Rechtsschutzvoraussetzungen                                                          | 101 med not 8, 102, 179                                               |
| Reparabla brister                                                                    | 129 ff, 182 not 7                                                     |
| Replicatio                                                                           | 48 not 2, 65 not 6                                                    |
| Resning                                                                              | 96 med not 8, 121, 155, 157                                           |
| Restitutio in integrum                                                               | 68 not 1                                                              |
| Rättsförnekande                                                                      | 49                                                                    |
| Rättsförhindrande                                                                    | 49                                                                    |
| Rättskraftens begränsning till parterna,<br>se rättskraftens subjektiva utsträckning |                                                                       |
| Rättskraftens begränsning till tiden                                                 | 119, 122, 127 f, 162 not 7, 165, 233, 247 f, 250                      |
| Rättskraftens inskränkning till området<br>för domstolens sakliga behörighet         | 248 f                                                                 |
| Rättskraftens "lokala" utsträckning                                                  | 104 not 3, 127 not 8, 149 ff, 165                                     |
| Rättskraftens objektiva utsträckning                                                 | 155 ff, 165, 225                                                      |
| Rättskraftens subjektiva utsträckning                                                | 104 not 3, 145 not 3, 157 ff, 205, 209, 220, 248 not 4, 249 f         |
| Rättsligt intresse                                                                   | 224 ff, 235                                                           |
| Rättsmedel                                                                           | 43, 67 ff, 80, 82 ff, 88 not 1, 96, 255                               |
| Rättsskyddsanspråk                                                                   | 11, 45, 87 not 8 och 9, 171 f, 180 not 1, 192, 224, 235               |
| Rättsskyddsbehov                                                                     | 87 not 8                                                              |
| Rättssäkerhetsgaranti                                                                | 228                                                                   |
| Rättsupphävande                                                                      | 49                                                                    |
| Sachabweisung                                                                        | 112, 119                                                              |
| Sachlegitimation                                                                     | 188 not 9                                                             |
| Sachurteil                                                                           | 112 f, 115 ff, 120 not 1                                              |
| Sakprövningsförutsättningar                                                          | 90 not 5, 94 not 9                                                    |
| Saksøkerkompetense                                                                   | 176 not 1                                                             |
| Sakägarbegreppet                                                                     | 91 not 1, 223                                                         |

|                                                   |                                                                                       |
|---------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Samäganderättsmål                                 | 201 med not 7, 205 med not 9, 207 med not 5, 208 f                                    |
| Sekundogäldenär                                   | 201, 212                                                                              |
| Sententia                                         | 43, 56, 58 f, 60, 64, 66, 68 ff, 113, 117                                             |
| Självständig intervention                         | 204 not 8a, 219                                                                       |
| Självverkande ogiltighet                          | 69, 85 not 8                                                                          |
| Skiljeavtal                                       | 92, 110                                                                               |
| Specialdomstol                                    | 130 f, 248                                                                            |
| Speciell processförutsättning                     | 213                                                                                   |
| Stiftelse(mål)                                    | 171 not 5, 194, 203, 205 med not 9, 207 med not 5, 208, 209 med not 2                 |
| Successio post rem judicatam                      | 161, 162 not 7                                                                        |
| Svarandens rätt till dom                          | 106, 107 med not 3                                                                    |
| Sögsålskompetense                                 | 176 not 1                                                                             |
|                                                   |                                                                                       |
| Talerätt rörande annans rättsställning            | 191 ff, 214 ff                                                                        |
| Talerättsöverskott                                | 219                                                                                   |
| Testamentsexekutor                                | 194, 203                                                                              |
| Tilltrosparaagraferna                             | 106 not 2                                                                             |
| Translatio                                        | 35                                                                                    |
| Tredjemansavtal                                   | 200, 212                                                                              |
| Trepartsyrkanden                                  | 200                                                                                   |
| Tribunarische intercession                        | 68 not 1                                                                              |
| Triplicatio                                       | 48 not 2                                                                              |
| Tvingande processförutsättning                    | 24 not 9, 114, 171                                                                    |
| Tvingande processhinder                           | 92, 107, 108 med not 2, 139 f, 141 not 4, 159 f, 161 not 5, 226, 237 not 1, 247 not 2 |
|                                                   |                                                                                       |
| Undanröjande                                      | 96                                                                                    |
| Underlåtenhetsberättigad                          | 175                                                                                   |
| Underlåtenhetsförpliktigad                        | 175                                                                                   |
| Uppskofs-invändningar<br>(Exceptiones dilatoriae) | 75                                                                                    |
| Urteilserlassvoraussetzungen                      | 109 not 4                                                                             |
| Utfästelse att ej fullfölja talan                 | 96                                                                                    |
|                                                   |                                                                                       |
| Verzögerliche (invändningar)                      | 36                                                                                    |
| Vilandeförklaring                                 | 253 not 6                                                                             |
| Vindikationstalan                                 | 222                                                                                   |
| Writprocessen                                     | 180                                                                                   |
|                                                   |                                                                                       |
| Zerstörliche (invändningar)                       | 36                                                                                    |
| Zulässigkeit                                      | 114                                                                                   |
| Zulässigkeitsvoraussetzungen                      | 111 not 6                                                                             |
|                                                   |                                                                                       |
| Åberopsbörda                                      | 62, 91, 207, 245                                                                      |

|                                |                            |
|--------------------------------|----------------------------|
| Återförvisning                 | 96, 240                    |
| Återställande av försutten tid | 209 not 2                  |
| Äkta makar                     | 204 not 8a, 219, 249 not 8 |
| Äktenskapsskillnad             | 221, 247                   |
| Övertolkning                   | 79                         |



# INSTITUTET FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING (IFRF)

- |                                                                                                                 |                                                                                                                     |                                                                                    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| I HJALMAR KARLGREN<br><i>Skadeståndsrätt</i>                                                                    | XXV LENNART VAHLÉN<br><i>Avtal och tolkning</i>                                                                     | L KURT GRÖNFORS<br><i>Successiva transporter</i>                                   |
| II HÅKAN NIAL<br><i>Internationell förmögenhetsrätt</i>                                                         | XXVI OLE WESTERBERG<br><i>Skatter, avgifter och pålagor</i>                                                         | LI HILDING EEK<br><i>Folkkrätten</i>                                               |
| III LARS WELAMSON<br><i>Om anslutningsvad och<br/>reformatio in pejus</i>                                       | XXVII PER OLOF EKELOF<br><i>Rättegång III</i>                                                                       | LII NILS REGNER<br><i>Rättspraxis i litteraturen</i>                               |
| IV KARL OLIVECRONA<br><i>Rättegången i brottmål<br/>enligt RB</i>                                               | XXVIII SEVE LJUNGMAN—<br>PER STJERNQUIST<br><i>Den rättsliga kontrollen över<br/>mark och vatten I</i>              | LIII OLE WESTERBERG<br><i>Förfarandet i förvaltningen</i>                          |
| V GUNNAR LAGERGREN<br><i>Delivery of the goods and<br/>transfer of property and<br/>risk in the law on sale</i> | XXIX KURT GRÖNFORS<br><i>Ställningsfullmakt och<br/>bulvanskap</i>                                                  | LIV NILS HERLITZ<br><i>Elements of Nordic Public Law</i>                           |
| VI HJALMAR KARLGREN<br><i>Avtalsrättsliga frågor</i>                                                            | XXX IVAR AGGE<br><i>Straffrättens allmänna del II</i>                                                               | LV JACOB W. F. SUNDBERG<br><i>Familjerätt i omvandling</i>                         |
| VII HÅKAN NIAL<br><i>Handelsbolag och enkla bolag</i>                                                           | XXXI SIGURD DENNEMARK<br><i>Om svensk domstols behörighet<br/>i internationellt förmögenhets-<br/>rättsliga mål</i> | LVI FREDRIK STERZEL<br><i>Riksdagens kontrollmakt</i>                              |
| VIII PER OLOF EKELOF<br><i>Processuella grundbegrepp och<br/>allmänna processprinciper</i>                      | XXXII LARS WELAMSON<br><i>Konkursrätt</i>                                                                           | LVII HJALMAR KARLGREN<br><i>Produktansvaret</i>                                    |
| IX LARS WELAMSON<br><i>Domvillobesvär av tredje man</i>                                                         | XXXIII HILDING EEK<br><i>Internationell privaträtt</i>                                                              | LVIII E. G. WESTMAN<br><i>Kommunal förvaltning<br/>genom avtal</i>                 |
| X HANS THORNESTEDT<br><i>Om rättsvillfarelse</i>                                                                | XXXIV SEVE LJUNGMAN—<br>PER STJERNQUIST<br><i>Den rättsliga kontrollen över<br/>mark och vatten II</i>              | LIX BERTIL BENGTTSSON<br><i>Särskilda avtalstyper I</i>                            |
| XI KNUT RODHE<br><i>Obligationsrätt</i>                                                                         | XXXV PER OLOF BOLDING<br><i>Skiljedom</i>                                                                           | LX ANDERS AGELL<br><i>Växel, check och materiell fordran</i>                       |
| XII TORE STRÖMBERG<br><i>Åtalspreskription</i>                                                                  | XXXVI NILS HERLITZ<br><i>Nordisk offentlig rätt III</i>                                                             | LXI NILS REGNER<br><i>Svensk Juridisk Litteratur II</i>                            |
| XIII PER OLOF BOLDING<br><i>Skiljeförfarande och rättegång</i>                                                  | XXXVII FOLKE SCHMIDT<br><i>Äktenskapsrätt</i>                                                                       | LXII OLE WESTERBERG<br><i>Allmän förvaltningsrätt</i>                              |
| XIV ÅKE MALMSTRÖM<br><i>Föräldrarrätt</i>                                                                       | XXXVIII PER OLOF EKELOF<br><i>Rättegång IV</i>                                                                      | LXIII ÅKE HASSLER<br><i>Specialprocess</i>                                         |
| XV PER OLOF EKELOF<br><i>Rättegång I</i>                                                                        | XXXIX AXEL ADLERCREUTZ<br><i>Arbetsagarbegreppet</i>                                                                | LXIV FOLKE SCHMIDT<br><i>Arbetsrätt I</i>                                          |
| XVI NILS REGNER<br><i>Svensk juridisk litteratur</i>                                                            | XL IVAR AGGE<br><i>Straffrättens allmänna del III</i>                                                               | LXV HILDING EEK<br><i>Lagkonflikter i tvistemål</i>                                |
| XVII NILS HERLITZ<br><i>Nordisk offentlig rätt I</i>                                                            | XLI LARS WELAMSON<br><i>Konkurs</i>                                                                                 | LXVI ÅKE LÖGDBERG<br><i>Personlighetsrätt</i>                                      |
| XVIII NILS HERLITZ<br><i>Nordisk offentlig rätt II</i>                                                          | XLII HJALMAR KARLGREN<br><i>Passivitet</i>                                                                          | LXVII HOLGER WIKLUND<br><i>God advokatsed</i>                                      |
| XIX PER OLOF EKELOF<br><i>Rättegång II</i>                                                                      | XLIII PETER WESTERLIND<br><i>Studier över tomrättsinstitutet I</i>                                                  | LXVIII HALVAR LECH<br><i>Skadeersättning för personskada</i>                       |
| XX HJALMAR KARLGREN<br><i>Säkerhetsöverlåtelse</i>                                                              | XLIV LENNART VAHLÉN<br><i>Fastighetsköp</i>                                                                         | LXIX HENRIK HESSLER<br><i>Allmän sakrätt</i>                                       |
| XXI FOLKE SCHMIDT<br><i>Tjänsteavtalet</i>                                                                      | XLV ÅKE HASSLER<br><i>Skiljeförfarande</i>                                                                          | LXX FOLKE SCHMIDT<br><i>Arbetsrätt II</i>                                          |
| XXII IVAR AGGE<br><i>Straffrättens allmänna del I</i>                                                           | XLVI PER OLOF EKELOF<br><i>Rättegång V</i>                                                                          | LXXI HANS RAGNEMALM<br><i>Extraordinära rättsmedel i<br/>förvaltningsprocessen</i> |
| XXIII HJALMAR KARLGREN<br><i>Kutym och rättsregel</i>                                                           | XLVII KNUT RODHE<br><i>Lärobok i obligationsrätt</i>                                                                | LXXII NILS BÖRJE LIHNÉ<br><i>Betalningsföreläggande</i>                            |
| XXIV KARL OLIVECRONA<br><i>Rätt och dom</i>                                                                     | XLVIII BERTIL BENGTTSSON<br><i>Hämningsrätt</i>                                                                     | LXXIII FOLKE SCHMIDT<br><i>Allmänna och privata pensioner</i>                      |
|                                                                                                                 | XLIX NILS BÖRJE LIHNÉ<br><i>Lagsökning</i>                                                                          | LXXIV BERTIL BENGTTSSON<br><i>Nyttjanderätt till fast egendom</i>                  |