

OM
BROTTMÅLSDOMENS
RÄTTSKRAFT

av

LARS WELAMSON

STOCKHOLM 1949

AB NORDISKA BOKHANDELN

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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

OM BROTTMÅLSDOMENS RÄTTSKRAFT

Akademisk avhandling

som med tillstånd av Stats- och Rättsvetenskapliga Fakulteten vid Stockholms Högskola för vinnande av juris doktorsgrad framställles till offentlig granskning å Högskolans lärosal B lördagen den 7 maj 1949 kl. 10 f. m.

av

LARS WELAMSON

JUR. LIC.

STOCKHOLM 1949



TRYCKT HOS BRÖDERNA LAGERSTRÖM, BOKTRYCKARE, STOCKHOLM 1949

**OM
BROTTMÅLSDOMENS
RÄTTSKRAFT**

OM
BROTTMÅLSDOMENS
RÄTTSKRAFT

Akademisk avhandling

av

LARS WELAMSON

STOCKHOLM 1949

Förord

Vid framläggandet av denna avhandling är det mig angeläget att betyga min tacksamhet mot dem som på olika sätt främjat dess tillkomst. Främst vill jag rikta ett värdsamt tack till min lärare professor Åke Hassler för det stora intresse varmed han följt mitt arbete och för det välvilliga bistånd han städse lämnat mig.

I stor tacksamhetsskuld står jag också till professorerna Ivar Agge och Per Olof Ekelöf för stimulerande diskussioner och värdefulla uppslag under arbetets gång.

Under mina studier har jag erhållit ett betydande ekonomiskt stöd i form av stipendier. Till ledamöterna av Stats- och Rättsvetenskapliga Fakulteten vid Stockholms Högskola får jag framföra mitt värdsamma tack härför liksom för det intresse som också i övrigt visats mitt arbete. Även till Styrelsen för Justitierådet Edvard Cassels Stiftelse stannar jag i tacksamhetsskuld.

Bland övriga som givit mig värdefull hjälp vill jag slutligen särskilt tacka bibliotekarien vid Stockholms Högskolas juridiska bibliotek fil. mag. Hillevi Vretblad, som bistått mig med framskaffande av litteratur och granskning av litteraturförteckningen, samt jur. kand. Anders Hedström, vilken nedlagt osparad möda på källkontroll och korrekturläsning.

Stockholm i mars 1949.

Lars Welamson



Innehåll

Förkortningar 13

Inledning.

§ 1. Bestämning av rättskraftsbegreppet i brottmål 15
Domens innebörd s. 15. Orubblighetsprincipen s. 18. Domens rättskraft; dess negativa och positiva funktion s. 18.

§ 2. Avgränsning av rättskraften gentemot vissa andra företeelser 20
I. Straffverkställighet s. 20. II. Administrativa åtgärder s. 20. III. Regler om ordinära och extraordinära rättsmedel s. 20. IV. Förbud mot dubbelbesträffning s. 22. V. Lagregler, enligt vilka brottmålsdom angives som rättsfaktum s. 22. VI. Domens betydelse såsom bevisfaktum och prejudikat s. 24.

§ 3. Regler om brottmålsdomens rättskraft enligt gällande svensk rätt 27
I. Den negativa funktionen s. 27. II. Undersökning huruvida brottmålsdomen har någon positiv rättskraftsfunktion s. 27. A. I senare tvistemål s. 27. B. I senare brottmål s. 31. a. I mål mot annan än den ursprungligen tilltalade s. 32. 1. Då bifall till åtalet förutsätter, att den först åtalade icke begått eller är ansvarig för viss gärning s. 32. 2. Då bifall till åtalet förutsätter, att den först åtalade begått en gärning, som uppfyller åtminstone de objektiva förutsättningarna för ansvar s. 35. b. I mål mot samme tilltalade s. 37. Sammanfattning s. 40.

Avdelning I. Grundläggande frågor.

Kap. 1. Avvisningsregelns praktiska funktion 45
I. Mot upprätthållande av en avvisningsregel talar intresset av straffrättsskipningens effektivitet s. 46. Dess styrka beroende av uppfattningen om straffets ändamål s. 47. II. Synpunkter som stödjande avvisningsregeln s. 48. Trygghetshänsyn s. 49. Rättsskipningens auktoritet s. 53. Processekonomiska synpunkter s. 54. Intresset av att den åtalande parten bedriver utredningen med omsorg och energi s. 55. III. Sammanfattning s. 55.

Kap. 2. Historik	58
§ 1. Utländsk rätt	58
I. Romersk rätt s. 58. Kanonisk rätt; glossatorerna s. 59. II. Tysk rätt efter receptionen fram till 1789 s. 59. III. Fransk rätt s. 61. IV. Tysk rätt 1789–1933 s. 62. V. Tysk rätt efter 1933 s. 63.	
§ 2. Svensk rätt	64
De första spåren av rättskraftsinstitutet under 1600-talet s. 65. I. Utvecklingen fram till 1800 s. 65. Inskränkningar i orubblighetsprincipens genomförande. Frånvaron av fatalitetid s. 65. Ställande under framtiden s. 66. Återbrytande och återupptagande s. 67. II. Utvecklingen från 1800 s. 69. Förslag till avskaffande av institutet ställande under framtiden s. 69. Upphävande av 17:32 p. 1 ÅRB s. 70. Förslag att inskränka möjligheten till återupptagande och återbrytande s. 70. 1939 års lagstiftning om särskilda rättsmedel s. 72. Principen om avvisning av nytt åtal s. 72.	
§ 3. Några sammanfattande synpunkter	73
Kap. 3. Översikt över problemen vid avvisningsregelns tillämpning	74
I. Rättsföljden s. 75. Fråga om ansvar. Avsättning och suspension s. 76. Skyddsåtgärder s. 77. Konfiskation s. 78. II. Den åtalande partens identitet s. 82. III. Ny bevisning s. 85. IV. Den rättsliga subsumtionen. Subsumtionsavvikelser s. 85. V. Avvikelser med hänsyn till rättsfakta s. 86.	
Kap. 4. Om gärningsidentitet. Några terminologiska utgångspunkter	92
I. Gärningsbegreppet enligt allmänt och juridiskt språkbruk s. 92. II. Bestämning av termen handling s. 94. a. Riktlinjer för bestämmande av handlingsenhet eller handlingsflerhet s. 94. b. Olika moment i handlingen s. 100. III. Bestämning av termen brott s. 102.	
Kap. 5. Gärningsbegreppet enligt olika lagrum i RB	105
I. Precisering av åtalet s. 106. Taleändring, åtalsjustering och prövning ex officio s. 107. Litispændens s. 108. Samtliga dessa institut enligt RB liksom rättskraften anknutna till begreppet gärning, som förutsatts ha samma innebörd i de olika lagrummen s. 108. II. Teorien om processföremålet som grundval för ett enhetligt gärningsbegrepp s. 109. Undersökning av förhållandet mellan instituten ur ändamålssynpunkter. III. Litispændens och rättskraft s. 110. IV. Åtalsjustering och prövning ex officio s. 111. V. Rättskraft och prövning ex officio s. 117. VI. Rättskraft och åtalsjustering s. 119. VII. Sammanfattning s. 122.	
Kap. 6. Avvisningsregelns beroende av reglerna om domstols behörighet och om åtalsrätt	124
§ 1. Reglerna om domstols behörighet	125

§ 2. Reglerna om åtalsrätt 126

Den åtalande parten i den första rättegången icke behörig med hänsyn till (I.) regler om åtalsmedgivande s. 126, (II.) regler om angivelse- och målsägandebrott s. 131. III. Vissa fall av brottskonkurrens s. 132. Åklagares behörighet jämlikt 20:4 RB vid ideell konkurrens s. 132. Målsägandes behörighet begränsad till något av flera ideellt konkurrerande brott s. 133.

Kap. 7. Betydelsen av resningsbestämmelserna i 58:3 RB för avvisningsregelns tolkning 135

Problemställningen: I vilka situationer finnas skäl att för omprövning kräva förhandenvaron av de i 58:3 RB angivna resningsförutsättningarna? s. 137. Analys av de olika förutsättningarna ur denna synpunkt. I Straffkvantiteten s. 137. II. Sannolika skäl s. 139. III. Giltig ursäkt s. 144. IV. Spörsmålet om en oriktig fällande dom kan sättas ur kraft genom dom i anledning av nytt åtal s. 145.

Kap. 8. Utländsk rätt 152

Finsk s. 152. Norsk s. 153. Dansk s. 153. Tysk s. 154. Fransk s. 155. Angelsachsisk s. 155.

Avdelning II. Olika slag av avvikelssituationer.

Kap. 9. Disposition av framställningen 161

Kap. 10. Enbart rättsliga avvikelser 164

§ 1. Alternativa avvikelser 164

Utländsk rätt s. 164. Svensk praxis och doktrin s. 166. Ändamålssynpunkter s. 168.

§ 2. Kumulativa avvikelser 169

Utländsk rätt s. 170. Svensk praxis och doktrin s. 172. Ändamålssynpunkter s. 174.

Kap. 11. Avvikelser med hänsyn till fakta utanför handlingsförloppet 176

§ 1. Avvikelser medförande en alternativ rättslig subsumtion 176

Utländsk rätt s. 176. Svensk praxis s. 177.

§ 2. Avvikelser medförande en kumulativ rättslig subsumtion 179

Utländsk rätt s. 179. Svensk praxis s. 180. Svensk doktrin s. 181. Ändamålssynpunkter s. 182.

Kap. 12. Handlingsavvikelser. Avvikelser vid en enstaka handling	185
§ 1. Det subjektiva momentet	186
Utländsk rätt s. 187. Svensk doktrin och praxis s. 188. Ändamåls-synpunkter s. 192.	
§ 2. Den yttre handlingen	196
A. I faktiskt hänseende alternativa avvikelser s. 196. I. Faktiska bioständigheter s. 197. II. Ändrad brottsrubricering s. 200. B. I fak-tiskt hänseende kumulativa avvikelser s. 204. I. Försvårande omstän-digheter och ändrad brottsrubricering s. 204. II. Brottskonkurrens s. 206.	
§ 3. Effekten	207
I. Försvårande omständigheter och ändrad brottsrubricering s. 208. II. Brottskonkurrens s. 211. III. Omständigheter som inträffat sedan dom meddelats och eventuellt vunnit laga kraft s. 215.	
Kap. 13. Handlingsavvikelser. Avvikelser vid flera handlingar . .	218
§ 1. Tillämpning av olika brottsbeskrivningar	218
Angreppsobjektet som identifierande faktor i tysk rätt s. 219. Oli-kartad strafflagskonkurrens s. 221.	
§ 2. Tillämpning av samma brottsbeskrivning	224
Ej res judicata vid reell brottskonkurrens s. 224. I. Betydelsen av mellankommande åtal och dom för frågan om ett eller flera brott s. 225. Vid tillämpning av författning med avbrottsstadgande s. 225. Vid tillämpning av författning utan avbrottsstadgande s. 227. a. Då brottslighetens fortsättande består i positivt handlande s. 227. b. Då brottslighetens fortsättande består i underlåtenhet s. 230. Utländsk rätt s. 230. Svensk praxis beträffande kontinuerlig tjänstgöringsskyldighet s. 231. Svensk praxis beträffande skyldighet att fullgöra enstaka presta-tion s. 232. Frågan om fortsatt underlåtenhet att fullgöra enstaka prestation kan beivras som försvårande omständighet s. 234. Frågan om vite som sanktion mot fortsatt underlåtenhet att fullgöra enstaka prestation s. 235. II. Frågan om res judicata i förhållande till hand-lingar, som förövats före delgivning av stämning i mål angående andra likartade handlingar och som tillsammans med dessa utgöra endast ett brott s. 237. Utländsk rätt s. 237. Svensk doktrin s. 243. Svensk praxis s. 246. Ändamålsynpunkter s. 259. a. Fällande dom s. 259. b. Frikän-nande dom s. 261. Tillåter avfattningen av 30:9 RB ett olikartat bedömande av frågan om res judicata vid fällande och frikännande dom i dessa fall? s. 263.	
Kap. 14. Några sammanfattande synpunkter	267
Åberopad litteratur	269
Citerade svenska rättsfall.	283

Förkortningar

AK = Andra kammaren (s protokoll).

Allmänna förfogandelagen = Allmän förfogandelag 22 juni 1939.

ArchCrR = Archiv des Criminalrechts.

DJZ = Deutsche Juristenzeitung.

DRW = Deutsche Rechtswissenschaft.

DStR = Deutsches Strafrecht.

FJFT = Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland.

FK = Första kammaren (s protokoll).

FLU = Första lagutskottet (s utlåtande).

FT = Förvaltningsrättslig tidskrift.

Förundersökningskungörelsen = Kungl. Maj:ts förundersökningskungörelse 19 december 1947.

GA = Archiv für preussisches Strafrecht (Goltdammers Archiv).

GB = Giftermålsbalken 11 juni 1920.

Grünhut = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift).

GS = Der Gerichtssaal.

HD = Högsta domstolen.

HovR = Hovrätt.

HR = Häradsrätt.

JK = Justitiekanslern.

JO = Riksdagens justitieombudsman.

JR = Justitieråd.

KBr = Kungl. brev.

KCirk = Kungl. cirkulär.

KF = Kungl. förordning.

KK = Kungl. kungörelse.

KPr = Kungl. proposition.

KrigsR = Krigsrätt.

LK = Lagcommitteen (s förslag till Allmän Criminallag).

LU = Lagutskottet (s utlåtande).

MO = Riksdagens militieombudsman.

Motorfordonsförordningen = Kungl. Maj:ts motorfordonsförordning 23 oktober 1936.

NAT = Nordisk administrativt tidskrift.

NJA = Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I.

NLB = Nya lagberedningen (s betänkande angående rättegångsväsendets ombildning).

NRT = Norsk Retstidende.

NT = Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning (Naumanns Tidskrift).

NTfs = Nordisk Tidsskrift for Strafferet.

Näringsfrihetsförordningen = KF 18 juni 1864 ang. utvidgad näringsfrihet.

PK = Processkommissionen (s betänkande angående rättegångsväsendets ombildning).

PLB = Processlagberedningen (s förslag till rättegångsbalk).

Prisregleringslagen = Prisregleringslag 30 juni 1947.

RB = Rättegångsbalken 18 juli 1942.

RG = Reichsgericht.

RGSt = Reichsgerichts Entscheidungen
in Strafsachen.

Rpl. = Lov om Rettens pleje 11 april
1916.

RR = Rådhusrätt.

SJA = Juridiskt Arkif, utg. av Carl
Schmidt.

SL = Strafflagen 16 februari 1864.

SLK = Strafflag för krigsmakten 23 okto-
ber 1914.

SOU = Statens offentliga utredningar.

StPO = Strafprozessordnung für das
deutsche Reich 1. Februar 1877.

Straffkungörelsen = KK 17 juni 1943 med
vissa bestämmelser angående handeln
med ransonerade varor m. m.

Strpl. = Lov om rettergangsmåten i
straffesaker 1 juli 1887.

SvJT = Svensk Juristtidning.

SvJT rf. = Svensk Juristtidning, rätts-
fallsavdelningen.

TFO = 1949 års tryckfrihetsförordning.

TfR = Tidsskrift for Rettsvitenskap.

Tullstadga, 1887 års = Tullstadga 2 no-
vember 1887.

1904 års = Tullstadga 1 juli
1904.

1927 års = Tullstadga 7 ok-
tober 1927.

U = Ugeskrift for Retsvæsen (Avd. A,
Dansk Domssamling).

Vägtrafikstadgan = Kungl. Maj:ts väg-
trafikstadga 23 oktober 1936.

ZAkDR = Zeitschrift der Akademie für
deutsches Recht.

ZStW = Zeitschrift für die gesamte
Strafrechtswissenschaft.

ÄLB = Lagberedningen (s förslag till
rättegångsbalk).

ÄRB = Äldre rättegångsbalken.

ÖÄ = Överståthållarämbetet.

Inledning

§ 1. Bestämning av rättskraftsbegreppet i brottmål

Läran om domen utgör en av de mest centrala delarna av processrätten och erbjuder många betydelsefulla och svårbemästrade problem, delvis av sådan beskaffenhet att de icke lämpligen kunna i detalj lösas genom lagstiftning. Särskilt intresse ur rättsvetenskaplig synpunkt har denna materia även därigenom att den i betydande utsträckning återspeglar såväl principerna för det processuella förfarandets anordnande som de materiella rättsreglerna. Inom den civilprocessuella doktrinen har också sedan länge särskild uppmärksamhet ägnats åt läran om domen, och i vårt land ha skilda problem inom detta område blivit föremål för ett flertal monografiska framställningar. Motsvarande spörsmål inom straffprocessen ha däremot i allmänhet blivit föga ingående behandlade, och något mera utförligt arbete angående brottmålsdomen och dess betydelse finnes överhuvud icke i nordisk rättslitteratur. Det har därför synts vara av intresse att undersöka ett centralt avsnitt av läran om domen i brottmål enligt gällande svensk rätt, nämligen reglerna om brottmålsdomens rättskraft.

Såsom dom betecknas enligt likalydande stadganden för tvistemål och brottmål i 17:1 resp. 30:1 RB rättens "avgörande av saken". Om den närmare innebörden av detta avgörande ha i litteraturen yppats olika meningar, och särskilt civildomens innebörd har i modern svensk doktrin blivit föremål för en livlig diskussion. De i denna diskussion framförda synpunkterna torde även för belysande av brottmålsdomen vara av intresse och synas därför här böra i korthet refereras.

Den traditionella uppfattningen, som särskilt utvecklats av *Kallenberg*,¹ är att en dom i tvistemål utgör ett omdöme om en rättighets

¹ Se *Kallenberg* i SvJT 1944 s. 353 ff. och 1945 s. 259 ff.

existens. Även om domslutet, såsom bl. a. vanligen är fallet vid s. k. fullgörelsedomar, har formen av ett förpliktande för svaranden att fullgöra en prestation, är dess innebörd enligt *Kallenberg* ett omdöme om en av käranden påstådd rättighet att erhålla prestationen.

Mot uppfattningen att civildomen utgör ett omdöme har *Olivecrona* riktat en ingående kritik.² Denna kan i största korthet sägas gå ut på att domslutet icke är en teoretisk sats, ett omdöme, utan en praktisk sats, närmare bestämt ett imperativ. Domarens uppgift inskränker sig enligt *Olivecrona* icke till att meddela ett omdöme om något bestående, utan han har framför allt att utfärda regler för parternas och eventuellt exekutiv myndighets handlande. Att domskälen innehålla omdömen bestrides icke av *Olivecrona*, som emellertid gentemot omdömeteoriens företrädare gör gällande, att dessa omdömen icke kunna avse rättigheter och skyldigheter, begrepp som anses utgöra ideologiska påbyggnader på fakta och sakna gripbar mening, utan endast existensen av i målet påstådda fakta.

Även såvitt gäller straffprocessen möter man i litteraturen olika uppfattningar angående domens innebörd motsvarande dem som framförts med avseende på civildomen. Sålunda har man särskilt i tysk doktrin från slutet av 1800-talet efter mönster av civilrättens rättighetsbegrepp konstruerat en staten tillkommande subjektiv straffrätt och en häremot svarande skyldighet för brottslingen att underkasta sig straff,³ och i anslutning härtil har domen uppfattats som ett omdöme om statens subjektiva straffrätt.

Också mot denna uppfattning har *Olivecrona* reagerat. Man ger enligt *Olivecrona* en påtagligt felaktig beskrivning av det faktiska förhållandet, när man säger, att domen fastslår en statens rätt att straffa, eftersom man härvid måste förutsätta, att denna rätt existerar före domen. Denna förutsättning är, framhåller *Olivecrona*, oriktig, emedan någon befogenhet för myndighet att verkställa straff utan dom icke finnes. Domen fastställer enligt *Olivecrona* icke någon redan existerande rättighet att straffa utan är att beteckna som ett imperativ, ingående såsom ett led i en kedja av dylika (lagens promulgation, utnämning av domare osv.) vilka tillsammans föranleda, att straff eller annan påföljd jämlikt lag skall verkställas.⁴

Begreppet statens subjektiva straffrätt utgör som nämnts en analogi

² Se *Olivecronas* arbete *Domen i tvistemål och uppsatser* av samme författare i SvJT 1944 s. 721 ff. och 1945 s. 804 ff.

³ Se härom t. ex. *Binding*, Handbuch I s. 477 ff. och *Merkel* s. 191 ff. Jfr nedan s. 74 f.

⁴ *Olivecrona*, *Straffprocessen* (1948) s. 16 f. Jfr SvJT 1944 s. 723 f.

från civilrättens rättighetsbegrepp men kan i motsats mot detta icke sägas ha vunnit hävd i svensk juridik. Oavsett om det är möjligt att begagna begreppet subjektiv rätt inom straffrätten i en förnuftig mening, torde också kunna konstateras, att det långt ifrån är ägnat att befordra en verklighetstrogen uppfattning om de avsedda företeelserna. Som beteckning för de i jämförelse med civilrätten till sin struktur mindre komplicerade realiteterna i straffrätten har det icke någon funktion att fylla utan är tvärtom i väsentliga hänseenden missvisande och medför onödiga svårigheter.⁵

En dom i brottmål utgör *en av domstol avgiven förklaring i anledning av ett av åklagare eller målsägande framställt åtal*, dvs. ett påstående att en person gjort sig skyldig till ett visst brottsligt förfarande och en begäran att han därför måtte ådömas ansvar.⁶ Vid sitt avgörande har domstolen först och främst att fatta ståndpunkt till frågan, om det påstådda förfarandet i verkligheten ägt rum, vilket sker genom en uppskattning av i målet förebragt bevisning. Resultatet härav skall jämlikt 30:5 RB vid skriftlig avfattning av domen redovisas i en särskild avdelning, innehållande "domskälen med uppgift å vad i målet är bevisat". I den mån åberopade fakta befunnits styrkta blir det närmast följande ledet i prövningen att verkställa en jämförelse mellan dessa fakta och lagens brottsbeskrivningar i syfte att utröna, huruvida någon straffbestämmelse är tillämplig.⁷ Därest den tilltalade befunnits övertygad om förfarande, för vilket han förskyllt ansvar, ingår slutligen såsom ett tredje led i avgörandet bestämmandet inom lagens ram av en till sin art och intensitet lämplig reaktion. Reaktionsbestämningen skall jämte det eller de lagrum, som ansetts tillämpliga, och eventuellt brottets benämning upptagas under en särskild rubrik i domen med beteckningen domslut.⁸ Finner rätten den tilltalade icke förfallen till ansvar, skall domslutet innehålla att åtalet ogillas.⁹

⁵ Jfr nedan s. 74 f. och där anförd litteratur.

⁶ Från domstols befogenhet jämlikt 20:1 RB att utan åtal upptaga fråga om ansvar för förseelse i rättegång kan i detta sammanhang bortses.

⁷ I praktiken kunna emellertid dessa båda uppgifter icke skarpt särhållas, eftersom utredningen angående fakta givetvis måste influeras av vad som enligt lagen är relevant.

⁸ Därest rätten finner anledning att låta en motivering till sin ståndpunkt i rättsfrågan inflyta i domen, torde denna däremot böra ingå under rubriken domskäl.

⁹ I anslutning till det sagda torde det vara lämpligt att angiva betydelsen av ett begrepp, som i det följande ofta kommer till användning, nämligen begreppet *oriktig dom*. Detta begrepp kan användas i två olika betydelser. Därmed kan först och främst avses fall, då en befogad anmärkning kan riktas mot domstolens rätts-tillämpning eller bevisuppskattning. Man kan emellertid därunder inbegripa jämväl fall, då den förebragta bevisningen icke bort bedömas annorlunda än som skett men då relevanta fakta i själva verket förelegat, trots att tillräcklig bevisning härom icke

Såsom av det föregående framgår, innehåller domen ett avgörande av frågan, om den tilltalade gjort sig skyldig till ett påstått brottsligt förfarande och, därest denna fråga besvaras jakande, ett bestämmande av en ansvarspåföljd, som han sedermera har att genom verkställighetsmyndighets försorg undergå. För att avgörandets betydelse icke skall i väsentlig mån förringas, torde det vara nödvändigt, att *domen i viss utsträckning göres orubblig*. Orubblighetsprincipens genomförande fordrar först och främst ett definitivt avslutande av den anhängiga rättegången. I moderna rättsordningar har visserligen möjlighet givits parterna att inom viss kortare tid genom användande av ordinärt rättsmedel få domens riktighet underkastad prövning av högre instans. Sedan denna frist utgått utan att dylikt rättsmedel kommit till användning eller sedan talan efter fullföljd avgjorts i högsta instans, är emellertid omprövning av domen normalt utesluten. Domen säges då enligt svenskt rättspråk ha vunnit *laga kraft*. Även sedan detta skett, kan visserligen domen enligt flertalet rättsordningar undantagsvis underkastas omprövning genom extraordinärt rättsmedel, men förutsättningarna härför äro strängt begränsade.

Grundsatsen om domens orubblighet kräver emellertid icke blott att den anhängiga rättegången definitivt avslutas utan även att dess resultat *icke kan åsidosättas genom dom i annan rättegång*. I den mån så icke kan ske, brukar man säga, att domen har *rättskraft*. Under denna beteckning inbegripas två till sina praktiska konsekvenser skilda men närbesläktade företeelser. Den ena innebär, att domen i viss utsträckning utgör rättegångshinder, dvs. förhindrar upptagande till prövning av ny talan om samma gärning som prövats genom domen. Denna sida av rättskraften brukar benämnas dess *negativa funktion*. Inom den straffprocessuella litteraturen uttryckes den ofta även med satsen "*ne (non) bis in idem*". Den andra av de båda företeelserna innebär, att domen i vissa fall, då den icke föranleder avvísning av talan, har betydelse i så måtto att den skall, såvitt avser därigenom prövade rättsfakta, läggas till grund för avgörandet i en senare rättegång. I dessa fall talar man vanligen om en *positiv rättskraftsfunktion*. Nämnade termer skola i det följande begagnas i den angivna betydelsen.¹⁰

förebragts, eller omvänt, då fakta trots övertygande bevisning icke varit för handen. Termen oriktig dom skall i det följande begagnas i den vidsträcktare betydelsen och alltså avse fall, då domen har ett annat innehåll än den enligt lagen bort ha, om det faktiska läget i processen varit fullständigt upplöst.

¹⁰ I den civilprocessuella litteraturen ha de företeelser, som bruka sammanfattas under beteckningen rättskraft, uttryckts på olika sätt i anslutning till de meningskiljaktigheter angående domens innebörd, för vilka ovan redogjorts. Med domens rättskraft brukar sålunda enligt omdömetsteoriens företrädare förstås, att domens

Den bestämning av rättskraftens innebörd, som sålunda givits, skall i det följande närmare belysas genom en avgränsning av rättskraften gentemot vissa andra företeelser (§ 2).¹¹ Därefter skall undersökas, i vad mån de olika rättskraftsfunktionerna äro erkända i brottmål enligt gällande svensk rätt (§ 3).

omdöme är bindande för parterna (stundom även för tredje man) och för domstol i senare rättegång. Att *Olivecrona* icke delar denna uppfattning framgår redan av att han icke anser domen utgöra ett omdöme. En annan av *Olivecrona* framförd invändning mot den ifrågavarande uppfattningen är att ett omdöme överhuvud icke kan vara bindande i någon rimlig innebörd av denna term. Den företeelse, som enligt omdömeteorien uttryckes genom att domen säges vara bindande, bör i stället enligt *Olivecrona* karakteriseras så, att domen blir för framtiden relevant i stället för de rättsfakta, till vilka den refererar. *Olivecrona* understryker också, att det är "realt skilda handlingssätt av domaren: att talan avvisas, att domskälen godtagas och att domslutet lägges till grund för nytt avgörande". Dessa böra enligt *Olivecrona* icke sammanblandas och i varje fall icke sammanfattas under termen rättskraft, som anses ouppslösligt förbunden med omdömeteorien och ägnad att framkalla den falska föreställningen, att domen vore utrustad med någon inneboende metafysisk kraft. (*Olivecrona* s. 148 ff.) Till *Olivecronas* kritik av omdömeteorien ansluter sig i huvudsak *Ekelöf*, som emellertid bibehåller termen rättskraft. Med utnyttjande av andra grundbegrepp än de inom rättskraftsläran traditionella har *Ekelöf* uppställt följande generella bestämning av civildomens rättskraft: "Domens rättskraft innebär dels att den av käranden åberopade grunden upphör att vara relevant med avseende på den av honom yrkade rättsföljden dels ock, såvida käromålet bifalles, att till domen är anknuten samma rättsföljd, som enligt domens ordalydelse är anknuten till det sakförhållande som anföres som domsgrund (= grund för domslutet)." (*Ekelöf*, *Civilprocessen* s. 259).

Oavsett vilken ståndpunkt man intager till meningsskiljaktigheterna om hur de med domens rättskraft avsedda företeelserna böra beskrivas, synes det mindre lämpligt att utmönstra termen rättskraft. En gemensam beteckning för de företeelser, som bruka inbegripas under denna term, torde vara behövlig (jfr *Eckhoff* s. 16 och *Ekelöf*, *Civilprocessen* s. 256 f.), och då termen numera införts även i lagspråket — låt vara endast för tvistemålen i 17:11 RB — synes det mindre ändamålsenligt att skapa en ny terminologi.

¹¹ Däremot skall icke till närmare behandling upptagas frågan om rättskraftens förhållande till de materiella rättsreglerna eller, som den vanligen uttryckts, frågan om rättskraftens "väsen". I denna fråga ha meningarna brutit sig mellan i huvudsak två skilda teorier, den materiella och den processuella rättskraftsteorien. (Se härom, såvitt angår civilprocessen, inom svensk doktrin *Agge*, *Civildomens rättskraft* s. 9 ff., *Kallenberg* s. 1266 ff., *Ekelöf*, *Interventionsgrunden* s. 36 ff. och *Olivecrona* s. 144 ff.) Båda dessa teorier utgå, såsom särskilt framhållits av *Olivecrona*, från att domen utgör ett omdöme om rättigheter och skyldigheter. Skillnaden mellan dem framträder huvudsakligen när det gäller att förklara verkningarna av en oriktig dom. Den materiella teorien, inom straffprocessen representerad av bl. a. *Birkmeyer*, s. 674 ff., menar, att den oriktiga domen skapar eller förintar en rättighet, inom straffprocessen statens subjektiva straffrätt, eftersom det förprocessuella rättsläget förlorar varje betydelse, sedan domen vunnit laga kraft. Men den vill icke godtaga, att ett falskt omdöme skapar eller förintar materiell rätt. Denna konsekvens har man därför sökt undvika genom den halsbrytande konstruktionen, att domens omdöme alltid blir sant i och med domen. (Se särskilt *Pagenstecher* s. 304.) Den processuella teoriens målsmän göra däremot gällande, att eftersom domen endast utgör ett omdöme om en rättighet, en oriktig dom icke kan vare sig skapa eller förintar en dylik. Inom straffprocessen, där denna teori företrädes av bl. a. *Belting*, s. 272 ff., säger man sålunda, att statens straffrätt består oberoende av en ogillande dom, resp. existerar fortfarande icke, om den i en bifallande dom oriktigt konstaterats för han-

§ 2. Avgränsning av rättskraften gentemot vissa andra företeelser

I. En dom i brottmål har enligt gällande rätt åtskilliga praktiskt viktiga rättsföljder. Såvitt gäller fällande dom är först och främst att märka verkställighet av straff eller annan ansvarspåföljd, vilken med några undantag, däribland särskilt betalning av böter, icke kan ske annorledes än genom exekutiv myndighets försorg. De spörsmål, som sammanhånga med straffverkställigheten, ha emellertid föga gemensamt med rättskraftsproblemen och torde icke böra behandlas i rättskraftsläran.

II. Detsamma gäller de mångahanda skiftande åtgärder av administrativ karaktär, som enligt olika författningsbestämmelser skola vidtagas, då en brottmålsdom av visst innehåll föreligger. Som exempel kunna anföras anteckning i straffregister jämlikt lagen 17 oktober 1900 om straffregister och utvisning av utlänning jämlikt 31 § lagen 15 juni 1945 om utlännings rätt att här i riket vistas.

III. Till dom i brottmål anknyta också bestämmelser i RB om rätts-

den. (Jfr till det anförda *Binding*, Abh. II s. 265 ff., som synes pendla mellan båda uppfattningarna.)

Båda de refererade teorierna torde, såsom särskilt påvisats av *Olivecrona*, innebära påtagligt verklighetsfrämmande konstruktioner. Vad särskilt den processuella teorien beträffar, förtjänar tilläggas, att den inom straffprocessen ter sig om möjligt än mera orealistisk än inom civilprocessen. Ty medan den civilprocessuella konstruktionen, enligt vilken en i dom underkänd rättighet kvarstår såsom något slags "nudum jus", åtminstone kunde tänkas fungera såsom en moralisk appell till den som funne sig ha genom domen med orätt befriats från en förpliktelse, att frivilligt fullgöra densamma — ett säkerligen opraktiskt men tänkbart fall — saknar en dylik appell inom straffprocessen varje betydelse, eftersom frivilligt undergående av straff utan dom eller straffföreläggande är en omöjlighet.

En säkerligen riktig förklaring till all den möda, som nedlagts på rättskraftsteoriernas otjänliga konstruktionsförsök, har givits av *Ekelöf*, *Interventionsgrunden* s. 53 f., som framhåller, att de bottna i en önskan "att bringa harmoni mellan rättsmedvetandets krav och rättsordningens faktiska beskaffenhet". Rättskraften är, säger *Ekelöf*, liksom preskriptionen ett institut, som endast kan förstås med utgångspunkt från dess samhällsfunktion, och det vållar därför en viss svårighet att rättfärdiga detsamma inför det på omständigheterna i det särskilda fallet inriktade rättsmedvetandet.

Det kan emellertid icke vara rättsvetenskapens uppgift att söka rättfärdiga ett rättsinstitut inför det allmänna rättsmedvetandet genom teoretiska konstruktioner, som fördunkla institutets verkliga innebörd. Uppgiften måste i stället bli att genom en undersökning av de praktiska skälen för och emot institutet söka klargöra dess existensberättigande. Den ofruktbara problemställningen om rättskraftens "väsen" leder sålunda över till den praktiskt viktiga frågan om rättskraftens rättspolitiska grundval.

medel. I femte och sjätte avdelningarna av RB givas sålunda regler om ordinära rättsmedel. Enligt dessa kan en dom av underinstans normalt inom viss tid underkastas prövning av högre instans. Sedan den föreskrivna fristen utgått utan att rättsmedel mot domen använts, kan däremot förnyad prövning av högre instans i allmänhet icke ernås. Sistnämnda förhållande betecknas i utländsk doktrin ofta såsom ett slag av rättskraft, nämligen formell rättskraft i motsats mot materiell rättskraft. En del av de problem, som uppkomma i samband med användandet av ordinära rättsmedel, äro också otvivelaktigt närbesläktade med frågor om rättskraft enligt den innebörd termen i det föregående givits, nämligen problemen om överrätts befogenhet att ingå i bedömande av i lägre instans prövade rättsfakta, då en dom endast i viss del överklagats eller överklagats endast av ena parten. Dessa problem ha emellertid vanligen brukat behandlas i rättsmedelsläran och skola i allmänhet icke heller beaktas i detta arbete. Det förhållandet, att en dom icke kan angripas med ordinärt rättsmedel betecknas i svenskt rättspråk heller icke som rättskraft utan som laga kraft.¹² Här må emellertid understrykas det samband mellan reglerna, som består i att domens laga kraft utgör en förutsättning för dess rättskraft.¹³

Från förbudet mot omprövning av en dom, som vunnit laga kraft, dispenserar under vissa extraordinära förutsättningar. Härom handlar sjunde avdelningen av RB, som innehåller bestämmelser om särskilda rättsmedel. Att många av de problem, som uppkomma vid tillämpning av bestämmelserna om särskilda rättsmedel och vid tillämpningen av rättskraftsreglerna, äro tämligen heterogena, torde knappast behöva närmare belysas. Det kan däremot vara lämpligt att redan i detta sammanhang fästa uppmärksamheten på en viktig beröringspunkt, nämligen att omfånget av domens negativa rättskraftsfunktion och tillämpningsområdet för reglerna om resning till men för den tilltalade måste antagas sammanfalla. Det vore otvivelaktigt föga lämpligt, att åklagare eller målsägande i en situation, som uppfyller förutsättningarna för resning i 58:3 RB, kunde efter gottfinnande välja mellan resning och instämmande av ny talan till första instans. Viktigt är emellertid framför allt, att i en situation, då någon av de i 58:3 RB uppställda resningsförutsättningarna brister, förutsättningen icke göres illusorisk genom att ny talan i första instans upptages till prövning. Av det sagda framgår, att bestämningen av rättskraftens omfång måste ske under

¹² Se t. ex. inom doktrinen *Agge*, *Civildomens rättskraft* s. 51 f., *Kallenberg* s. 1303 f. och *Ekelöf*, *Interventionsgrunden* s. 36 not 1 samt *Hassler* s. 268 f.

¹³ Detta föreskrives uttryckligen i 17:11 och 30:9 RB.

beaktande av resningsreglernas utformning. Härtill återkomma vi närmare nedan.¹⁴

IV. Brottmålsdomens *negativa* rättskraftsfunktion innebär, såsom i det föregående antytts, att domen utgör rättegångshinder i förhållande till nytt åtal för den prövade gärningen. Därigenom uteslutes bl. a. möjligheten att samma gärning i flera olika rättegångar oberoende av varandra belägges med det straff, den kan anses förskylla jämlikt ett visst lagrum, liksom även att samma gärning i flera skilda etapper föranleder straff jämlikt flera olika lagrum, vilka icke konstituera brottskonkurrens, exempelvis 10:1 och 14:13 SL vid misshandel av ämbetsman. Detta resultat följer emellertid redan av den i de olika straffbuden uttryckta värderingen av ett brottsligt förfarande. Ett förbud mot dylik dubbelbestraffning kan sålunda härledas redan ur de straffrättsliga reglernas utformning och måste upprätthållas alldeles oberoende av om en regel om avvisning av nytt åtal erkännes eller icke. Däremot är det klart, att de straffrättsliga reglerna icke lägga hinder i vägen för åklagare eller målsägande att i nytt åtal göra gällande, att domstolen i domen utmätt för lågt straff inom den tillämpliga straffskalan eller åberopat för lindrigt lagrum, samt på denna grund yrka straffskärpning. Här griper i stället den negativa rättskraftsfunktionen in, baserad på andra ändamålsöverväganden än förbudet mot dubbelbestraffning.¹⁵ Med hänsyn till att sålunda sistnämnda förbud och domens negativa rättskraftsfunktion vila på olika rättspolitiska synpunkter, synas de lämpligen böra särhållas.¹⁶

V. Från eventuella regler om brottmålsdoms *positiva* rättskraftsfunktion böra särskiljas vissa andra regler, enligt vilka en dom i brottmål har betydelse i senare rättegång. Enligt ett flertal bestämmelser inom såväl den civilrättsliga som den straffrättsliga lagstiftningen anges såsom rättsfaktum det förhållandet, att en brottmålsdom av visst innehåll föreligger. Från civilrätten kan nämnas 11:11 GB, som föreskriver, att make äger vinna skillnad i äktenskapet, om andra maken dömts till straffarbete i tre år eller svårare straff eller till internering i säkerhetsanstalt. Från straffrätten må anföras följande exempel. Enligt 4:14 SL skall straff för vissa brott regelmässigt ådömas med tillämpning

¹⁴ Se nedan s. 135 ff.

¹⁵ Dessa ändamålsöverväganden skola redovisas nedan i kapitel 1.

¹⁶ Motsvarande synpunkter ha för civilprocessens del mutatis mutandis uttalats av Olivecrona, s. 217 f. och Ekelöf, Civilprocessen s. 250. En motsatt uppfattning inom straffprocessen framgår däremot av åtskilliga uttalanden i tysk praxis. Se t. ex. RGSt 13 s. 146, 14 s. 258, 25 s. 27, 35 s. 367, 41 s. 152 och 43 s. 60. Det förtjänar även framhållas, att Hagströmer, I s. 721, talar om "satsen ne bis in idem i dess materiella betydelse".

av en strängare bestämmelse än eljest, om brottet förövats efter det att den tilltalade genom laga kraftvunnet utslag dömts för brott, som avses i 12 eller 20—23 kap. SL. Enligt 3 § andra stycket lagen om villkorlig dom jämfört med första stycket samma lagrum får villkorlig dom under övriga i lagen givna förutsättningar meddelas allenast såframt synnerliga skäl därtill föranleda, om den tilltalade under de fem åren närmast före brottet erhållit villkorlig dom, som ej avsett förvandlingsstraff för böter. I lagen 13 april 1945 om ersättning åt oskyldigt häktade eller dömda m. fl. stadgas bl. a., att den som häktats såsom misstänkt för brott, om han sedermera frikännes, i allmänhet äger erhålla ersättning av allmänna medel.

Regler av denna art torde icke lämna något utrymme för en positiv rättskraftsfunktion. Det karakteristiska för denna är ju att en dom skall, såvitt avser därigenom prövade rättsfakta, läggas till grund för avgörandet i senare rättegång. Enligt ifrågavarande regler angives emellertid såsom relevant rättsfaktum endast, att en dom av visst innehåll föreligger, och frågan om existensen av de fakta, som genom domen prövats, saknar enligt lagens ordalag betydelse. Enligt återfallsregeln i 4: 14 SL förutsättes exempelvis för återfallsstraff att den tilltalade, innan han begått det aktuella brottet, *dömts* för återfallsgrundande brott. Här finnes tydligen intet utrymme för en särskild regel av innebörd att domen, såvitt avser prövade rättsfakta, skall läggas till grund för avgörandet, eftersom existensen av dessa rättsfakta icke enligt ordalagen i 4:14 SL tillagts någon betydelse.¹⁷ Före 1942 års ändringar i SL utsatte däremot lagen i vissa fall särskilt straff för den som flera gånger *begått* visst brott under förutsättning att återfallet skett sedan inculpaten till fullo undergått straff för det första brottet.¹⁸ Genom att lagen sålunda bland förutsättningarna för återfallsstraff upptog, att den tilltalade begått det första brottet, uppkom spörsmålet, huruvida denna förutsättning skulle självständigt prövas i den senare rättegången, eller om den på grund av en tidigare fällande dom alltid skulle betraktas som uppfylld. Det senare alternativet kan sägas ha inneburit en form av positiv rättskraftsfunktion.¹⁹ Det skall naturligen icke förnekas, att man uppnår samma resultat genom å ena sidan en regel, som anknyter viss

¹⁷ I detta sammanhang kan bortses från domstolens befogenhet att på grund av särskilda skäl underlåta att ådöma återfallsstraff. Såsom sådant särskilt skäl kan naturligen domstolen betrakta, att den finner sig övertygad om att den tilltalade tidigare icke bort dömas för återfallsgrundande brott.

¹⁸ Se sålunda 20:10 och 11 samt 21:3 SL jfrda med 4:11 samma lag i lagrummens lydelse före den 1 januari 1943.

¹⁹ Se *Kallenberg*, Återfall i brott s. 111 ff. och *Agge*, Processföremålet s. 41 med not 2. Jfr beträffande dansk rätt *Hurwitz* s. 816 f.

rättsföljd till förhandenvaron av en fällande dom för visst brott och å andra sidan en regel, som för samma rättsföljd uppställer såsom förutsättningar dels att den tilltalade begått brottet dels ock att han blivit dömd därför, kompletterad med en regel om domens positiva rättskraftsfunktion. I båda fallen kan en invändning av den tilltalade, att han blivit med orätt dömd för brottet, icke vinna beaktande. Men ur lagteknisk synpunkt föreligger den skillnaden, att domen enligt det första alternativet i den materiella rättsregeln angivits som rättsfaktum, medan man enligt det senare alternativet har att göra med en fristående regel, enligt vilken domen träder i stället för vissa i den materiella rättsregeln angivna rättsfakta.^{19a}

VI. Från en eventuell regel om brottmålsdomens *positiva* rättskraftsfunktion böra vidare skiljas vissa företeelser av helt annan karaktär, som emellertid i praktiken i det övervägande antalet fall torde leda till samma utgång av processen som vid positiv rättskraftsfunktion, nämligen de betydelsefulla rent faktiska verkningar av en tidigare rättegång och dom, som i doktrinen betecknats såsom bevisverkan.²⁰ Med denna term förstås enligt *Ekelöf* "dels att rättegångsprotokoll kunna begagnas i senare process som bevismaterial i och för fri bevisprövning av däri återgivet bevismaterial, dels ock att en domares bedömande av en sak- eller rättsfråga på senare jurisdiktion har en inverkan av samma slag som den högsta instansens prejudikat, om ock svagare och mindre fixerad".²¹

Såsom framgår av denna definition är det tre tämligen disparata företeelser, som sammanfattas under termen bevisverkan, vilken dessutom måste anses i hög grad missvisande.²² Ehuru termen i viss mån synes ha vunnit hävd i det juridiska språkbruket, kan det därför ifrågasättas, om den bör bibehållas. Man kan i stället tala om dels protokol- lens betydelse såsom bevisfakta, dels domens betydelse såsom bevisfaktum och såsom prejudikat.²³ Dessa olika företeelser skola i det följande något beröras var för sig.

Att *protokollen* från en rättegång ha betydelse som bevisfakta i senare

^{19a} Jfr *Eckhoff* s. 319 f.

²⁰ De företeelser, som därmed avses, ha ingående och klargörande behandlats av *Ekelöf*, *Interventionsgrunden* s. 228 ff., till vars framställning i allt väsentligt kan hänvisas. Här ha därför endast några kortfattade anmärkningar upptagits.

²¹ *Ekelöf*, *Interventionsgrunden* s. 236.

²² Främst därför att den ensidigt framhåller verkan vid bevisuppskattningen och icke antyder den betydelse, som tillkommer avgörandet av rättsfrågor. Detta förhållande har även understrukits av *Ekelöf*, *Interventionsgrunden* s. 235 f.

²³ Prejudikat är i detta sammanhang knappast heller en helt lyckad term, eftersom den i allmänhet förbehålles HD:s avgöranden. Trots detta synes den vara att föredraga framför bevisverkan, vilken benämning såvitt gäller betydelsen av en domstols rättsliga bedömande torde vara direkt vilseledande. Se angående termen bevisfaktum *Ekelöf*, *Civilprocessen* s. 20 f. och 336 ff.

process innebär tydligen, att vad däri upptagits kan påverka domstolens övertygelse angående i den senare rättegången relevanta rättsfakta. Att protokoll, som härröra från annan rättegång, åberopas som bevis i ett mål strider visserligen mot principen om bevisomedelbarhet, som ju är en av de ledande grundsatserna i den reformerade processen. Likväl torde det vara alldeles klart, att RB tillåter dylik bevisning. Det förbud mot att åberopa uppteckningar av utsagor, vilket intagits i 35:14 RB, gäller endast uppteckningar som tillkommit "utom rätta". I motiven till lagrummet framhålles särskilt, att förbudet ej avser "rättens protokoll, vare sig dessa härröra från förberedelse eller bevisupptagning utom huvudförhandling eller från annan handläggning".²⁴

Domens betydelse såsom bevisfaktum innebär att det förhållandet, att ett visst rättsfaktum i en dom funnits styrkt, är på samma sätt som annan bevisning ägnat att påverka domstolens övertygelse i senare rättegång, där ifrågavarande rättsfaktum är relevant. Därest icke bevisning förekommer, som i väsentlig mån förringar tilltron till domens riktighet, kan denna t. o. m. "anses som tillräckligt bevis angående de omständigheter, som prövats i domen".²⁵ I sådant fall befrias domstolen från att ompröva det i den första processen framlagda bevismaterialet.

Den försämring i bevishänseende, som en tidigare dom sålunda kan medföra för endera parten, betyder icke, att bevisbördan åvilar honom fränsett eljest gällande bevisbörderegler. Att en part har bevisbördan för ett visst rättsfaktum innebär enligt den inom doktrinen förhärskande uppfattningen, att han får bära nackdelen av att domstolen stannar i ovisshet om detta faktums existens.²⁶ Här är däremot förhållandet det, att domaren anser den tidigare domen utgöra tillräckligt bevis, om vägande skäl för dess oriktighet icke framkomma. Att bevisningens läge på detta sätt svänger från den ena partens förmån till den andras, ofta flera gånger i samma process, allt efter som bevisning framlägges av den ena eller den andra parten, är en i både tvistemål och brottmål vanlig företeelse, som icke bör sammanblandas med bevisbördans fördelning enligt den ovan angivna betydelsen av detta begrepp.²⁷

Med *domens betydelse såsom prejudikat* avses dess betydelse för avgörandet av samma rättsfråga i en senare process. Dels på grund av den auktoritet, som alltid tillkommer ett domstolsavgörande, dels därför att en domstol sannolikt i allmänhet icke anser sig böra frånga ett

²⁴ PLB s. 388.

²⁵ PLB s. 379.

²⁶ Jfr t. ex. *Nial* i SvJT 1930 s. 355 ff. och 1931 s. 50 ff., *Hurwitz*, Tvistemaal s. 140, *Dige* s. 31 och *Hassler* i SvJT 1945 s. 623.

²⁷ Jfr *Ekelöf*, Bevisvärde s. 5 f.

tidigare bedömande och därmed skapa en motsättning mellan två domar utan att vara alldeles säker på att dess uppfattning är den riktiga, lär en part, som har en dom emot sig, stundom vara nödsakad att förebringa starkare skäl än han eljest skulle ha behövt för att vinna bifall till sin uppfattning i en rättsfråga.²⁸

I själva verket torde, såsom ovan antytts, det oförmånliga läge, vari en dom i brottmål rent faktiskt försätter part i senare process, som påstår, att dess bevisuppskattning eller ståndpunkt till en rättslig fråga är felaktig, regelmässigt leda till samma resultat som en eventuell regel om positiv rättskraftsfunktion.²⁹ Om sålunda utgången av den senare processen i det övervägande antalet fall kan antagas bli densamma, vare sig man antager att domen har rättskraft eller icke, bli emellertid konsekvenserna i andra hänseenden väsentligt annorlunda, om domen icke har rättskraft. I vad mån parts befogenhet att förebringa ny bevisning och anföra synpunkter på frågan om domens riktighet kan komma att tvinga domstolarna till en tidsödande omprövning av redan i tidigare rättegång prövat material är vanskligt att förutsäga. En för rättsvetenskapen betydande skillnad kan däremot omedelbart konstateras.

Om domen tillägges en positiv rättskraftsfunktion, blir det för doktrinen en viktig uppgift att klarlägga rättskraftsregelns räckvidd. Antager man däremot icke rättskraft, bli problemen av helt annan art. Intresset knyter sig då icke till en gränsdragning mellan situationer, i vilka domen har betydelse såsom bevisfaktum eller prejudikat och fall, då så icke är förhållandet, utan till en uppskattning av betydelsens storlek. Uteslutet är naturligen icke, särskilt i betraktande av att domstolen även enligt den fria bevisprövningens princip får grunda sitt avgörande endast på objektivt godtagbara grunder,³⁰ att en undersökning av hithörande problem kan leda till uppställandet av vissa mera allmängiltiga riktlinjer, t. ex. angående betydelsen av partsställningen i den tidigare processen. Men i stort sett beror frågan, hur stor betydelse protokollen och domen ha i förevarande hänseende, på omständigheterna i varje särskilt fall, omständigheter i oändliga variationer allt efter innehållet i avgivna vittnesutsagor och annan förebragt bevisning samt de synpunkter som eljest anföras till förringande av tilltron till det tidigare avgörandets riktighet.³¹

²⁸ Det bör i detta sammanhang framhållas, att det i praktiken stundom icke är möjligt att draga en skarp gräns inellan sakfrågor och rättsfrågor och därmed även mellan domens betydelse såsom bevisfaktum och såsom prejudikat. Trots detta torde det emellertid vara av värde att såvitt möjligt särskilja de båda företeelserna.

²⁹ Jfr PLB s. 379 och *Ekelöf*, Interventionsgrunden s. 238.

³⁰ Se t. ex. PLB s. 377 f. och *Guldborg* s. 87 ff.

³¹ Se särskilt *Ekelöf*, Interventionsgrunden s. 237.

§ 3. Regler om brottmålsdomens rättskraft enligt gällande svensk rätt

I. Ett stadgande om brottmålsdomens *negativa rättskraftsfunktion* har införts i 30:9 RB. Enligt detta lagrum får, sedan tid för talan mot dom utgått, fråga om ansvar å den tilltalade för gärning, som genom domen prövats, icke ånyo upptagas. En laga kraftvunnen dom fungerar sålunda såsom rättegångshinder beträffande ny talan mot samme tilltalade om ansvar för samma gärning som prövats genom domen.

Vid tillämpning av nämnda regel i 30:9 RB uppkomma en mångfald intressanta och svårlösta problem. Framför allt gäller detta tolkningen av uttrycket gärning. Särskilt då ett åtal grundas delvis på rättsfakta som prövats i tidigare dom och delvis på förut icke bedömda rättsfakta möta avsevärda vanskligheter att avgöra, om det nya åtalet skall anses gälla samma gärning som tidigare prövats eller om man har att göra med annan gärning. Spörsmålen om gärningsidentitet skola i det följande upptagas till utförlig behandling. Innan vi ingå på en granskning av den negativa rättskraftsfunktionens problem torde emellertid böra undersökas, i vad mån en positiv rättskraftsfunktion av dom i brottmål erkännes enligt gällande svensk rätt.

II. Något stadgande, som innefattar en direkt allmän reglering av frågan om en *positiv rättskraftsfunktion* hos dom i brottmål, återfinnes icke i RB. Det måste därför närmare undersökas, om domen har en sådan funktion. Det synes härvid lämpligt att skilja mellan brottmålsdomens betydelse i ett senare tvistemål och i ett senare brottmål.

A. I förstnämnda hänseende utbildades under ARB:s giltighetstid i praxis regler, enligt vilka en brottmålsdom i åtskilliga situationer utövade en positiv rättskraftsfunktion.³² En dom, varigenom den tilltalade fällts till ansvar för brottsligt förfarande, ansågs sålunda förhindra, att en i senare rättegång framställd skadeståndstalan ogillades, vare sig därför att den tilltalade icke förövat den påstådda gärningen eller på grund av att densamma icke uppfyllde brottsbeskrivningens rekvisit.

³² Härvid åsyftas mål, som enligt nu gällande rätt skulle vara att betrakta som tvistemål. Genom RB:s ikraftträdande har nämligen gränsen mellan tvistemål och brottmål forskjutits. Tidigare betraktades ett mål, där det framställda yrkandet grundade sig på brottslig gärning, i allmänhet såsom brottmål, medan numera den yrkade rättsföljdens karaktär av civilrättslig eller straffrättslig i princip är avgörande för gränsdragningen. Föres talan om enskilt anspråk i anledning av brott i samband med åtal för brottet, skall dock även enligt RB handläggningen av talan om det enskilda anspråket ske i den för brottmål stadgade ordningen. (Jfr 22:1 RB samt PLB s. 36 och 277 f.)

Likaså ansågs en dom, varigenom åtal ogillats, utesluta bifall till skadeståndstalan i senare rättegång, i den mån förutsättningarna för ansvar och skadestånd voro identiska. I sistnämnda regel synes emellertid viss modifikation ha föranletts av partsställningen i den första rättegången. Denna praxis, som sålunda angivits endast till sina huvuddrag, skall här icke göras till föremål för närmare undersökning. Ett av skälen härtill är, att densamma relativt ingående behandlats av ett flertal författare, till vilkas framställningar i detta sammanhang kan hänvisas.³³ Den viktigaste anledningen är emellertid, att problemet i och med RB:s ikraftträdande, såsom i det följande skall påvisas, kommit i ett annat läge än tidigare.

Med avseende på en speciell situation regleras i RB spörsmålet om betydelsen av ett avgörande i ansvarsfråga för avgörandet av talan om enskilt anspråk. 29:6 RB innehåller sålunda i anslutning till spörsmål om omröstning till dom följande regel: "Föres i brottmål talan om enskilt anspråk, vare rättens avgörande i ansvarsfrågan bindande vid prövningen av det enskilda anspråket." Av stadgandets ordalydelse ("i brottmål") framgår, att det endast avser fall, då ansvars- och skadestandsfrågorna avgöras i ett sammanhang. Om nämligen talan om enskilt anspråk upptagits till behandling i samband med åtal men ansvarsfrågan avgöres tidigare, blir den fortsatta behandlingen av det enskilda anspråket att betrakta som tvistemål.³⁴ Av motiven till lagrummet framgår vidare, att bestämmelsen är avsedd att tolkas *e contrario*. Sålunda motiverar PLB stadgandets upptagande "särskilt med hänsyn till att dom i ansvarsfrågan icke är rättskraftigt bindande i ett senare mål angående enskilt anspråk".³⁵

Till mera ingående övervägande har sistnämnda spörsmål upptagits av PLB i motiven till 35:1 RB. Efter att ha diskuterat skälen för och emot en av PK föreslagen bestämmelse om straffdoms bindande verkan i tvistemål, konstaterar PLB, att någon sådan bestämmelse icke upptagits i dess förslag samt anför vidare: "Härav torde följa, att straffdomens verkan i tvistemålet skall bedömas enligt reglerna om fri bevisprövning."³⁶

Avfattningen av det citerade uttalandet synes giva anledning till någon tvekan om dess innebörd. En möjlig tolkning är sålunda, att en regel om positiv rättskraftsfunktion befunnits i och för sig otänkbar

³³ Se sålunda *Agge* i SvJT 1936 s. 241 ff. och 1937 s. 617 ff., *Häckner* s. 107 ff. samt *Olivecrona* s. 167 ff. Jfr *Tirkkonen* s. 721 ff.

³⁴ Jfr 22:5 RB och PLB s. 281 f.

³⁵ PLB s. 339.

³⁶ PLB s. 378 f.

utan stöd av lag. Denna tolkning har emellertid knappast sannolikheten för sig, helst som en dylik regel, såsom ovan påvisats, före RB:s ikraftträdande erkänts i praxis utan uttryckligt lagstöd.

Mera plausibelt förefaller, att man ansett en positiv rättskraftsfunktion strida mot den fria bevisprövningens princip och därför icke kunna antagas utan en klar lagbestämmelse, sedan sistnämnda princip blivit lagfäst i 35:1 RB. Enligt detta alternativ kunde man tänkas ha resonerat på följande sätt. I ett mål angående skadestånd på grund av brottslig gärning utgöras rättsfakta dels av att svaranden förövat gärningen, dels ock av att denna medfört den skada käranden påstår. Dessa rättsfakta skola enligt 35:1 RB bli föremål för fri bevisprövning. Om nu en dom, varigenom svaranden tidigare fällt till ansvar för den brottsliga gärningen, har rättskraft i skadeståndsmålet, innebär det, att den med bindande verkan fastslagit, att svaranden förövat gärningen, varför detta faktum icke kan prövas enligt reglerna om fri bevisprövning.

Det bör emellertid observeras, att man med utgångspunkt från *Olivecronas* och *Ekelöfs* sätt att beteckna de företeelser, som bruka benämnas rättskraft,³⁷ möjligen kan ifrågasätta, om ett dylikt resonemang är hållbart. Föremål för bevisning och därmed även för fri bevisprövning äro ju endast relevanta fakta. Uttrycker man rättskraftsreglernas innebörd så, att de genom domen prövade rättsfakta förlora sin relevans och ersättas av domen såsom rättsfaktum, innebär det, att de genom domen prövade fakta icke längre ha någon betydelse såsom föremål för bevisning. Med denna uppfattning synes man kunna göra gällande, att rättskraftsreglerna icke komma i konflikt med stadgandet om fri bevisprövning, lika litet som exempelvis en regel om preskription, enligt vilken preskriptionen upphäver den relevans, som tidigare tillkommit t.ex. utfärdandet av ett skuldebrev.³⁸

Ytterligare förtjänar framhållas, att oavsett vilken ståndpunkt man intager till nämnda olika betraktelsesätt, 35:1 RB icke kan såsom omedelbar konsekvens medföra avskaffandet av den tidigare erkända positiva rättskraftsfunktionen i dess helhet. Denna innebar ju, att dom-

³⁷ Se ovan s. 18 f. not 10.

³⁸ För norsk rätts del, där problemet efter avskaffandet år 1935 av en uttrycklig regel om fällande straffdoms bindande verkan i tvistemål (§ 186 st. 3 loven om rettergangsmåten for tvistemål) är med hänsyn till en bestämmelse om fri bevisprövning (§ 183 samma lag) i allt väsentligt analogt, har *Eckhoff*, s. 327 not 26, hävdad en likartad uppfattning. Han framhåller, att den fria bevisprövningens princip icke är "til hinder for at andre dommer tillegges bindende virkning i en sivil sak" samt tillägger: "Vel er det det særegne ved straffedommer at de bare uttaler seg om fakta, ikke om rettsforhold. Men dette forhindrer ikke at en også her må sondre mellom rettskraft og bevis". *Olivecrona*, s. 169 f., synes vara av motsatt uppfattning.

stolen icke kunde frångå vare sig bevisuppskattningen eller *den rättsliga värderingen* av fakta i den tidigare domen. I sistnämnda hänseende kan givetvis lagfästandet av den fria bevisprövningens princip icke ha någon omedelbar inverkan, eftersom bevisprövningen icke har något med avgörandet av rent rättsliga spörsmål att skaffa. Låt oss t. ex. antaga, att det i en rättegång mot en bilförare om ansvar för vållande till en kollision funnits styrkt, att han underlåtit att giva signal, och att detta förhållande ansetts konstituera ovarsamhet i lagens mening, varför föraren fällts till ansvar. I senare rättegång om skadestånd finner domstolen det likaledes utrett, att föraren icke givit signal, men är för sin del benägen att anse, att denna omständighet icke under de ifrågasvarande förhållandena kan läggas föraren till last såsom ovarsamhet. Enligt tidigare gällande regler om brottmålsdomens positiva rättskraftsfunktion torde rätten i detta fall icke ha ägt att grunda sitt avgörande på uppfattningen, att föraren icke varit vållande.³⁹ Vid bedömande av hur denna fråga ställer sig enligt RB, räcker det uppenbarligen icke med att åberopa den fria bevisprövningens princip.

En tredje möjlig uppfattning av PLB:s ståndpunkt är slutligen, att man, sedan man diskuterat skäl för och emot en positiv rättskraftsfunktion i senare tvistemål och funnit, att en dylik regel icke bör erkännas, med det citerade uttalandet endast velat framhålla, att regelns avskaffande (och sålunda icke, såsom ordalagen närmast synas giva vid handen, redan det förhållandet, att en uttrycklig bestämmelse icke upptagits i lagen) får såsom konsekvens, att straffdomens verkan i senare tvistemål skall bedömas enligt reglerna om fri bevisprövning.

Det har synts vara av intresse att i anslutning till PLB:s uttalande något diskutera det principiella spörsmålet om betydelsen av stadgandet i 35:1 RB för eventuella regler om positiv rättskraftsfunktion. Såvitt gäller frågan om brottmålsdomens betydelse i senare tvistemål framgår emellertid klart av RB:s förarbeten, att man beträffande bevisuppskattningsfrågorna icke velat tillerkänna brottmålsdomen prejudicerande betydelse. Ehuru rättsspörsmålen icke berörts, torde kunna tagas för givet, att även dessa ansetts böra självständigt prövas i senare rättegång.⁴⁰

³⁹ I många fall är på grund av exculpationsreglerna i lagen 30 juni 1916 ang. ansvarighet för skada i följd av automobiltrafik den omständigheten, att vållande icke styrkts, icke tillräcklig för befrielse från skadeståndsskyldighet. I ett flertal situationer är dock den omständigheten, att vållande icke styrkts, av omedelbar betydelse för skadeståndsskyldigheten.

⁴⁰ En regel, enligt vilken domstolen vid bevisuppskattningen stode fri men i rättsfrågorna vore bunden av ett tidigare avgörande, skulle utan tvivel för parterna framstå såsom ytterst egendomlig och dessutom föranleda mycket stora svårigheter vid tillämpningen. En tungt vägande synpunkt är också den som särskilt av Eng-

Man lär sålunda kunna med säkerhet fastslå, att *brottmålsdomen enligt RB icke har någon positiv rättskraftsfunktion i senare tvistemål*.⁴¹

Denna ståndpunkt synes också vara välgrundad. Den mest vägande synpunkten torde vara, att en fällande dom för en obetydlig förseelse eljest skulle kunna läggas till grund för avgörandet i en rättegång om betydande skadeståndsbelopp, vilket lätteligen kunde föranleda materiellt oriktiga resultat, om den tilltalade i den första rättegången icke nedlagt större möda på sitt försvar, och i all synnerhet om domen medelats trots hans utevaro. Det torde icke vara erforderligt att i övrigt närmare redogöra för skälen för och emot PLB:s ståndpunkt. Dessa ha tämligen utförligt redovisats i ett flertal arbeten, till vilka här må hänvisas.⁴²

B. Frågan om *brottmålsdomens betydelse i senare brottmål* har i allmänhet tilldragit sig avsevärt mindre uppmärksamhet. Tidigare praxis uppvisar endast ett fåtal avgöranden av intresse härvidlag, vilka icke synas tillåta några generella slutsatser och till vilka vi i det följande återkomma.

I förarbetena till RB beröres frågan endast i följande uttalande: "Om den positiva rättskraftsverkan av dom i brottmål ha några bestämmelser icke ansetts böra upptagas i lagen. I allmänhet äger domen materiell betydelse endast för det åtal, som avgjorts genom domen. Frågan, om och i vad mån en tidigare straffdom kan leda till förhöjning av straff vid återfall i brott, regleras av strafflagstiftningen. Då avgörandet i ett tvistemål är beroende av huruvida en brottslig gärning förövats, t. ex. då fråga är om enskilt anspråk på grund av brott, utgår förslaget, såsom närmare utvecklas vid 35 kap. 1 §, från att domen i ansvarsfrågan icke

strömer och *Hassler* framhållits i samband med en diskussion om domstolarnas bundenhet av HD:s prejudikat, nämligen att det knappast är förenligt med svensk rättsuppfattning, att en domstol blir bunden av en rättstillämpning, som den för egen del anser oriktig. (*Engströmer* och *Hassler* i SvJT 1947 s. 288 f.) Om man väl icke hyser betänkligheter mot möjligheten till motstridande domar, föranledda av meningsskiljaktighet angående bevisuppskattningen, synes risken för oförenliga avgöranden heller icke böra föranleda avsteg från principen, att varje domstol självständigt prövar i målet förekommande rättsfrågor.

⁴¹ Det förtjänar emellertid framhållas, att en motsatt regel gäller inom tryckfrihetsprocessen. Detta framgår av 12:14 TFO, som bl. a. innehåller följande: "Då talan utan samband med åtal föres om tryckt skrifts konfiskering eller om enskilt anspråk, gälle om rättegången i sådant mål vad i 2, 10 och 11 §§ är föreskrivet; har skriftens brottslighet tidigare prövats i mål om ansvar för tryckfrihetsbrott, skall dock prövning av skriftens brottslighet ej ånyo äga rum." Avgörande för detta ståndpunkts-tagande har enligt motiven varit, att då jury medverkar i båda eller något av målen, eljest motstridiga avgöranden kunde komma till stånd. (Se SOU 1947:60 s. 283 f.) I detta arbete, som väsentligen begränsas till den ordinära processen, skall någon närmare undersökning av den ifrågavarande lagregelns tillämpning icke företagas.

⁴² Se t. ex. *Olivecrona* s. 169 f., *Solem* s. 112 ff., *Eckhoff* s. 326 ff., *Tirkkonen* s. 721 ff. samt *Hurwitz* s. 818 ff. Jfr även PLB s. 378 f.

är bindande för tvistemålets prövning utan allenast äger bevisverkan”.⁴³ Uttrycket ”i allmänhet” synes lämna rum för antagandet, att PLB icke stått helt främmande för tanken, att brottmålsdomen i något fall kan tilläggas en positiv rättskraftsfunktion i senare brottmål. Det är visserligen med hänsyn till den följande hänvisningen till återfallsregeln sannolikt, att man haft för ögonen endast sådana fall, som ovan behandlats i § 2 under V.⁴⁴ och som där betecknats såsom icke hörande till rättskraftsfallen. Likväl synes det vara av intresse att något närmare undersöka i vilka fall en brottmålsdom kan tänkas utöva en positiv rättskraftsfunktion i brottmål. Härvid kan lämpligen skiljas mellan fall, då olika personer åtalats i de båda rättegångarna, och fall, då flera åtal rikta sig mot samma person.

a. En eventuell positiv rättskraftsfunktion av dom i brottmål mot *annan person än den ursprungligen tilltalade* synes kunna få praktisk betydelse i två olika grupper av fall. Den ena gruppen kännetecknas av att bifall till åtalet förutsätter, att annan person icke begått eller åtminstone icke är straffrättsligt ansvarig för en viss gärning. Den andra gruppen karakteriseras tvärtom av att bifall till åtalet förutsätter, att en annan person begått en gärning, som åtminstone uppfyller de objektiva förutsättningarna för ansvar.

1. Bland fall tillhörande den första gruppen märkas först och främst sådana, där en person fällts till ansvar för ett brott och annan åtalas för samma brott samt omständigheterna äro sådana, att *endast en av dem kan ha begått brottet*. Här uppkommer spörsmålet, om den tidigare domen skall anses utesluta bifall till det senare åtalet. Ett sådant spörsmål förelåg i rättsfallet NJA 1933 s. 216 och löstes där så, att målet förklarades vilande i avbidan på prövning av ansökan om resning i det tidigare målet. Sannolikt var väl detta förfaringssätt ett uttryck för ståndpunkten, att det senare åtalet icke kunde bifallas, med mindre den tidigare domen undanröjdes. Denna ståndpunkt synes också väl motive-rad. Det vore uppenbarligen föga tilltalande, om flera personer dömdes till ansvar för ett brott, som endast en av dem kan vara skyldig till. Att det senare åtalet icke kan bifallas med mindre den tidigare domen undanröjes innebär också en önskvärd garanti för att genom åklagarens försorg resning utverkas i det tidigare målet.⁴⁵

Speciella rättskraftsfrågor av likartat slag kunna aktualiseras i anslut-

⁴³ PLB s. 342.

⁴⁴ Se ovan s. 22 ff.

⁴⁵ Därest den dömde icke hade kännedom om det senare åtalet, kunde domen eljest lätt bli bestående.

ning till särskilda rättsregler, enligt vilka en person är *subsidiärt ansvarig*, dvs. hans ansvarighet är beroende av att en annan person icke kan straffas. Sådana regler om subsidiärt ansvar, som naturligen utgöra undantagsföreteelser, synas bl. a. stundom ha tillämpats i praxis vid s. k. husbondeansvar och möjligen även vid s. k. självständigt företagarsvar.⁴⁶

Om vi utgå från att en företagare på grund av en bestämmelse om husbondeansvar är ansvarig för förseelse som begåtts av en av hans anställda, såframt han icke kan visa, att förseelsen skett utan hans vetskap och vilja, samt att den anställde kan straffas endast om förutsättningarna för husbondeansvar brista, kunna bl. a. följande spörsmål uppkomma. Vi kunna exempelvis tänka oss, att företagaren frikänts, emedan han lyckats styrka, att han icke haft vetskap om förseelsen. Kan den underordnade, om åtal därefter väckes mot honom, till sitt fredande invända, att företagaren frikänts med orätt och att han själv därför icke skall straffas? I enlighet med den allmänna grundsatsen, att en tilltalad icke bör vidkännas inskränkningar i sina möjligheter att försvara sig på grund av utgången av en process, där han icke uppträtt som part, synes spörsmålet böra besvaras jakande. Låt oss däremot antaga, att företagaren fällts till ansvar men att den underordnade likväl åtalas. Kan han icke i denna rättegång göra gällande, att på grund av domens rättskraft den förutsättning för hans straffbarhet brister, som består i att företagaren icke är straffbar?⁴⁷ En positiv rättskraftsfunktion av domen skulle här innebära två beaktansvärda fördelar, nämligen dels att den underordnade efter fällande dom mot företagaren ägde trygghet dels ock en garanti för att den tidigare domen på initiativ av åklagaren verkligen undanröjdes, om det visade sig, att företagaren

⁴⁶ Se härom *Thornstedt* s. 302 ff. och s. 194 ff. Angående terminologien må hänvisas till *Thornstedt* s. 96 ff. — Subsidiärt ansvar kan även ådömas inom tryckfrihetsprocessen på grund av TFO:s regler om ansvarigheten för tryckt skrift. De resjudicataspörsmål, vartill nämnda regler kunna ge anledning, skola här icke närmare behandlas. Framhållas må endast, att stadgandet i 12:14 TFO, enligt vilket avgörandet av ansvarsfråga är bindande vid prövningen av enskilt anspråk, enligt motiven är avsett att tolkas e contrario. (Se SOU 1947:60 s. 283 f.) Sannolikt har man därvid dock främst haft för ögonen fall, då talan om enskilt anspråk förts i tidigare rättegång.

⁴⁷ Det är givetvis en utomordentligt opraktisk situation, att en åklagare söker få den underordnade fälld under återopande av att en tidigare fällande dom mot företagaren är oriktig. Därav följer emellertid icke, att resjudicatafrågan behöver vara opraktisk. Att även den underordnade åtalas, kan nämligen bero på att åklagaren anser, att denne är självständigt ansvarig. Hyser domstolen samma mening uppkommer icke något resjudicataspörsmål. Men så blir fallet, om åklagare och domstol ha olika uppfattningar i frågan, huruvida ansvaret är självständigt eller subsidiärt, en situation som lätt kan inträffa med hänsyn till den ovisshet som på många punkter råder om innebörden av reglerna om företagarsvar.

dömts med orätt. En dylik ståndpunkt torde knappast innefatta ett obehörigt tillbakasettande av intresset av straffsanktionens effektivitet.⁴⁸

Likartade spörsmål kunna uppkomma i misshandelsmål vid *invändning om nödvärn*. Som exempel kan anföras följande fall. A har åtalats för misshandel av B men frikänts i brist på bevis. B åtalas för misshandel av A vid samma tillfälle men invänder, att han handlat i nödvärn, emedan A angripit och börjat misshandla honom. Skall den tidigare domens rättskraft anses förhindra, att B:s invändning om nödvärn godtages? I ett rättsfall före RB:s ikraftträdande har denna fråga besvarats nekande.⁴⁹ Denna ståndpunkt synes också ha goda skäl för sig. B torde, i all synnerhet om han icke uppträtt som part i rättegången mot A, ha ett berättigat intresse av att domstolen ingår i saklig prövning av hans invändning.

Har däremot exempelvis A dömts för misshandel av B kan det synas vara en rimlig ståndpunkt, att i senare rättegång mot B om ansvar för att han vid tillfället skulle ha misshandlat A, en av B framställd invändning om nödvärn med hänsyn till domen under vissa omständigheter skall godtagas.⁵⁰ Överhuvud möter naturligen mindre betänklighet mot att tillerkänna brottmålsdomen rättskraft i mål mot annan tilltalad,

⁴⁸ Det kan också inträffa, att det är den underordnade, som åtalats i den tidigare rättegången. Här kan särskilt uppkomma spörsmålet, om företagaren, sedan den underordnade fällts till ansvar, skall frikännas, emedan därmed är avgjort, att förutsättningarna för husbondeansvar icke föreligga. Möjligen skulle NJA 1943 s. 76 kunna anses tyda på ett nekande svar. (En sannolikare förklaring till utgången i detta fall är dock att den underordnades ansvar ansetts självständigt. Jfr NJA 1946 s. 605 och *Thornstedt* s. 201.) Denna ståndpunkt synes också mest ändamålsenlig, emedan i rättegången mot den underordnade icke kunna med större grad av tillförlitlighet avgöras de subjektiva förutsättningarna för ansvar hos en person, som icke varit åtalad och måhända icke ens hörts i rättegången. Problemet är f. ö. ägnat att belysa de vanskligheter, som de egenartade reglerna om subsidiärt ansvar medföra, när det gäller att nå ett materiellt riktigt resultat i rättegången mot den underordnade. — Ett ytterligare exempel på de säregna problem, som det subsidiära ansvaret kan föranleda, erbjuder rättsfallet NT 1876 s. 407. En person åtalades tillsammans med sin hustru och dotter för olovlig brännvinsförsäljning. HR:n dömde endast mannen och uttalade därvid, att han jämlikt en åberopad bestämmelse om husbondeansvar skulle ensam svara för brottet. Utslaget överklagades icke av åklagaren men väl av mannen, som i HovR:n friade sig med väremålsed. Därefter åtalades dottern på nytt, enär hon enligt åklagarens uppfattning vid sådant förhållande borde svara för försäljningen. Underinstanserna fällde henne till ansvar, medan HD fann res judicata föreligga. HR:ns utslag i det första målet ansågs sålunda utgöra ett frikännande av dottern, vilket vunnit laga kraft mot åklagaren. Tydligen var det här fråga om en negativ rättskraftsfunktion.

⁴⁹ NJA 1900 s. 62. (A hade friat sig från åtalet genom väremålsed.)

⁵⁰ Det är naturligen möjligt, att två personer kunna ha misshandlat varandra vid samma tillfälle under sådana omständigheter, att ingen av dem kan sägas ha handlat i nödvärn. Är situationen sådan, kan den tidigare domens rättskraft givetvis icke förhindra bifall till det senare åtalet. Den tidigare domen lär heller icke kunna förhindra, att den sist åtalade dömes på grund av nödvärnsexcess.

om denne kan åberopa domen till sin fördel, än om den åberopas mot honom.

I detta sammanhang böra slutligen uppmärksammas reglerna om *ärekränkande beskyllning för brott och sanningsbevisning* vid åtal för sådan ärekränkning. Den som åtalats för ärekränkning, bestående i att han beskyllt annan för brott, kan enligt 16:13 SL icke till sitt fredande åberopa annan bevisning angående beskyllningens sanning än laga kraftvunnen fällande dom för brottet. Föreligger en dylik dom, uppkommer spørgsmålet, om målsäganden i ärekränkingsprocessen kan göra gällande, att den fällande domen mot honom var oriktig och att den tilltalade därför trots domen bör fällas till ansvar för ärekränkning.⁵¹ Frågan torde böra besvaras nekande. Eljest skulle bl. a. uppkomma den egenartade situationen, att målsäganden väl kunde förebringa bevisning till styrkande av domens oriktighet, medan den tilltalade icke ägde motbevisa den nya bevisning, målsäganden till äventyrs kunde åberopa. Med hänsyn till denna konsekvens, som icke torde kunna accepteras, synes man kunna konstatera, att fällande brottmålsdom kan utöva en positiv rättskraftsfunktion i ärekränkingsmål.⁵²

2. Bland fall, där en dom i brottmål kan tänkas utöva en positiv rättskraftsfunktion i rättegång mot annan tilltalad återstå att undersöka sådana, där bifall till åtalet förutsätter, att en annan person begått en gärning, som uppfyller åtminstone de objektiva förutsättningarna för ansvar. Hit hör framför allt *medverkan till brott*, men liknande problem uppkomma vid ansvar för handlingssätt, kriminaliserade som *delicta*

⁵¹ Så till vida är tydligen regeln i 16:13 SL analog med regeln i 4:14 SL och övriga i § 2 under V. behandlade regler, som domen utgör en nödvändig förutsättning för rättsföljden, här befrielse från straff. En skillnad föreligger emellertid därigenom, att domen icke i lagen angivits såsom rättsfaktum utan endast som bevis för det rättsfaktum, beskyllningens sanning, som här är relevant. Härigenom uppkommer ett problem som icke har någon motsvarighet vid den nu gällande återfallsregeln och andra därmed jämställda regler, nämligen huruvida domen också alltid utgör tillräcklig förutsättning för rättsföljdens inträde. Detta problem torde kunna betecknas som ett rättskraftsproblem.

⁵² Beträffande tidigare praxis i ärekränkingsmål må främst hänvisas till plenimålet NJA 1922 s. 553. En person, som åtalats för att ha beskyllt annan för brott, väckte åtal mot denne för brottet. Detta åtal ogillades, men så blev fallet även med en rekonventionstalan för falskt åtal. Bedömandet av rekonventionstalan ansågs icke förhindra bifall till talan i ärekränkingsmålet. (Motsatt utgång i de tidigare rättsfallen NJA 1886 s. 186, 1898 s. 101 och 1921 s. 75.) HD:s ståndpunkt torde förklaras av att sannolika skäl, som grundade befrielse från ansvar för falskt åtal, icke tillika grundade befrielse från ansvar för beskyllning för brott. För befrielse från ansvar för ärekränkning, bestående i beskyllning för brott, har däremot i ett rättsfall av gammalt datum ansetts tillräckligt, att i dom mot den beskyllde konstaterats, att besvärande bevisning förelegat mot honom. Se NJA 1899 s. 154. Icke av något av de anförda fallen synes kunna utläsas, att målsäganden i ärekränkingsprocessen skulle ha ansetts äga bestrida domens riktighet.

sui generis, då för straffbarhet kräves förhandenvaron av ett förbrott, exempelvis vid häleri.

Enligt tidigare gällande regler om ansvar för delaktighet i brott utgjordes en förutsättning för delaktighetsansvar av att gärningsmannen var straffbar. Denna regel kompletterades i praxis med regler om s. k. medelbart gärningsmannaskap, t. ex. då gärningsmannen icke kunde fällas till ansvar på grund av otillräknelighet. Genom de nya reglerna om medverkan till brott har i princip kravet på gärningsmannens straffbarhet såsom förutsättning för medverkansansvar slopats. Huruvida en dylik förutsättning kräves vid ansvar för efterbrott, exempelvis häleri, är en fråga, som är vanskligare att generellt besvara. Att åtminstone i vissa situationer ansvar kan inträda, även om förövaren av förbrottet av subjektiva skäl går fri, torde dock vara klart.⁵³

Även om sålunda det subjektiva rekvisitet hos gärningsmannen saknar betydelse för medverkansansvar och åtminstone vanligen även vid ansvar för efterbrott, är det uppenbart, att resjudicatspörmål kunna uppkomma, emedan ansvar för medverkan resp. efterbrott förutsätter en av annan person förövad gärning, som åtminstone uppfyller de objektiva rekvisiten för straffbarhet. Då ansvar för medverkan och efterbrott i nämnda hänseende synas böra bedömas på samma sätt, skall för enkelhetens skull det följande resonemanget begränsas till medverkansfallen.

Låt oss t. ex. antaga, att A frikännts från åtal för brott, emedan han icke kunnat övertygas om att ha begått den åtalade gärningen. Är det möjligt, att B trots detta kan fällas till ansvar för anstiftan av A? Och omvänt: om A fällts till ansvar eller förklarats saker till brottet men straffri jämlikt 5:5 SL, kan B då till sitt fredande från åtal för att ha anstiftat A göra gällande, att A:s gärning icke uppfyller de objektiva brottsrekvisiten?

De ifrågavarande problemen kunna lösas på i huvudsak tre olika sätt, vilka samtliga funnit förespråkare. I *svensk doktrin* har *Agge* förfäktat satsen, att då den i ett mål avgjorda skuldfrågan äger relevans i ny process, domen bör äga rättskraft i de avseenden, där skuldfrågan äger betydelse. Såsom exempel härpå uttalas bl. a., att "ett utslag som konstaterar den brottsliges skuld kan i en ny rättegång mot medgärningsmän till brott icke till sin riktighet bestridas".⁵⁴ Tydligen blir konsekvensen också, att en dom, som frikänner gärningsmannen, emedan han icke funnits övertygad att ha begått gärningen, utesluter bifall till

⁵³ Jfr *Ekeberg-Strahl-Beckman* s. 215 f.

⁵⁴ *Agge* i SvJT 1937 s. 633.

en talan mot annan person om ansvar för medverkan, bestående i exempelvis anstiftan av den frikände.

En rakt motsatt lösning har i allmänhet accepterats i *tysk* rätt, där bl. a. RG i ett rättsfall uttalar följande: "Jedem Angeklagten gegenüber sind die Voraussetzungen der Strafbarkeit selbständig zu prüfen".⁵⁵

En förmedlande ståndpunkt intager den *franska* rätten, enligt vilken en fällande dom eller en dom som frikänner i brist på bevis eller på grund av en "exception personnelle au prévenu" visserligen icke har rättskraft i en rättegång mot medverkande men däremot en dom som frikänner på grund av, att "le délit n'existait pas ou que le fait objet de la poursuite n'était pas punissable" har rättskraft i sådan rättegång.⁵⁶

Av de olika linjer, som de anförda lösningarna representera, är den *franska* rättens måhända den mest tilltalande. Att tillerkänna en fällande dom rättskraft i mål mot medverkande torde innebära ett oberättigat eftersättande av den tilltalades möjligheter att försvara sig. Med hänsyn till medverkandes trygghet synes det däremot vara en ganska rimlig ståndpunkt, att en för medverkan åtalad skall frikännas, om den gärning, vartill han påstås ha medverkat, i rättegång mot annan person befunnits icke ha ägt rum eller icke motsvara de objektiva rekvisiten i någon brottsbeskrivning. Det synes knappast heller obefogat — ehuru detta måhända icke har lika starka skäl för sig — att detsamma gäller i fall, då den tidigare domen blivit frikännande i brist på bevis och bifall till det senare åtalet skulle förutsätta, att den tidigare domen var oriktig, exempelvis då det senare åtalet gäller anstiftan av den frikände.

Såsom sammanfattning av det ovan under a. anförda kan framhållas följande. Det synes vara en väl motiverad ståndpunkt, att brottmålsdomen icke har rättskraft till men för den tilltalade i senare rättegång. Starkare skäl synas däremot tala för att domen har en positiv rättskraftsfunktion, då den tilltalade kan åberopa den till sin fördel. Särskilt gäller detta i ärekränkningssmål, där inskränkningarna i den tilltalades befogenhet att föra sanningsbevisning eljest skulle leda till föga rimliga konsekvenser. Avsevärd styrka ha också ändamålssynpunkterna, då ett bifall till åtalet skulle innebära antagandet, att en annan person genom den tidigare domen med orätt fällts till ansvar.

b. Även i rättegång mot *samme tilltalade* kan en dom i brottmål

⁵⁵ RGSt 39 s. 408. (Detta rättsfall gällde dock icke ansvar för medverkan.) Jfr angående doktrinen hos *Siegert*, s. 295 f., anförd litteratur. *Siegert* själv anser däremot brottmålsdomen böra tillerkännas en positiv rättskraftsfunktion i rättegång mot medverkande.

⁵⁶ Jfr *Hélie* I s. 654 f. och där anförda rättsfall samt *Vidal* s. 797 ff. Jfr dock *Donnedieu de Vabres* s. 887 f.

tänkas utöva en positiv rättskraftsfunktion. Härvid komma först och främst i betraktande fall, då domstolen har att taga ståndpunkt till *den rättsliga värderingen av ett moment i ett likartat förfarande*, som prövats i tidigare rättegång. Vi kunna exempelvis tänka oss, att en person dömts jämlikt 18:13 SL för att ha försålt en sedlighetssårande skrift. Sedermera uppdagas, att han vid andra tillfällen försålt andra exemplar av samma skrift, och han åtalas för dessa försäljningar.⁵⁷ Kan domstolen i den senare rättegången frikänna den tilltalade på den grund, att den finner skriften icke vara sedlighetssårande? Frågan torde böra besvaras jakande. Visserligen kunna härigenom uppkomma motstridande domar, men ett tyngre vägande skäl synes vara, att den tilltalade bör givas möjlighet att i varje rättegång om ansvar till självständig prövning få upptagna samtliga de omständigheter, som kunna föranleda befrielse från ansvar. Särskilt viktigt är detta med hänsyn till att tilltalad enligt 46:15 RB i viss utsträckning kan dömas till ansvar utan hinder av sin utevaro. En sådan dom bör icke kunna förhindra domstolen i en senare rättegång mot samme tilltalad, där samma rättsfrågor äro av betydelse, att fästa det avseende vid den tilltalades argumentering i rättsfrågorna, vartill den finner fog.

Antager man däremot, att den tidigare domen var frikännande, blir spørgsmålet mera tvivelaktigt. Hade den tilltalade i det förut anförda exemplet frikänts, när skriften icke ansetts sedlighetssårande, kunde det synas rimligt, att han kunde förlita sig på att ej heller andra försäljningar av samma skrift kunde föranleda straff. Ansåges res judicata föreligga, skulle därav emellertid följa, att den tilltalade för framtiden skulle kunna ostraffat försälja hur många exemplar som helst utan möjlighet till inskridande, eftersom resning enligt svensk rätt icke kan förekomma till men för tilltalad på grund av oriktig lagtillämpning. Detta är uppenbarligen icke ett helt tillfredsställande resultat, åtminstone om den tidigare rättegången icke fullföljts till högsta instans. Å andra sidan synes rimligt, att den tilltalade, även om domstol i senare rättegång finner skriften sedlighetssårande, bör undgå straff för försäljningar, som han företagit i förlitande på domens riktighet.⁵⁸ Dessa båda synpunkter

⁵⁷ I detta och liknande fall kan fråga uppstå, om de olika förfarandena utgöra en gärning och därför 30:9 RB blir tillämplig, särskilt om de tillsammans utgöra endast ett brott. Se härom nedan s. 224 ff. I detta sammanhang utgå vi emellertid från antagandet, att de olika förfarandena utgöra skilda brott och skilda gärningar.

⁵⁸ I tysk rätt har denna synpunkt emellertid icke ansetts utslagsgivande, utan förfaranden av samma karaktär, företagna efter en dom, som frikänt den tilltalade, emedan förfarandet ansetts lagligt, ha ansetts kunna föranleda straff. Se sålunda RGSt 5 s. 101. Jfr *Dohna* s. 218.

kunna emellertid förenas, om man antager, att den tidigare domen icke utgör res judicata men väl kan grunda en ursäktlig villfarelse angående förfarandets laglighet.⁵⁹ Resultatet blir då, såvitt avser försäljningar efter domen, att den tilltalade icke kan omedelbart fällas till ansvar utan skall frikännas på grund av ursäktlig villfarelse angående skriftens karaktär, därest domstolen finner den sedlighetssårande. Ytterligare försäljningar, som företagits efter sistnämnda dom, kunna däremot straffbeläggas. Såvitt avser försäljningar, företagna före den första domen, utgör, om res judicata icke antages, denna icke hinder mot fällande dom. Detta är med hänsyn till den tilltalades trygghet måhända icke helt tillfredsställande, men trygghetsintresset framträder här knappast med den styrka, att det motiverar ett undantag från regeln, att domstolen skall självständigt pröva i målet förekommande rättsfrågor. Särskilt om det visar sig, att den tilltalade tidigare sålt skriften i betydligt större utsträckning än ursprungligen antagits, kan det dessutom tydligen föreligga ett tämligen avsevärt intresse att få frågan om skriftens beskaffenhet omprövad.

Det föregående har utgått från antagandet, att de båda rättegångarna röra skilda förfaranden av den tilltalade, låt vara att den rättsliga värderingen av ett moment i förfarandet (i exemplet skriftens beskaffenhet) är av betydelse i dem båda. I vad mån något utrymme finnes för en positiv rättskraftsfunktion vid bedömande av *ett och samma förfarande* av den tilltalade är ett spørsmål, som är beroende av tillämpningen av 30:9 RB. Tolkar man uttrycket gärning i detta lagrum så vidsträckt, att samma gärning anses för handen, så snart ett tidigare bedömt förfarande ingår i grunden för nytt åtal, finnes tydligen icke något utrymme för en positiv rättskraftsfunktion. Så blir däremot fallet, om gärningsbegreppet enligt 30:9 RB gives en snävare tolkning. Följande exempel må belysa det sagda. En person har åtalats för förskingring men frikänts, exempelvis emedan det icke funnits styrkt, att han tillgripit några anförtrödda medel. Sedan domen vunnit laga kraft, väckes åtal för grov förskingring, baserat på samma rättsfakta som prövats genom domen i förening med det påstådda rättsfaktum, att

⁵⁹ Spörsmålet om villfarelse såsom straffrihetsgrund skall här icke närmare behandlas. Framhållas må endast, att svensk rätt icke synes helt främmande för tanken, att myndighets åtgärd eller ståndpunktstagande till ett rättsspörsmål kan åberopas såsom grund för straffrihet på grund av villfarelse. Se i praxis NJA 1917 s. 266 samt SvJT 1943 rf. s. 63 (underrättens utslag, som i denna del icke överklagades) och NJA 1948 s. 384. Jfr dock SvJT 1935 rf. s. 64. Inom doktrinen må hänvisas till *Hagströmer* I s. 164 ff., särskilt s. 167 och *Stjernberg*, Grundlinjer s. 148 samt för dansk och norsk rätts del *Hurwitz* s. 812 not 10 och *Eckhoff* s. 322. Inom skadeståndsrätten synes motsvarande tankegång ha gjort sig gällande i NJA 1944 s. 220.

den tilltalade för att dölja förskingringen begagnat sig av vilseledande bokföring. Anses detta åtal röra samma gärning som prövats genom den tidigare domen, skall det tydligen avvisas med tillämpning av 30:9 RB. Anses det däremot gälla annan gärning, skall åtalet upptagas till prövning. I sådant fall kunde den tidigare domen tänkas utöva en positiv rättskraftsfunktion, som förhindrade bifall till åtalet, eftersom den tilltalade enligt domen överhuvud icke gjort sig skyldig till förskingring och följaktligen heller icke kan ha begått grov förskingring. Ur straffrättslig synpunkt blir resultatet i dessa fall detsamma. Skillnaden framträder emellertid, om man förändrar exemplet så, att den tidigare domen var fällande. Antager man samma gärning, skall åtalet även i detta fall avvisas. Antager man däremot annan gärning, skall åtalet prövas, och i detta fall utgör en positiv rättskraftsfunktion av domen icke hinder mot bifall.

Såvitt angår fall av den sist behandlade typen har avsikten i detta sammanhang huvudsakligen varit att antyda det nära sambandet mellan utformningen av den negativa rättskraftsfunktionen och eventuella regler om positiv rättskraftsfunktion. Vi få i det följande tillfälle att flerstädes närmare belysa och kommentera detta samband.⁶⁰

Av den föregående översikten över situationer, i vilka en brottmålsdom kunde tänkas utöva en positiv rättskraftsfunktion i senare brottmål, torde framgå, att ändamålsavvägningen i dessa fall blir en annan och måhända stundom mera vanskelig än vid frågan om brottmålsdomens betydelse i senare tvistemål. I åtskilliga av dessa situationer synas starka skäl tala för antagande av res judicata secundum eventum litis, nämligen i fall, då den tilltalade kunde åberopa en tidigare dom till sin förmån. Av PLB:s ovan citerade uttalande, att domen i allmänhet har materiell betydelse endast för det åtal, som avgjorts genom domen, framgår emellertid, att någon positiv rättskraftsfunktion i senare brottmål i allmänhet icke är åsyftad. Särskilt med hänsyn till att domens betydelse såsom bevisfaktum och prejudikat i det övervägande antalet fall torde komma att leda till samma resultat som en eventuell positiv rättskraftsfunktion, lär man därför kunna utgå från att praxis icke kommer att erkänna en dylik rättskraftsfunktion — med undantag för ärekränkningssmålen, där reglerna om sanningsbevisning synas nödvändiggör ett motsatt resultat.⁶¹ I stort sett torde väl också denna ståndpunkt vara tillfredsstäl-

⁶⁰ Se särskilt nedan s. 139 ff.

⁶¹ För dansk rätts del har *Hurwitz*, s. 816 ff., hävdatt att straffdomen icke bör tilläggas någon positiv rättskraftsfunktion i brottmål. Se vidare hos *Hurwitz*, a. st., citerad litteratur. Denna uppfattning synes också i allmänhet förfäktas i norsk rätt. Se *Eckhoff* s. 319 ff. med hänvisningar.

lande, även om den mera ofullständigt tillgodoser trygghetssynpunkten än en regel om positiv rättskraftsfunktion till förmån för den tilltalade.

Den företagna undersökningen av frågan, i vad mån brottmålsdomen har en positiv rättskraftsfunktion enligt gällande svensk rätt, har utmynnat i resultatet, att en dylik funktion torde erkännas endast i ett fåtal mycket speciella fall. *Problemen om brottmålsdomens rättskraft begränsa sig sålunda i gällande rätt väsentligen till den negativa funktionen* enligt 30:9 RB, dvs. domens betydelse såsom rättegångshinder, på vilken den följande undersökningen skall inriktas.⁶² Framställningen kommer därvid att indelas i två huvudavdelningar, den förra upptagande vissa grundläggande frågor av allmän räckvidd och den senare innehållande en mera kasuistisk undersökning av regelns tillämpning i olika situationer.

⁶² Frågor om positiv rättskraftsfunktion skola i det följande beröras endast i den mån de äro ägnade att belysa konsekvenserna av olika tolkningar av nämnda lagrum.

AVDELNING I

Grundläggande frågor

Kap. 1

Avvisningsregelns praktiska funktion

För genomförandet av en rättsvetenskaplig undersökning enligt modern teleologisk metod är det av stor vikt att i möjligaste mån exakt fastställa de rättspolitiska synpunkter, som ligga till grund för ett visst rättsinstitut. Särskilt betydelsefull blir denna uppgift, när det gäller ett regelkomplex av sådan typ som rättskraftsinstitutet i brottmål, vars närmare utformning av lagstiftaren lämnats öppen, och där vägledande rättsfall i högsta instans blott relativt sparsamt förekomma. Den rättspolitiska grunden blir här ofta i det närmaste exklusivt tolkningsdatum.

Att med någon grad av säkerhet bedöma, vilka synpunkter som främst ansetts motivera införandet av avvisningsregeln i 30:9 RB och än mer det inbördes styrkeförhållandet mellan dessa synpunkter, visar sig emellertid vara synnerligen vanskligt. Förarbetena till RB innehålla sålunda beträffande avvisningsregelns ratio endast några ganska allmänt hållna uttalanden, vilkas användbarhet för bestämmande av avvisningsregelns räckvidd är tämligen begränsad. Med hänsyn till att de svenska rättsfallen på området äro ganska fåtaliga och dessutom tillkomna före RB:s ikraftträdande, är det knappast heller möjligt att genom en systematisering av rättsfallsmaterialet fastställa, vilka synpunkter domstolarna äro benägna att betrakta som utslagsgivande.

I detta läge måste uppgiften för en rättsvetenskaplig undersökning bli att inventera de synpunkter, som överhuvud kunna anföras för eller emot avvisningsregeln. En dylik inventering skall i det följande företagas i syfte att skapa en bakgrund till undersökningen av olika tolkningsproblem.

Avvisningsregeln utgör ett led i ett omfattande komplex av regler, åsyftande orubblighet hos myndigheters avgöranden, såväl inom samtliga olika processarter som utanför statens i inskränkt mening dömande

verksamhet. Man kan över lag spåra en tendens till vad *Binding* kallar "die Einmaligkeit definitiver Staatsaktion".¹ Det är naturligtvis av stor vikt att hålla blicken öppen för detta vidsträckta perspektiv. De synpunkter, som kunna härledas ur en så abstrakt tes, måste emellertid bli av alltför allmän karaktär för att ge nämnvärd vägledning i praktiska tolkningsfrågor. För att få ett fastare grepp om problemställningen synes det nödvändigt att utgå från iakttagelsen, att orubblighetsproblemet i straffprocessen framträder i en speciell och mera begränsad belysning.

Därmed avses i första hand det förhållandet, att väckande av talan i brottmål alltid har till syfte att åvägabringa en straffrättslig reaktion gentemot en person, som förmenas ha gjort sig skyldig till brottsligt förfarande. Endast den som vill utverka en dylik reaktion, kan enligt gällande rätt anhängiggöra en talan i brottmål. Någon motsvarighet till en sådan civilprocessuell företeelse som negativ fastställsetalan har brottmålsförfarandet icke att uppvisa. Regeln om avvísning av talan i brottmål på grund av res judicata kan sålunda icke i något fall betaga den tilltalade en processuell befogenhet, som eljest skulle ha tillkommit honom. *Avvísningsregelns tillämpning innebär därför alltid en förmån för den tilltalade.*

I. Det intresse, som talar mot upprätthållandet av en avvísningsregel, kan inom civilprocessen — med hänsyn till att en talan kan anhängiggöras av båda kontrahenterna i ett rättsförhållande — icke bestämmas närmare än såsom intresset av att materiellt riktiga resultat uppnås i största möjliga utsträckning och att oriktiga domar icke upprätthållas. Det ovan anförda, enkannerligen iakttagelserna att avvísningsregeln i brottmål alltid verkar till den tilltalades förmån samt att brottmålsdomen icke utövar någon positiv rättskraftsfunktion i tvistemål och följaktligen icke är avgörande för målsägandens möjlighet att utfå skadestånd, berättigar oss att för straffprocessens del gå ett steg längre i precisering av det huvudintresse, som talar mot nämnda regel. Detta kan bestämmas såsom intresset av *straffrättskipningens effektivitet*, varmed avses dels att en rättegång i brottmål leder till fastställande av vem som förövat den åtalade gärningen, dels ock att gärningsmannen, då icke någon särskild straffrihetsgrund föreligger, ådömes en till sin art och intensitet lämplig reaktion.

Vilken styrka detta intresse har är ganska vanskligt att angiva redan

¹ *Binding*, Abh. II, s. 305, 316. *Planck*, s. 3, 25, 538, uttrycker principen inom processrätten med orden: "Die richterliche Gewalt befasst sich nur einmal mit derselben Sache." Jfr *Sauer* s. 475 ff., *Lacoste* s. 2 och i svensk doktrin *Agge*, *Civildomens rättskraft* s. 7 f.

därför att frågan i viss mån torde vara beroende av det grundläggande spörsmålet om straffets ändamål, varom enighet ännu långt ifrån kan sägas ha vunnits inom straffrättsvetenskapen. Här må endast antydast några synpunkter på problemet.

Intresset av att varje i samhället förövat brott blir beivrat synes framträda med större styrka, om man utgår från den numera i svensk straffrättsvetenskap övergivna vedergällningsprincipen och sålunda anser straffets uppgift vara att återställa ett genom brottet rubbat jämviktsläge, att utplåna en moralisk skuld, än om man uppfattar straffets ändamål såsom prevention.

Anser man, att straffet fyller sin uppgift, om det genom generalprevention, dvs. avskräckning och morallbildning, framkallar respekt för strafflagens bud och leder till att dessa i största möjliga utsträckning efterlevas, vill det synas vara av mindre betydelse, om i något enstaka fall rättegången icke leder till ett fastställande av vem som förövat en brottslig gärning, om blott i det stora flertalet fall händelseförloppet blir fullt utrett och gärningsmannen icke undgår den påföljd lagen föreskriver. Risken för ett eftersättande av laglydnaden framträder i första hand, om brott av en viss typ visa sig mera allmänt undgå upptäckt och beivran. Men upprätthållandet av en meddelad dom kan icke sägas gynna någon viss kategori av brottsliga handlingar. Och att oriktiga domar skulle meddelas i den utsträckning, att medborgarna i gemen skulle frestas att överträda straffsanktionerade regler i förlitan på att helt eller delvis undgå påföljd, emedan deras förfaringsätt icke mer än en gång kan göras till föremål för straffrättsligt bedömande, lär icke vara att befara. Man torde således kunna konstatera, att en uppfattning av straffets ändamål såsom generalprevention ger väsentligt större utrymme åt principen om domens orubblighet än vedergällningsteorien.

Individualpreventionens betydelse i detta hänseende är svårare att fixera. Det är naturligen av stor vikt, att en brottsling icke går fri, om hans brott utvisar en så hög grad av samhällsfarlighet, att han i samhällets intresse måste oskadliggöras för längre tid, exempelvis genom ett mycket långvarigt frihetsstraff eller förvaring i säkerhetsanstalt.² Även vid mindre grova brott kan naturligen orubblighetsprincipens upprätthållande till förmån för den tilltalade i någon mån befaras leda till att han på nytt begår brott. Orubblighetsprincipens betydelse i detta hänseende torde dock icke böra överskattas.

² Här må även anmärkas, att den olust och den osäkerhet, som hos allmänheten kan uppkomma genom vetskap eller misstanke om att en farlig förbrytare går fri, lätt kan leda till en allmän misstro gentemot de rättsskipande organens verksamhet.

Av stor betydelse ur individualpreventiv synpunkt är, att reaktionen gentemot en tilltalad verkligen kan avpassas efter lämpligheten. Tillgodoseendet av de individualpreventiva synpunkterna kräver sålunda, att erfarenheter om den brottsliges person, som vunnits sedan domen vunnit laga kraft, skola kunna i viss utsträckning leda till en förändring av ådömda rättsföljder. Å andra sidan måste uppmärksammas, att anställande av ny rättegång i syfte att åvägabringa skärpning av ådömt straff stundom kan medföra ur individualpreventiv synpunkt oförmånliga verkningar.³

II. Det förhållandet, att avvisningsregeln endast verkar till förmån för den tilltalade, ställer den i viss mån i linje med ett flertal andra bestämmelser i straffprocessen, som ensidigt gynna den tilltalade. Man brukar i dessa fall tala om *favor defensionis*. Ett exempel härpå erbjuder det genombrytande av orubblighetsprincipen, som sker vid resning, i det förutsättningarna för resning till men för den tilltalade äro strängare än för resning till hans förmån. En annan grundsats av denna karaktär är den bevisrättsliga maximen in dubio pro reo, som innebär, att bevisbördan i princip alltid åvilar åklagaren eller målsäganden och att kravet på tillräckligt bevis skall sättas högt. Av näraliggande innebörd äro bestämmelserna i 51: 23 och 55: 14 RB, som meddela vissa inskränkningar i rätten för överinstans att ändra avgörande av lägre instans, såvitt detta berott på tilltron till viss bevisning, men där undantag göres för ändring till den tilltalades förmån. Hit hör även förbudet mot reformatio in pejus i 51: 25 och 55: 15 RB, vilket förbud gäller endast till den tilltalades förmån. Slutligen må nämnas, att den i 9: 3 RB uppställda straffbestämmelsen för enskild part, som gör sig skyldig till illojal processföring, icke gäller tilltalad i brottmål.

Vissa av de nämnda bestämmelserna innebära, att där någon tvekan kan råda om hur avgörandet bör utfalla, det skall gå i den riktning, som är förmånligast för den tilltalade. Motiveringen härtill är, att det allmänna rättsmedvetandet uppröres i betydligt högre grad, om en oskyldig fälles till straff än om en brottsling går fri.⁴ En med orätt fällande dom är sålunda mera ägnad att skapa misstro och olust gentemot rättsskipningen och därigenom äventyra straffets morallbildande funktion än en med orätt frikännande dom.

³ En näraliggande tankegång synes ha kommit till uttryck i bl. a. 19 § lagen om ungdomsfängelse och 49 a § alkoholistlagen, vilka lagrum beträffande åtal för vissa brott, förövade före (slutlig) utskrivning från anstalt, föreskriva särskild prövning av statsåklagare efter ungdomsfängelsenämndens resp. anstaltsstyrelsens hörande, huruvida åtal lämpligen bör ske.

⁴ Jfr t. ex. Hassler—Stjernstedt s. 11, PLB s. 75 och Guldberg s. 89.

Denna synpunkt gör sig emellertid icke gällande vid samtliga anförda bestämmelser. Så t. ex. icke vid förbudet mot reformatio in pejus, som griper in även om intet tvivel råder om att en tilltalad, som ensam klagat, enligt straffrättens regler borde dömas strängare än som skett i den lägre instansens dom. Denna bestämmelse motiveras i stället av trygghetshänsyn: tilltalad skall icke avskräckas från att klaga av fruktan för att härigenom bli sämre ställd.

Avvisningsregeln kan synas vila på synpunkter av båda dessa slag. Skäl av det förstnämnda slaget framträda därigenom, att man ju ingalunda alltid kan utgå från att den senare processen ger ett riktigare resultat än den förra, om nytt åtal tillåtes. I många fall torde det motsatta antagandet ligga närmare till hands, nämligen då avgörandet beror av tilltron till förebragt bevisning. Ju längre tid som förflutit från det påstådda händelseförloppet, desto vanskeligare blir det att utreda vad som verkligen tilldragit sig. Antagandet att upprätthållandet av en meddelad dom på lång sikt bäst tillgodoser de straffrättsliga reglernas tillämpning, vinner också i styrka med hänsyn till den i straffprocessen rådande officialprincipen, som ju erbjuder åtskilligt bättre garanti än civilprocessens dispositionsprincip för att domen verkligen träffat det materiellt riktiga.⁵

Räckvidden av dessa synpunkter torde emellertid icke böra överskattas. Att viss bevisning, exempelvis ett vittnesmål, förlorar i värde, ju längre tid som förflutit efter den åtalade gärningen, måste givetvis uppmärksammas vid bevisprövningen i en eventuell senare process, där principerna, att åklagaren eller målsäganden har bevisbördan och att kravet på tillräckligt bevis skall sättas högt, gälla i lika hög grad, och det är därför osannolikt, att domstolen i den senare rättegången kommer till annat resultat, om icke bevisningen är verkligt övertygande. I samma riktning talar även domens betydelse såsom bevisfaktum, varom ovan talats.

Trygghetshänsyn framhållas som grund för domens negativa rättskraftsfunktion både i tvistemål och brottmål bl. a. i följande uttalande

⁵ Jfr PK III s. 148. Se även *Munch-Petersen* s. 238 f. — Å andra sidan medför just officialprincipen, att det blir särskilt stötande, om en oriktig dom blir bestående. Man kan ju icke i brottmål på samma sätt som i tvistemål säga, att en part får stå sitt kast, om han icke förebragt tillräckligt material i processen. — I den allsidiga prövningen har bl. a. *Max Berner*, s. 3, velat se grunden till regeln ne bis in idem. Även om officialprincipen måhända minskar vådorna av att domen göres orubblig, är den emellertid uppenbarligen icke tillräcklig som motivering för en avvisningsregel. Ej heller torde det vara riktigt att såsom *v. Kries*, s. 594 f., betrakta den allsidiga prövningen såsom en följd av avvisningsregeln. En annan sak är, att officialprincipen är av betydelse vid bestämmande av rättskraftens omfång. Härtill återkomma vi i det följande.

av PLB: "Parterna i en rättegång böra äga trygghet, att ett slutligt avgörande av en tvist icke kan när som helst rubbas; utan en sådan trygghet kunna de icke inrätta sitt handlande efter det meddelade avgörandet, och den osäkerhet, som härav bleve följden, komme att återverka även på andra än parterna. En sådan osäkerhet skulle undergräva den allmänna tilliten till rättsskipningen. Detta gäller såväl tvistemål som brottmål; i brottmål är av särskild betydelse för den tilltalade, vare sig han blivit frikänd eller dömts till visst straff, att icke för samma gärning ett nytt åtal kan inledas mot honom."⁶

Det är säkerligen ett viktigt samhällsintresse, att parterna i såväl tvistemål som brottmål skola äga trygghet mot att utgången av en process kan rubbas genom att samma sak blir föremål för ny rättegång. En närmare analys av detta intresse torde emellertid vara påkallad. Man kan därvid först och främst konstatera, att trygghetssynpunkten i tvistemål får sin särskilda karaktär av det förhållandet, att en dom framgent kan bli av stor betydelse såsom grund för flera, kanske hela serier av förmögenhetsrättsliga dispositioner. Blir denna grund undanryckt genom att tvisten får en motsatt utgång i senare process, kunna de största vanskligheter inställa sig med hänsyn till dessa efterföljande rättsliga dispositioner. Frånvaron av en avvísingsregel medför härigenom en kumulerad osäkerhetseffekt.⁷

I brottmål torde det vara en mera sällsynt företeelse, att rättsliga dispositioner, som en tilltalad företager efter domen, direkt beröras därav, att det sedermera visar sig, att han med orätt frikännts eller fällts till för lindrigt straff. Om en ansvarsfråga finge omprövas genom nytt åtal, skulle detta säkerligen i långt mindre utsträckning gå ut över rättsliga dispositioner i förhållande till tredje man än vad fallet vore, om en civildom kunde sättas ur kraft genom att samma sak finge göras till föremål för ny rättegång.

Sannolikt ha överbäganden av detta slag medverkat till att man inom den straffprocessuella litteraturen såsom grund för satsen *ne bis in idem* mera sällan talat om trygghet eller rättssäkerhet men desto oftare om billighet gentemot den tilltalade.⁸ Ehuru innebörden av begreppet billighet därvid vanligen icke närmare analyseras, lär man kunna utgå från att det i detta sammanhang användes liktydigt med humanitet: det

⁶ PLB s. 65.

⁷ Jfr t. ex. *Olivecrona* s. 204 f. och *Eckhoff* s. 44 f. *Savigny*, s. 260, talar om "die Gefahr einer völlig gränzenlosen Ungewissheit der Rechts- und Vermögensverhältnisse, die sich durch viele Geschlechter hindurch ziehen kann".

⁸ Se t. ex. *Hefter* s. 15, *Eichhorn* s. 406, 409, 452, *A. F. Berner* s. 474 ff., *Glaser*, *Grünhut* 1885 s. 306, *Lacoste* s. 319 och *Hurwitz* s. 797 f.

anses vara inhumant, att en brottsling på grund av rättsskipningens ofullkomlighet utsättes för upprepade rättegångar. Humaniteten kräver, menar man, att han slipper undan, om den första rättegången icke lett till ett materiellt riktigt resultat. Särskilt klart framträder denna tanke, då man säger, att redan den ångest och det obehag, som den tilltalade fått utstå i anledning av den första processen, måste anses utgöra ett i viss mån tillräckligt straff.⁹

Gentemot synpunkter av detta slag ligger det nära till hands att uppställa följande fråga: Är det verkligen ett samhällsintresse att låta en brottsling gå fri eller slippa för lindrigt undan, därför att man inte vill utsätta honom för två rättegångar? Mången är säkerligen benägen att beteckna ett jakande svar såsom utslag av en missriktad humanitet. Än kraftigare uttrycker sig *Binding*, som säkerligen har billighetssynpunktens förespråkare i tankarna, då han framhåller, att man måste frigöra sig från "die schwächliche, überlieferte Sentimentalität".¹⁰

Det kan emellertid ifrågasättas, om detta sätt att ställa problemet är riktigt. Resonemanget synes i viss mån bygga på en *petitio principii*: man utgår från det, som just vore den senare processens uppgift att avgöra, nämligen att den tilltalade verkligen frikännts med orätt eller bestraffats för milt. En kärna av sanning ligger visserligen häri. Det är endast en ganska liten procent av alla åtal, som leda till ett frikännande.¹¹ Man kan utgå från att åtminstone en åklagare, om avvisningsregeln icke funnes, skulle vara än mera angelägen att icke åtala i oträngt mål, om saken redan varit föremål för domstols bedömande än om så icke varit fallet, och att därför förnyade åtal i mycket ringa utsträckning skulle leda till frikännande. Är detta antagande riktigt, innebär det, att avvisningsregeln oftast gynnar en brottsling, då frågan om nytt åtal verkligen ställes på sin spets.

Avvisningsregelns viktigaste funktion torde emellertid vara av psykologisk art. Den har måhända mindre betydelse genom att den förhindrar åtal, som eljest skulle ha anställts, eller genom att den utesluter saklig prövning av anhängiggjorda åtal. Framför allt medför dess blotta existens en betydelsefull psykologisk verkan. Den skapar trygghet för var och en, som varit tilltalad i ett brottmål, att saken för hans del är

⁹ Se t. ex. A. F. Berner s. 475.

¹⁰ *Binding*, Abh. II s. 337.

¹¹ Enligt statistiska centralbyråns statistik över brottsligheten år 1945 (det senaste år, för vilket brottsligheten statistiskt redovisats) sakfälldes eller sakerförklarades av allmänna domstolar i första instans 162 183 personer, medan 3 753 frikändes. Antalet frikännanden uppgick sålunda endast till omkring 2,3 %. Se Brottsligheten år 1945 (1948) tab. 2.

utagerad, i och med domen, om han frikännts, eller eljest i och med undergående av straffet. Det är naturligen främst i de fall, då domen verkligen innefattar ett materiellt riktigt avgörande, som en dylik trygghet är berättigad. Av särskild vikt är avvísningsregeln, då domens riktighet kan ifrågasättas utan att likväl med säkerhet kan sägas, att den är oriktig. Just i dessa fall skulle frånvaron av en avvísningsregel medföra en konkret otrygghet till avsevärt men för den tilltalades framtida existens. Att avvísningsregeln griper in även i fall, då det står utom allt tvivel, att den tilltalade kommit för lindrigt undan torde vara motiverat mindre av billighet eller humanitet gentemot just denne tilltalade än fastmera av synpunkten, att *varje tilltalad* skall kunna förlita sig på att domen är slutgiltig och att han sålunda kan inrätta sig i samhällslivet utan att behöva frukta, att hans en gång bedömda förfarande på nytt bringas under domstols prövning.¹² En regel, som verkligen bereder denna trygghet åt dem som framför allt förtjäna den, nämligen åt dem vilkas gärningar blivit riktigt bedömda, kan icke undgå att samtidigt verka till förmån för dem som oförtjänt gynnats genom en oriktig dom. Enligt detta betraktelsesätt är det den från alla områden av rättsordningen välkända avvägningen mellan effektivitet och rättssäkerhet, som genom erkännande av en avvísningsregel utfallit till rättssäkerhetens förmån.¹³

Det finnes skäl att uppmärksamma ännu en psykologisk verkan av avvísningsregeln, nämligen dess verkan på medborgare i gemen, som komma i beröring med den tilltalade. Därest en frikännande dom icke är slutgiltig, kan dess auktoritet lätt minskas. Det torde förhålla sig så,

¹² Denna synpunkt har i Förenta staternas författning vältydligt uttryckts med orden: "Nor shall any person be subject for the same offence, to be put twice in jeopardy of life and limb." (Amendments 5.) Motsvarande föreskrift har flerstädes intagits i delstaternas författningar. Jfr *Sieveling* s. 298, *Abbott* s. 156 not 7 och *Glaser* i *GS* 1871 s. 1 noten.

¹³ Med rättssäkerhet avses här särskilt, att man skall kunna enligt fixerade normer på förhand beräkna resultatet av en process och lita på att detta resultat blir bestående. Detta torde också stå i överensstämmelse med den inom doktrinen brukliga bestämningen av rättssäkerhetens innebörd. Jfr t. ex. *Fahlbeck-Jügerskiöld-Sundberg* s. 4 f., där rättssäkerheten anses innebära "trygghet, enhetlighet och likformighet i behandlingen av de enskilda". Stundom användes emellertid rättssäkerhetsbegreppet i annan mening. Sålunda definieras det av *Rudling*, s. 117, såsom "rättsresultatets överensstämmelse med det allmänna rättsmedvetandet". Enligt denna bestämning förutsätter tydligen rättssäkerheten ett lagande efter lägligheten som stundom kan innebära raka motsatsen mot vad som enligt det ovan sagda i allmänhet förstås med rättssäkerhet. Enligt *Palme*, *Civilprocessens* begrepp s. 50, är rättssäkerhet "resultatet av en kompromiss mellan tvänne motsatta intressen, nämligen förverkligandet av materiell rättvisa och skapandet av formell rättssäkerhet". Det senare ledet i denna definition är uppenbarligen det, som närmast motsvarar rättssäkerhet i den här använda betydelsen.

att den som överhuvud varit föremål för åtal, även om han frikänsts, lätt får en fläck på sitt sociala anseende. Skulle möjlighet förefinnas att när som helst upptaga frågan om hans skuld till förnyat övervägande, kan befaras, att benägenheten att betrakta den frikände såsom mindre aktningvärd kunde komma att ökas.¹⁴ En dylik konsekvens av frikännande domar måste det vara lagstiftarens uppgift att i möjligaste mån motarbeta.

Till stöd för rättskraftsinstitutet har ofta åberopats intresset av *rättskipningens auktoritet*. Att en och samma fråga vid flera tillfällen av domstolarna bedömes på olika sätt, är, menar man, ägnat att rubba förtroendet för de rättsskipande organens skicklighet och objektivitet.¹⁵ Det måste emellertid uppmärksammas, att denna synpunkt är i viss mån dubbelbottnad. Ty rättsskipningens auktoritet kan uppenbarligen skadas icke blott därigenom att en domstol vid förnyad prövning av redan avgjord fråga kommer till annat resultat, utan även därigenom att en klart oriktig dom upprätthålles.¹⁶ Såvitt angår avvisningsregeln torde man dock kunna påstå, att den förstnämnda av dessa båda aspekter på problemet om förtroendet för våra domstolar är den mera väsentliga, därför att denna regel alltid verkar till den tilltalades förmån och en dom varigenom en tilltalad med orätt frikänsts eller fällts till för lindrigt straff icke förmår uppröra rättsmedvetandet i tillnärmelsevis samma grad som då en oskyldig fällts till straff. I jämförelse med trygghetssynpunkten torde auktoritetssynpunkten, även om den icke bör underskattas, likväl framstå såsom sekundär.

Brottmålsdomens negativa rättskraftsfunktion motiveras ofta med mer eller mindre allmänt hållna uttalanden av innebörd, att varje sak i rättsfridens intresse måste ha ett slut. Belysande är följande citat från *Donnedieu de Vabres*: "Mais il est nécessaire, pour faire régner la paix sociale, qu'il vienne un moment où la chose jugée ne pourra plus être

¹⁴ Erfarenheterna av institutet absolutio ab instantia i äldre svensk rätt giva i viss mån stöd åt dylika farhågor. Se härom *Gemmel* s. 18. — En speciell uppgift har avvisningsregeln i tider av politiska omvälvningar. Den förhindrar då, att redan bedömda gärningar åtalas på nytt, om de på grund av ändrade värderingar i samhället framstå såsom mera förkastliga än tidigare. Jfr *Agge* i SvJT 1937 s. 630 f., som betecknar satsen ne bis in idem som "en speciell medborgerlig rättssäkerhetsgaranti av given historisk och politisk betydelse". Denna betydelse är uppenbarligen särskilt stor, om strafflagstiftaren använder en teknik, som ger avsevärt utrymme åt värderingar.

¹⁵ NLB, III s. 183, uttalar sålunda, att man kan "äfventyra rättsskipningens anseende genom att låta samma faktum blifva vid särskilda tillfällen olika bedömdt". Se även PK III s. 148 samt PLB:s ovan (s. 50) citerade uttalande. Jfr *Agge* i SvJT 1937 s. 631 och *Hurwitz* s. 798.

¹⁶ Så redan *Schwarze* s. 562. Jfr PLB s. 68.

remise en question: il faut que les procès aient une fin.”¹⁷ Bakom dylika uttryckssätt torde ligga — förutom hänsyn till den tilltalade, varom ovan talats — uppfattningen att frånvaron av rättskraft skulle medföra en betydande ökning av domstolarnas arbetsbörda.¹⁸ Stundom framhållas de *processekonomiska synpunkterna* mera direkt, såsom i följande uttalande av PLB: ”Skulle domstolarna mera allmänt vara skyldiga att ånyo till behandling upptaga redan avgjorda mål, komme ock deras arbetsbörda liksom det allmännas kostnader att i hög grad stegras.”¹⁹

Emellertid är det tydligt, att risken för en oberättigad belastning av domstolarna till stor del elimineras redan genom andra regler, framför allt reglerna om skyldighet att ersätta rättegångskostnad och i viss mån även reglerna om ansvar för processande utan skälig anledning.²⁰ Här till kommer också, att åtal i första hand anhängiggöras av allmän åklagare, ett statsorgan som saknar både personligt intresse av processens utgång och anledning att öka såväl sin egen som domstolarnas arbetsbörda utan vägande skäl. När det gäller målsäganden äro naturligtvis farhågorna större. Många gånger lär en målsägande vara bergfast övertygad om att hans motpart är brottslig, även om domen blivit frikännande, och sannolikt skulle i en del fall varken skyldigheten att ersätta rättegångskostnad eller övriga påföljder för obehörigt processande eller det återhållande moment, som målsäganderättens subsidiaritet utgör vid brott under allmänt åtal, avskräcka honom från att åtala på nytt utan vägande skäl, om icke avvisningsregeln lade hinder i vägen. Säkertligen skulle dessa fall dock icke bli så talrika, att någon mera kännbar ökning av domstolarnas arbetsbörda och därav följande stegring av det allmännas kostnader bleve följden.

En synpunkt av större betydelse, som återverkar på processekonomin, är emellertid, att frånvaron av en avvisningsregel kunde föranleda åklagare och målsägande att icke nedlägga alltför stor möda på utred-

¹⁷ *Donnedieu de Vabres* s. 881. Motsvarande tankegång uttryckes än mera värtaligt av A. F. Berner, s. 473: ”Mag die Rennbahn, die das Urtheil durchlaufen soll, noch so lang sein: irgendwo muss doch *Halt* gemacht werden, — irgendwo doch die *Rechtskraft* eintreten, — irgendwo muss es mit den Zögerungen, Prüfungen, Berufungen ein *Ende* nehmen. Sonst würde man, über dem Streben nach einer unerreichbaren *absoluten* Gerechtigkeit, die Verwirklichung der einzig möglichen, endlichen und beschränkten Gerechtigkeit aufgeben.” Jfr t. ex. *Schanze* s. 452 och v. *Kries* s. 593 f.

¹⁸ Så hos *Hurwitz*, s. 798, som under satsen ”enhver Sag bør have en Ende” uttryckligen inbegriper dels ”individuelle Billighedshensyn” dels ock ”rent praktiske Hensyn” i förhållande till åklagarmyndighet och domstolar, så att en gång avgjorda saker skola kunna avvisas utan ny prövning av det gamla materialet.

¹⁹ PLB s. 65.

²⁰ Jfr beträffande civilprocessen *Ekelöf*, *Interventionsgrunden* s. 52.

ningen i förlitande på att resultatet alltid kunde korrigeras genom nytt åtal. Uppenbart är sålunda, att avvisningsregeln fyller en viktig funktion i varje brottmålsförfarande redan på det tidiga stadium, som föregår väckande av talan inför domstol. Liksom RB:s regler om preklusion av bevisning i tvistemål åsyfta att tvinga parterna att på ett tidigt stadium av processen uppge sin bevisning för att därigenom möjliggöra koncentration av rättegången, avser naturligen regeln om avvisning av nytt åtal i 30:9 RB att utgöra ett incitament för åklagare och målsägande att sörja för grundlig och tillfredsställande utredning redan innan åtal väckes och i varje fall innan rättegången avslutas. Vetskapen om att det i regel icke är möjligt att utverka omprövning av en ansvarsfråga, som avgjorts genom laga kraftvunnen dom, måste givetvis utgöra en kraftig *drivfjäder för den åtalande parten att bedriva utredningen med omsorg och energi*. Detta gäller i lika hög grad efterforskningen av bevis och rättsfakta, dvs. icke blott sökande efter bevis för de antagna rättsfakta, som föranlett brottsutredningens igångsättande, utan även utredningen angående vilka faktiska omständigheter som i egenkap av rättsfakta tillsammans utgöra en straffrättslig enhet. Att avvisningsregeln ur denna aspekt utgör en utomordentligt viktig garanti för att domstolen kan lägga ett fullständigt och tillförlitligt material till grund för sitt bedömande och därmed för uppnående av materiellt tillfredsställande resultat är uppenbart. Det är också klart, att i samma mån som denna garanti försvagas, antalet fall ökas, då den åtalande parten senare kan väntas påstå, att domen är oriktig och begära omprövning av ansvarsfrågan. På lång sikt främjar sålunda avvisningsregeln otvivelaktigt såväl intresset av materiellt riktiga resultat som intresset av en sund processekonomi.

III. Resultatet av den föregående undersökningen torde kunna sammanfattas så, att existensen och utformningen av en regel om negativ rättskraftsfunktion av dom i brottmål vila på en *avvägning mellan å ena sidan straffrättsskipningens effektivitet och å andra sidan ett flertal olika synpunkter, däribland främst den tilltalades trygghet, intresset av att utredningen i brottmål i allmänhet bedrivs med tillbörlig omsorg, förtroendet för rättsskipningen och de rättsskipande organens arbetsbelastning*.

Såvitt gäller avvägningen mellan effektivitets- och trygghetssynpunkterna torde några ytterligare anmärkningar vara påkallade.

Avvägningen mellan effektivitet och trygghet är icke något enbart för rättskraftsproblemen karakteristiskt. Den framträder i själva verket inom alla delar av rättsordningen. Särskild vikt får den på sådana rätts-

områden, som mera direkt reglera förhållandet mellan stat och individ, däribland straffrätten och straffprocessen, till vilka de följande reflexionerna skola begränsas.

Inom straffrätten står på den ena sidan önskemålet att alla ur samhällets synpunkt förkastliga handlingssätt skola kunna med tillräcklig kraft beivras, eller m. a. o. att lagstiftningen icke bereder ett oförtjänt skydd åt såsom samhällsskadliga uppfattade gärningar. Denna synpunkt framträder bl. a. i elastiska brottsbeskrivningar och vidsträckt användning av analogi. Å andra sidan tar sig intresset av medborgarens trygghet uttryck i ett krav på legalitet, kravet att brott och straff skola noga regleras i lag, uttryckt främst i de bekanta satserna *nullum crimen sine lege* och *nulla poena sine lege*.

Inom straffprocessen kan motsvarande problemställning angivas så: Å ena sidan står intresset, att de av strafflagen kriminaliserade handlingssätten verkligen kunna i praktiken bekämpas genom att de brottsbeivrande organen icke hindras genom lagregler, som begränsa och reglera deras befogenheter. Å andra sidan står även här ett krav på legalitet, kravet att lagen noga angiver, vilka medel som äro tillåtna, så att en tilltalad icke står rättslös inför myndigheternas metoder.

Den straffprocessuella aspekten på problemet effektivitet—legalitet kan sägas utgöra *en sida av motsättningen mellan inkvisitionsprincip och ackusationsprincip*. Den närmare innebörden av dessa principer, varom f. ö. ingalunda kan sägas råda fullständig enighet, kan inom ramen för detta arbete icke upptagas till behandling.²¹ Här må endast framhållas följande. Om man använder termerna i deras mest inskränkta bemärkelse och säger, att skillnaden mellan principerna hänför sig allenast till frågan, huruvida den anklagande och den dömande funktionen skola samlas på en hand hos domstolen eller om processen skall få karaktären av en förhandling mellan två parter inför rätta,²² ligger det nära till hands att påstå, att legalitetskravets tillgodoseende icke är avhängigt av vilken princip man hyllar. Detta påstående synes så till vida riktigt som i och för sig intet hinder lär möta mot att legalitetskravet åtminstone i viss utsträckning tillgodoses inom ramen för en på angivet sätt uppfattad inkvisitionsprincip. I praktiken torde emellertid frånvaron av en strängt genomförd funktionsdelning mellan domstol och åklagarmyndighet medföra en tydlig tendens till eftersättande av den tilltalades möjligheter att tillvarataga sina intressen, medan å andra

²¹ Se härom t. ex. PK II s. 6 ff., *Hurwitz* s. 29 ff. och *Goos* s. 4 ff.

²² Så t. ex. *Stang* s. 10 f.

sidan förhandlingsformen synes med nödvändighet förutsätta, att den tilltalade erhåller vissa lagreglerade processuella befogenheter.²³

Är det sagda riktigt, innebär det, att jordmånen för en negativ rättskraftsfunktion hos dom i brottmål kan antagas vara en helt annan och gynnsammare i en akusatorisk processordning än i ett av inkvisitionsprincipen präglat förfarande.²⁴ Det kan ur denna synpunkt även för tolkningen av 30:9 RB vara av intresse att något undersöka orubblighetsprincipens historiska utveckling i brottmål såväl i de ledande kontinentala rättssystemen som i svensk rätt.

²³ Här må även framhållas, att ett visst samband torde existera mellan vedergällningsteori och inkvisitionsprincip. Då, såsom tidigare framhållits, kravet på att intet brott undgår bestraffning framträder starkare, om straffets ändamål uppfattas såsom vedergällning än såsom prevention, är det naturligt, att vedergällningsteorien mindre än preventionsteorien låter sig förenas med en akusatorisk processform, som ger den tilltalade viktiga processuella befogenheter.

²⁴ Jfr t. ex. *Ehrensverd* s. 2.

Kap. 2

Historik

§ 1. Utländsk rätt

I. Av åtskilliga källställen framgår, att man redan i den klassiska romerska straffprocessen,¹ som kan sägas ha varit tämligen utpräglat ackusatorisk, i allmänhet upprätthållit principen om domens orubblighet till förmån för den tilltalade.² Undantagen från principen synas väsentligen ha varit betingade av de risker för förfaranden in fraudem legis och för eftersättande av målsägandens intressen, som systemet med actio popularis medförde.³ Å andra sidan torde förbudet mot ny talan ha omfattat endast det åtalade brottet, sålunda icke det handlingsförlopp, som utgjort den faktiska grundvalen för åtalet.⁴ Denna restriktiva uppfattning av vad som utgjorde res judicata har sannolikt i viss mån sammanhängt med att domstolarna i den s.k. quaestions-

¹ För en mera ingående historik kan hänvisas till den utförliga framställningen hos *Laurens* s. 21 ff.

² Särskilt kan nämnas D 43, 29, 3, 13 (Ulpianus): "nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi quam semel actum est". Se vidare beträffande frikännande domar D 48, 2, 7, 2 (Ulpianus): "Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari", samt beträffande fällande domar D 42, 1, 45, 1 (Paulus): "De amplianda vel minuenda poena damnatorum post sententiam dictam sine principali auctoritate nihil est statuendum." Jfr *Planck* s. 24 ff., *Zachariä* II s. 655 ff. och *Mommsen* s. 450 f.

³ Ett exempel på dessa undantag utgjorde "praevaricatio", dvs. då den åtalande parten medvetet verkat i syfte att få den tilltalade frikänd eller fälld till för mildt straff. Ett annat bestod däri, att målsägande tilläts att anställa förnyat åtal, om han icke känt till det tidigare åtalet och därjämte kunde visa ett betydande intresse av brottets beivrande. Slutligen må erinras om att redan litiskontestationen ansågs ha en konsumerande kraft. Därför måste undantag från konsumtionsgrundsatsen uppställas för vissa fall, då åtalet av formella grunder icke ledde till dom, däribland för "tergiversatio", dvs. godtyckligt återkallande av åtalet. Jfr *Planck* s. 28 f. och *Zachariä* II s. 656.

⁴ Se *Zachariä* II s. 658. Jfr *Heffter* s. 7 f. Jfr dock *Agge* i FJFT 1936 s. 395.

processen icke torde ha ägt pröva ett åtalat förfarande ur alla tänkbara straffrättsliga synpunkter utan endast haft att avgöra, om det uppfyllde det åtalade brottets rekvisit eller icke.⁵

I den *kanoniska* rättens brottmålsförfarande, åtminstone i dess ursprungliga ackusatoriska gestalt, synes orubblighetsprincipen ha erhållit i stort sett samma utformning som i klassisk romersk rätt.⁶

I *glossatorernas* och *postglossatorernas* skrifter möter man ett betydligt mera inkvisitoriskt färgat brottmålsförfarande. Inkvisitoriska drag, som redan tidigt gjort sig gällande i romersk straffprocess,⁷ ha där sammansmält med typiskt inkvisitoriska grundsatser, som utvecklat sig i kanonisk rätt, särskilt ur den internt kyrkliga rättsskipningen.⁸ Trots detta anslöto sig dessa italienska jurister i allmänhet till de regler om *res judicata*, för vilka ovan redogjorts. En nyhet, som framträtt i italiensk praxis, förtjänar emellertid nämnas, nämligen institutet *absolutio ab instantia*.⁹ Detta innebar, att domstolen, då stark, ehuru för fällande dom otillräcklig bevisning förebragts, meddelade en dom, som varken var fällande eller frikännande och som tillät sakens upptagande på nytt, när ny bevisning vunnits. Detta institut kom i det följande att få utomordentligt stor betydelse, särskilt därigenom, att den romerska rätten recipierades i Tyskland i den utformning den erhållit hos glossatorerna och deras efterträdare.

II. Efter den romerska rättens reception i *Tyskland* stodo ursprungligen ett ackusatoriskt förfarande, med rötter framför allt i den gamla germanska rätten, och en inkvisitorisk processform vid sidan av varandra. Den sistnämnda blev dock snart dominerande och utträngde efter hand helt den ackusatoriska processen.¹⁰ Vissa av inkvisitionsprincipens förfäktare synas icke ha ställt sig avvisande gentemot tanken, att en dom icke kunde rubbas till men för den tilltalade. Ett återupptagande av frågan om den tilltalades brottslighet innebure, menade man, att domstolen satte sig över sin egen dom, vilket icke kunde tillåtas.¹¹ Hos flertalet rättslärda under inkvisitionsprocessens herravälde sattes emellertid denna synpunkt tillbaka för domstolens plikt att av eget initiativ

⁵ Jfr *Gemmel* s. 14 not 3, *Mommsen* s. 373 f. och *Agge*, a. a. s. 394 ff.

⁶ Det har påståtts, att den kanoniska rätten skulle ha stått främmande för de i romersk rätt uppställda undantagen från principen. Så *Remets* s. 21 och *A. F. Berner* s. 482. Hur härmed förhöll sig är emellertid omstritt. Jfr sålunda *Zachariä* II s. 660.

⁷ Se härom *Agge* i FJFT 1934 s. 146 ff. och där citerad litteratur.

⁸ Jfr t. ex. *Birkmeyer* s. 810 f.

⁹ Se t. ex. *Zachariä* II s. 661 f.

¹⁰ Jfr t. ex. *Birkmeyer* s. 812 ff., v. *Hippel*, *Strafprozess*, s. 24 ff. och *Rheingans* s. 11.

¹¹ Jfr *Zachariä* II s. 662.

till det yttersta utforska den materiella samingen, med vilken plikt satsen ne bis in idem icke ansågs förenlig. Enligt *Planck* "lässt sich im Einzelnen ziemlich genau nachweisen, wie allmählig mit dem grössern Einfluss, den der Inquisitionsprozess gewinnt, die Juristen bemüht sind, von den Grenzen jenes Grundsatzes sich frei zu machen".¹² Denna strävan kan sägas ha givit till resultat, att man i den typiskt inkvisitoriska processen i gemeines Recht endast i mycket blygsam utsträckning kan tala om orubblighet hos domen. Särskilt gäller detta med hänsyn till det vittgående bruket av absolutio ab instantia.¹³ Men även vid rent frikännande domar var den tilltalades skydd mycket obetydligt. Skillnaden mellan de båda domsformerna synes praktiskt taget endast ha varit kvantitativ, så till vida som återupptagande av förfarandet efter ett rent frikännande ävenledes kunde äga rum, varvid dock den tidigare förebragta bevisningen ej fick beaktas utan ansågs konsumerad, medan det vid återupptagande efter absolutio ab instantia för fällande dom var tillräckligt, att den nya bevisningen i förening med den redan tidigare förebragta utgjorde fullt bevis.¹⁴ Även en fällande dom synes sedermera, om ock i något mera begränsad utsträckning, ha kunnat rubbas till den tilltalades nackdel. Särskilt bör i detta hänseende observeras det i praxis uppkomna institutet "Aktenversendung". Detta innebar, att domstolen sände handlingarna i ett mål till en juridisk fakultet, för att denna skulle fälla avgörandet. Utföll domen enligt domstolens mening felaktigt, kunde den sända handlingarna vidare till en annan fakultet, av vilken en annan dom kunde förväntas, och detta även såvitt angick straffmätningen. Då någon tidsfrist för dylik Aktenversendung icke fanns utsatt, innebar detta i realiteten, att frågan, huruvida den tilltalade blivit tillräckligt strängt bestraffad, när som helst kunde tagas under omprövning. Röster höjdes emellertid för att åtminstone låta verkställigheten beteckna en yttersta gräns för denna möjlighet.¹⁵ Till dessa karakteristiska drag från en tidsperiod, som i övrigt företer mycken meningsskiljaktighet angående orubblighetsprincipen, må slutligen fogas anmärkningen, att något utrymme för frågeställningen om tillåtligheten av ett nytt förfarande beträffande en redan avdömd sak knappast fanns. Bruket av icke slutliga avgöranden och den vidsträckt rätten till omprövning även av avgöranden, vilka i och för sig framträdde såsom definitiva, synes ha medfört, att man knappast kunnat tala om någon

¹² *Planck* s. 271. Jfr *Rheingans* s. 8: "Mit steigender Einwirkung inquisitorischer Elemente wird der Grundsatz ne bis in idem mehr und mehr abgeschwächt."

¹³ Se särskilt *Rheingans* s. 15 ff.

¹⁴ Jfr *Rheingans* s. 11 och *Zachariä* II s. 663 f. not 28.

¹⁵ Se t. ex. *Rheingans* s. 14 f.

avslutning i egentlig mening av ett brottmål. *Planck* gör sålunda gällande "dass es in dem jetzt geltenden Inquisitionsprozess keine Art und Weise giebt, wie ein einmal begonnenes Verfahren so beseitigt werden könnte, dass ein neues über dasselbe Vergehn zu beginnen wäre".¹⁶

III. Den *franska* rätten¹⁷ företer i förevarande hänseende en i stort sett liknande utveckling som den tyska under tidsperioden fram till revolutionen. Även här möta vi övergången från en ursprungligen ackusatorisk, på gammalgermanska rättsgrundsatser uppbyggd process, till ett inkvisitoriskt färgat förfarande.¹⁸ Även om man formellt knappast någonsin synes ha ifrågasatt giltigheten av principen *ne bis in idem*, blev denna likväl så småningom, i samma mån som inkvisitoriska grundsatser vunno insteg, i mångt och mycket tämligen illusorisk såsom skydd för den tilltalade. Främst möter härvidlag motsvarigheten till absolutio *ab instantia*, i fransk rätt kallad "*plus amplement informé*". Även i övrigt uppställde man betydande modifikationer i orubblighetsprincipen, delvis motsvarande dem som förfäktats av tyska rättslärde. Man har mot bakgrunden härav framhållit "*que cette règle, quoique posée en principe et formellement reconnue par tous les commentateurs, était pour ainsi dire combattue pied à pied dans la pratique et demeurait à demi étouffée derrière les distinctions qui la refoulaient sans cesse*".¹⁹

I den utveckling i riktning mot ett allt mera markerat åsidosättande av den tilltalades trygghet, som ovan skisserats, betecknar den franska revolutionen en betydelsefull vändpunkt.²⁰ En intensiv motvilja mot det inkvisitoriska processsystemet hade sedan länge vuxit fram, och straffprocessens grundprinciper intogo en central plats i upplysningsfilosofernas reformprogram. Med revolutionen försvann i Frankrike den typiskt inkvisitoriska processen och ersattes med ett efter engelskt mönster uppbyggt, ackusatoriskt brottmålsförfarande, som mera harmonierade med upplysningsidéernas betonande av de mänskliga rättigheterna och den enskildes från statens klart avgränsade maktsfär. Den förändrade värderingen av den tilltalades trygghet avspeglade sig omedelbart i en betydligt mera positiv inställning till orubblighetsprincipen. *Maximen ne bis in idem* betraktades nu såsom en viktig medborgerlig rättssäkerhetsgaranti och blev såsom sådan lagfäst i 1791

¹⁶ *Planck* s. 306.

¹⁷ Se härom särskilt *Laurens* s. 73 ff.

¹⁸ Se *Esmein* s. 43 ff. — Trots förhandenvaron, i motsats till tysk rätt, av ett offentligt åklagarstånd, synes även den franska brottmålsprocessen ha varit utpräglat inkvisitorisk under en stor del av medeltiden och nyare tiden fram till revolutionen.

¹⁹ *Hélie*, cit. efter *Lacoste* s. 321.

²⁰ Se t. ex. *Rheingans* s. 36 ff.

års konstitution: "Tout homme acquitté par un jury légal ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait."²¹

Kodifieringen i och för sig betecknar naturligtvis intet mera avsevärt framsteg, eftersom satsen ne bis in idem i princip upprätthållits även i den inkvisitoriska processen. Den verkliga landvinningen representerades därav, att systemet med plus amplement informé och andra modifikationer i orubblighetsprincipen avskaffades resp. väsentligt inskränktes. Å andra sidan begränsades räckvidden av principen efter en kort tid genom en restriktiv tolkning av begreppet "même fait", som inaugurerades av kassationsdomstolen i ett bekant avgörande från år 1812.²² "Même fait" ansågs innebära endast gärningen "sådan den kvalificerats" och nytt åtal för samma faktiska förfarande såsom innebärande brott mot ett annat lagrum var alltså icke uteslutet. Denna uppfattning vann sedermera efterföljd i en belgisk lag av år 1850, som erhöll en bestämmelse av i huvudsak samma lydelse som det franska stadgandet men med tillägg av orden "tel qu'il a été qualifié".²³

IV. Den ovan skisserade utvecklingen i Frankrike blev av utomordentligt stor betydelse för den tyska rätten. Redan omkring år 1800 förfäktade en betydande riktning inom doktrinen under påverkan av upplysningsidéerna ett mera konsekvent genomförande av orubblighetsprincipen, i all synnerhet beträffande frikännande domar. Denna mening kan emellertid icke sägas ha varit den förhärskande vid denna tid. Flertalet författare, däribland en sådan auktoritet som *Feuerbach*, fasthöllo alltså vid den tidigare tämligen allmänt omfattade åsikten, att en frikännande dom icke förhindrade omprövning av skuldfrågan, om ny, övertygande bevisning framkommit.

Domstolarna anslöto sig till de nya lärorna, innan dessa ännu vunnit allmänt erkännande inom doktrinen, och omkring 1830—1840 kan principen om frikännande domars orubblighet sägas ha slagit igenom i praxis, i den utsträckning det låtit sig göra utan lagändring.²⁴

I lagstiftningen satte däremot den modernare riktningen till en början endast begränsade spår. Ansatser till omdaning av processen i ackusatorisk riktning kunna visserligen konstateras i åtskilliga lagar, men i

²¹ Kap. 5 art. 9. Bestämmelsen intogs sedermera via 1791 och 1795 års strafflagar i 1808 års Code d'instruction criminelle art. 360, där den har följande lydelse: "Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait." Jfr *Lacoste* s. 321 f. och *Rheingans* s. 36 f.

²² Se härom *Mittermaier* s. 498 ff. och *Glaser*, GS 1871 s. 34 ff. samt närmare nedan s. 165.

²³ Se t. ex. *Glaser*, GS 1871 s. 38 not 40.

²⁴ Jfr *Rheingans* s. 43 ff.

stort sett bibehöll inkvisitionsprincipen sin ledande ställning. Bestämmelser om absolutio ab instantia återfinnas vid denna tid fortfarande i stor utsträckning liksom även lagstadganden om vidsträckt rätt till omprövning av frikännande domar.²⁵

År 1848, de politiska omvälvningarnas år, betecknar även i förevarande hänseende en vändpunkt. Den akusatoriska processen, sådan den utbildats i Frankrike, utträngde nu inkvisitionsprocessen, och upplysningsidéernas starka betonande av den enskildes frihet och rätts-säkerhet vann allmänt erkännande. Både i lagstiftning, teori och praxis vann orubblighetsprincipen terräng. Absolutio ab instantia avskaffades, återupptagande till men för den tilltalade anknöts till strängt begränsade, extraordinära förutsättningar, och nytt åtal förhindrades genom domens negativa rättskraftsfunktion.²⁶ Även så till vida gjorde sig emellertid det franska inflytandet gällande, som kassationsdomstolens snäva tolkning av vad som utgjorde res judicata fann förespråkare i såväl teori som praxis.²⁷ Dessa mötte emellertid kraftigt motstånd,²⁸ och den franska uppfattningen blev icke den segrande.²⁹ Satsen ne bis in idem erhöi i stället i Tyskland en ganska vidsträckt tillämpning.

Samma tendens kännetecknar 1877 års Straffprozessordning. En dom i brottmål kan enligt denna endast vara fällande eller frikännande, och något utrymme för absolutio ab instantia finnes sålunda icke. Satsen ne bis in idem har visserligen icke kommit till uttryck i lagtexten, men dess erkännande framgår av bestämmelserna om "Wiederaufnahme". Dessa begränsa återupptagande till men för den tilltalade mycket snävt. Förutom de fall, att förebragt bevisning visat sig falsk eller att myndighet gjort sig skyldig till straffbart ämbetsfel, upptager 362 § StPO endast den tilltalades erkännande såsom grund för återupptagande.

V. Den sista fas i rättsutvecklingen i Tyskland, som för närvarande kan överblickas, betecknar den nationalsocialistiska ideologiens tid. Karakteristiskt för straffrättsskipningen under denna epok var bl. a. det överdrivna betonandet av att ingen, som gjort sig skyldig till förfarande stridande mot "gesundes Volksempfinden", finge undgå straff, ofta uttryckt i slagordet "kein Verbrechen ohne Sühne". Den enskildes rätts-säkerhet tillerkändes gentemot denna synpunkt ytterst ringa beaktande.

²⁵ Jfr *Rheingans* s. 60 ff.

²⁶ Jfr *Zachariä* II s. 672 ff., *Rheingans* s. 80 ff.

²⁷ Se t. ex. *Küssner* s. 200 ff. Denna åsikt omfattades enligt *Nagler*, s. 374, även av *Biener* och *v. Schwarze*.

²⁸ Så t. ex. av *Mittermaier* s. 497 ff. och *Zachariä* II s. 665 ff.

²⁹ Praxis, som tidigare visat sig benägen för den franska tolkningen, svängde genom ett avgörande av Preussens Obertribunal år 1853. Se *Nagler* s. 374.

Inom straffrätten tog sig denna intresseavvägning bl. a. uttryck i ett vidsträckt bruk av analogisk lagtillämpning. Inom den straffprocessuella litteraturen förfäktades ofta, att den liberala partsprocessen borde ersättas av ett undersökningsförfarande.^{29a} Bland lagstiftningsåtgärder i denna anda må nämnas, att förbudet mot reformatio in pejus avskaffades år 1935. Även inom rättskraftsläran gjorde sig de nya idéerna — eller kanske snarare återgången till ett tidigare övervunnet utvecklingsstadium — likaledes gällande. RG:s vidsträckta tillämpning av satsen *ne bis in idem* utsattes från många håll för häftig kritik. Stundom förfäktades främst en restriktiv tolkning av begreppet "Tat",³⁰ stundom påyrkades ett direkt genombrytande av rättskraftsprincipen i vissa situationer.³¹ De lege ferenda förordades även vidsträcktare möjlighet till "Wiederaufnahme" till men för den tilltalade.³² Gemensamt för dessa olika åsikter var ett markerat tillbakasettande av orubblighetsprincipen till men för den tilltalades trygghet. Den planerade genomgripande omändningen av straffprocessordningen i nationalsocialistisk anda blev emellertid aldrig genomförd, och även på praxis synes de nya strömningarnas inverkan ha varit relativt begränsad.³³

§ 2. Svensk rätt

I *den svenska rätten* synes rättskraftsinstitutet vara en relativt sen företeelse. Väl funnos redan tidigt stadganden om straff för den som bryter dom.³⁴ Men dessa åsyftade i huvudsak endast att tvinga den tappande att underkasta sig exekution av domen. Tanken, att en avdömd sak icke fick bringas under domstols prövning av part, som förmenade sig genom ny bevisning eller annorledes kunna uppnå ett annat

^{29a} Se t. ex. *Siebert* s. 236.

³⁰ Så t. ex. av *Ramm*, s. 37 ff., och *Schirmeyer*, s. 107 ff., samt *Litzenberg*, s. 66 ff., och *Stoll*, s. 73.

³¹ Så t. ex. av *Schwarz* i *ZAKDR* 1938 s. 539 ff. och *DStR* 1939 s. 89 ff. samt *Nagler* s. 371 ff. och s. 401 ff.

³² Så t. ex. av *Siebert* s. 288 ff. och *Litzenberg* s. 16. Denna ståndpunkt företrädde även i ett utkast till ny lagstiftning. Se härom *Doerner* s. 431 ff.

³³ Till en viss grad synas emellertid de nya tendenserna ha gjort sig gällande i praxis. Se härom t. ex. *Nagler* s. 373, *Hall* s. 322 ff. samt *Niederreuther* i *GS* 1937 s. 312 ff. och 1939 s. 305 ff.

³⁴ Se sålunda i landslagen 32 kap. Konungabalken och 39 kap. Tingmålalbalken.

resultat, synes ha varit främmande för äldre nordisk rättsuppfattning.³⁵ Först under 1600-talet möter oss institutet någorlunda utvecklat, säkerligen efter påverkan av utländsk rätt.³⁶ Av stor betydelse för dess utbildning var tillskapandet av en instansordning med någorlunda fasta linjer genom 1614 års rättegångsordinantia och 1615 års rättegångsprocess.³⁷ Dessa båda författningar innehålla också stadganden, som möjligen kunna anses häntyda på grundsatsen om domens orubblighet. Särskilt bör framhållas p. 2 i rättegångsordinantian, som föreskrev, att domaren icke fick "skiuta någon saak ifrån sigh, medh mindre tilförene är Doom afgången".³⁸

Även efter tillkomsten av rättegångsordinantian och rättegångsprocessen synes en viss osäkerhet ha varit rådande om orubblighetsprincipens tillämpning. I Kungl. Maj:ts resolution den 1 september 1664 på besvär av ridderskapet och adeln³⁹ återfinnes sålunda följande förtydligande: "Det är ock på Lagen och billigheten grundat, at hwilken Domb som lagligen afsagd är och rei judicatae vires nådt hafwer, den samme icke mehra må återgånga eller uphäfwas, utan fast stånda, med mindre bewislig nullitet, märckelig Domwilla och olaglighet derutinnan befinnes, eller ock Kongl. May:tt til sin cognition saken wil hemstält hafwa."⁴⁰

I. I brottmål lär emellertid den sålunda uttryckta orubblighetsprincipens räckvidd ha varit ganska begränsad, framför allt därigenom att klagan över dom i brottmål före 1734 års lag i allmänhet icke var beroende av bestämd fatalietid.⁴¹ Dylik stipulerade däremot 1734 års lag i 25:5 ÅRB, såvitt avsåg fullföljd av talan från underrätt. Någon fatalietid för fullföljd av talan mot hovrätts dom uppställdes emellertid icke heller av 1734 års lag. Ett stadgande av denna innebörd tillkom

³⁵ Se *Brandt* s. 387 f.: "Derimod afgjorde Dommen ikke det omtvistede Forhold saaledes, at den stillede nogen formel Hindring imod, at det *paany forelagdes Retten* til Afgjørelse. Det moderne Begreb om res judicata var fremmed for den gamle Rettergang, hvis Grundsætning var, at det Resultat, som efter de foreliggende Oplysninger stillede sig for Tingmændene som det rette, i ethvert Tilfælde skulde komme frem." Jfr *Gammel* s. 35 f.

³⁶ Tydligt framträder denna påverkan hos *Rålamb* s. 152 ff.

³⁷ Jfr *Sven Bergendal* s. 37.

³⁸ *Schmedeman* s. 134. Jfr p. 4 och 8 i rättegångsordinantian och p. 35 i rättegångsprocessen samt *Abrahamsson* s. 604 och 673 f.

³⁹ *Schmedeman* s. 398. Jfr *Abrahamsson* s. 673 f.

⁴⁰ Att denna konungens rätt att skärskåda avdömda saker — i rättegångsprocessen uttryckt i det bekanta stadgandet i p. 35 om rätt att återbryta "Schrocksockner" (jfr Svea HovR:s fullmakt 16 febr. 1614, *Schmedeman* s. 141 ff.: "Vår rättmätige höghet, att bryta alle Skrock-Sochnir och Aff-Socknir effter Lagen oförkränckt —) — icke tillkom hovrätterna, framgår bl. a. av Kungl. Maj:ts svar på förfrågan 10 mars 1633 av Åbo HovR ävensom genom KBr 15 september 1682 till Svea HovR. Jfr *Gammel* s. 36.

⁴¹ Jfr *Sven Bergendal* s. 165 f.

först genom KF 22 nov. 1749.⁴² Så till vida tillgodosågs emellertid orubblighetsprincipen till förmån för den tilltalade, som enligt 1734 års lag åklagare och målsägande över huvud icke torde ha varit befogade att i ordinär väg klaga över hovrätts utslag.⁴³ I praxis synes dock denna inskränkning i fullföljdrätten så småningom ha bortfallit. Det ligger nära till hands att antaga, att samma fatalietid som för tilltalad då ansetts gällande. I denna fråga liksom övriga med fullföljdrätten sammanhängande frågor synes emellertid en viss osäkerhet ha varit rådande, vilket framgår icke minst därav, att KF 19 juli 1815 uttalade, att "de hittills meddelte föreskrifter om hwad som iakttagas bör af den, som i Brottmål wil hos Oss i underdånighet söka ändring i Hof- eller Öfwer-Rätts Utslag, då han ej är häktad, icke äro så tydliga och bestämda, at Parters lagliga förmon och rättighet att få deras talan af Oss pröfwad, kunnat derigenom anses wara tillräckligen förwarad".⁴⁴

Även sedan möjligheten att under oinskränkt tid använda ordinära rättsmedel bortfallit, fick den tilltalade vidkännas åtskilligt intrång i sitt intresse av att erhålla ett slutgiltigt avgörande. Mest ingripande torde härvidlag ha varit institutet ställande under framtiden för brott, den svenska rättens motsvarighet till absolutio ab instantia. Detta institut, som i svensk rätt infördes genom KF 2 mars 1683 angående processen vid generals- och regementsrätterna p. 20,⁴⁵ upptogs i 1734 års lag i 17: 32 ARB, som fick följande lydelse: "Nu är i swårare brottmål mer än halft bewis emot then, som anklagas, och nekar han äntå gierningen:

⁴² Jfr *Sven Bergendal* s. 166. I SvJT 1941 s. 332 gör *Sundberg* gällande, att någon fatalietid för klagan i brottmål över hovrätts utslag ej skulle ha klart fastslagits förrän genom KF 19 juli 1815, medan däremot antydningar i detta hänseende förekommit redan i en författning år 1807. 1749 års KF utsäger dock att "eho, som sig hos Kongl. Maj:t wil beswära öfwer något i Hof- eller Öfwer-Rätten fallit Utslag i bråttmål, bör sådane beswär ingifwa inom hälften af den tid, som uti 30 Cap. 9 § R.Balken utsättes...". Såsom framgår av det följande torde emellertid viss osäkerhet ha rått om tillämpningen av detta i och för sig klara stadgande.

⁴³ Se sålunda den ursprungliga avfattningen av 30 kap. 19 § ARB samt PK II s. 184.

⁴⁴ I samband med de ordinära rättsmedlen bör även uppmärksammas institutet underställning av dom. (Angående dess uppkomst se *Uppström* s. 148.) Ett i 16 p. av 1614 års rättegångsordinantia intaget stadgande om skyldighet att till hovrätt insända underrätternas domböcker skulle enligt *Uppström*, a. st., huvudsakligen ha avsett mål, vari den tilltalade frikänts, och sålunda främst verkat till hans nackdel. För ett dylikt antagande ger emellertid i varje fall stadgandets avfattning icke något stöd: "uppå thet Missgärningsmän icke så länge som här til skedt är, måge blifwa ostraffade, och Synden i så måtto tager öfwerhanden, såsom och ther emoot, then oskyldige måtte sin Oskyldigheet til godho äthniuta, eller och straffet icke skerpas öfwer then bråtsliges skuld, theföre skal för:bte wår Domhafwande medh sine Adessoribus öfwersee alla Lijffzsaker...". Underställningsinstitutet upptogs även i 1734 års lag (25:5 ARB) och har med vissa ändringar bibehållits i lagen ända till RB:s ikraftträdande.

⁴⁵ Se *Naumann* s. 619 och *Gemmel* s. 26 f.

finner Domaren thet fahra är om mened; lemne saken till framtiden, tå then kan uppenbar warda." Att saken lämnades till framtiden innebar, att något avgörande överhuvud icke kom till stånd; den tilltalade kunde sägas i realiteten alltjämt stå under åtal, och saken kunde när som helst upptagas till omprövning, om nya bevis yppade sig, varvid fällande dom meddelades, om de nya bevisen i förening med redan förut prövad bevisning utgjorde fullt bevis.⁴⁶

Icke heller avgöranden, som i och för sig framträdde såsom slutgiltiga, och som vunnit laga kraft, voro emellertid orubbliga. På grund av Konungens rätt att återbryta domar, i 1734 års lag reglerad i 31 kap. ÅRB, kunde sålunda ett genom laga kraftvunnen dom avgjort brottmål återupptagas även till men för den tilltalade, om nya skäl framkommit (31: 3 ÅRB). Möjligheten härtill var emellertid relativt begränsad, så till vida som det förutom Kungl. Maj:ts tillstånd fordrades, att sökanden beedigade, att skälen ej tidigare varit honom kunniga eller att han ej insett deras vikt.⁴⁷ En betydligt mera framkomlig väg beredde KBr 1 mars 1750, som för vissa fall medgav återupptagande av brottmål utan iakttagande av föreskrifterna i 31: 3 ÅRB. Nämda författning föreskrev, att "alle sådane grofwe brottmål, som gå å lif, ära, eller kropp, och för hwilka med penningar ej bötas må, antingen Öfwer-Rätten theruti gifwit befrielseutslag, eller ock fält then brottsliga til mindre, dock ej werkstäldt straff, än han sedermera finnes hafwa förtjent, måge af Wåra Hof- och Öfwer-Rätter, enär nya skäl och omständigheter therwid förekomma, åter upptagas, och enligt Lag och bescaffenheten afgöras, utan at therom förut hos Oss i underdånighet sig förfråga".⁴⁸

Genom KF 20 januari 1779 infördes grundsatserna i 1750 års KBr i 17: 32 ÅRB, varvid till de brottmål, vari återupptagande ägde rum, lades alla mål om tjuvnadsbrott men å andra sidan mål om statsbrott undantogos. Stadgandet fick, såvitt nu är i fråga, följande lydelse: "Ther någor en gång wid Domstol, antingen blifwit befriad, eller til et angifwit brott, i brist af fulla bewis, icke kunnat sakfällas; niute, ehwad skäl emot honom sedermera sig yppa kunna, thenna befrielse till godo, i alla mål ther penninge böter ega rum, undantagande tå saken angår lif eller ära, tiufnader, eller ock alla urbota mål. I slika fall ege Hof- och Öfwer-Rätter, antingen then brottslige fått Befrielse-Utslag, eller ock blifwit fäld til mindre, dock ej werkställt straff, än han sedermera förtient, enär nya skäl och omständigheter therwid förekomma, målet

⁴⁶ Se *Nehrman* s. 235 och *Gemmel* s. 43.

⁴⁷ Jfr *Gemmel* s. 35.

⁴⁸ *Jusleen* s. 236.

åter uppta, och enligt Lag och beskaffenhet afgöra. Alle, under namn af Stats-brott, begångne förbrytelser, dock härifrån undantagne, och under ofwannämde befrielses til godo niutande, när then anklagade therfore blifwit Lagförd och frikänd, begrepne.”

Hur den rätt till återupptagande av brottmål, som meddelades i 17: 32 ÄRB, förhöll sig till rätten att söka återbrytande hos Konungen har varit föremål för starkt delade meningar.⁴⁹ Enligt en åsikt var återupptagande till men för tilltalad överhuvud möjligt blott i den ordning, som föreskrevs i 17: 32 ÄRB, sålunda av hovrätt.⁵⁰ Enligt en annan mening kunde Konungen, sedermera HD, visserligen bevilja återbrytande till nackdel för tilltalad men endast under samma förutsättningar som gällde för återupptagande av hovrätt.⁵¹ En tredje åsikt har slutligen gjort gällande, att stadgandet icke innefattade någon som helst inskränkning i Konungens rätt att återbryta dom.⁵²

Skillnaden mellan de båda första av de angivna åsikterna är av mera formell natur och inverkar icke i nämnvärd mån på den avvägning mellan effektivitet och rättssäkerhet, som här intresserar oss. Så är däremot fallet med förhållandet mellan de nyssnämnda och den tredje åsikten. Något säkert svar på frågan, om denna mening är den riktiga, synes emellertid icke möjligt att erhålla. *Wedbergs* analys av praxis ger närmast vid handen, att HD anslutit sig till den sistnämnda åsikten och alltså ansett sig obunden av förutsättningarna i 17: 32 ÄRB, men fullt säker är denna slutsats knappast.⁵³ Hur härmed än må förhålla sig, kan emellertid konstateras, att återbrytande veterligen icke i något fall beviljats annat än med iakttagande av i 17: 32 ÄRB angivna förutsättningar.⁵⁴

Den avvägning mellan straffsanktionens effektivitet och den tilltalades trygghet, åt vilken de ovan anförda bestämmelserna ge uttryck, ter sig tämligen överensstämmande med rättsåskådningen på kontinenten vid tiden för deras tillkomst. Detta är desto naturligare, som det svenska brottmålsförfarandet givetvis icke undgått att taga intryck av

⁴⁹ Se härom framför allt *Wedberg* s. 802 ff.

⁵⁰ Denna åsikt omfattades enligt *Wedberg*, s. 803, av *Afzelius*.

⁵¹ Denna åsikt företrädades framför allt av *Gemmel*, s. 40 ff., som till stöd för sin mening åberopar såväl LK (troligen avses s. 153), ÄLB och NLB (förmodligen s. 86 resp. III s. 255 f.) som *Holmbergson* s. 84 och *Lindblad* s. 140. Jfr även KPr 1902:24 s. 38 (departementschefen *Annerstedt*) och LU 1902:31 s. 27.

⁵² Denna mening har framför allt förfäktats av *Trygger* (se FK 1902: II:21 s. 48 ff. och III:32 s. 19 f.). Härtill ansluta sig såväl PK, II s. 234, som motiven till 1939 års lagstiftning om särskilda rättsmedel (KPr 1939: 307 s. 10, 29). PLB, s. 67, framhåller denna åsikt som den förhärskande.

⁵³ Jfr *Hassler* i SvJT 1937 s. 219 f.

⁵⁴ Jfr *Sundberg* s. 332.

den kontinentala straffrättsskipningen, och liksom denna under motsvarande tid kan straffprocessen enligt 1734 års lag sägas ha varit behärskad av inkvisitionsprincipen, om ock i mindre utpräglad grad än flertalet av kontinentens processordningar.⁵⁵

II. Även i det följande påverkades den svenska rättens utveckling av de ledande kontinentala rättssystemen. Den liberalistiska grundsynen på förhållandet mellan stat och individ och åsikten om den ackusatoriska processformens obetingade företräde framför den inkvisitoriska göra sig redan från början av 1800-talet tydligt gällande även i Sverige, ehuru de icke satt märkbara spår i processlagstiftningen förrän under 1900-talet, främst i och med antagandet av RB.

I de stora lagförslagen under 1800-talet kan konstateras en tydlig strävan att mera markerat tillgodose den tilltalades intressen, däribland även intresset av ett slutgiltigt avgörande. Institutet ställande under framtiden, vilket rönt skarp kritik redan vid sitt införande i 1734 års lag⁵⁶ föreslås sålunda avskaffat redan i LK:s förslag. LK framhåller, att ställande under framtiden förutsätter en legal bevisordning med bestämda mått av bevisning och dessutom icke kan förenas med den ackusatoriska rättegångsformen, enligt vilken parterna måste "genom dom ordentligen skiljas åt, och saken följaktligen afgöras, i det skick, hwaruti den wid ransakningens slut sig wisar". Ytterligare understrykes vikten av att en tilltalad får njuta befrielsesdom till godo.⁵⁷

I samma riktning som LK:s förslag gå övriga förslag till ombildning av rättegångsväsendet i dess helhet, som framlades under 1800-talet, ävensom NLB:s år 1889 framlagda förslag till lag angående bevisning inför rätta. Även motiveringarna ansluta sig i allt väsentligt till LK:s, även om man stundom lagt huvudvikten vid institutets oförenlighet med den fria bevisprövningen, stundom åter ställt den tilltalades trygghet i förgrunden.⁵⁸ Dessa förslag ledde emellertid ej till lagstiftning. Icke heller ett förslag till lag om ändring i vissa delar av rättegångsbalken, som framlades vid 1902 års riksdag⁵⁹ och vari första punkten av 17: 32 ÄRB föreslogs avskaffad, hade större framgång. I PK:s be-

⁵⁵ Jfr t. ex. PK II s. 6 ff.

⁵⁶ Framför allt av *Abrahamsson*; se *Sjögren* VIII s. 235 f.

⁵⁷ LK s. 152.

⁵⁸ Se NLB III s. 123 och 225, 1889 års förslag till lag angående bevisning inför rätta s. 130 f. ÄLB upptager ingen bestämmelse om ställande under framtiden, och ej heller motiven uttala sig i denna fråga. — Mycken kritik har också riktats mot att ställande under framtiden förenades med åtskilliga menliga påföljder i medborgerligt hänseende. Från synpunkter av detta slag kan emellertid i detta sammanhang bortses.

⁵⁹ KPr 1902: 24.

tänkande återfinner man reformkravet i praktiskt taget samma skick som i LK:s förslag inemot 100 år tidigare. Med anledning av en motion vid 1933 års riksdag⁶⁰ upptogs frågan om institutets avskaffande till behandling inom justitiedepartementet. Vid den därvid gjorda utredningen konstaterades, att ställande under framtiden vore "en kvarleva från den tid då den legala bevisteorien och reglerna angående den inkvisitoriska processen voro allenahärskande i vår rätt", en kvarleva som icke överensstämde med nutida rättsåskådning, bl. a. därför att en dom, varigenom en tilltalad ställdes under framtiden, i allmänhetens ögon syntes innebära, att han stämplades som skyldig till brottet. Ytterligare uttalades, att institutet icke hade någon uppgift att fylla ens med hänsyn till möjligheten att återupptaga ett mål mot en tilltalad, för den händelse nya bevis framdeles skulle yppa sig, enär vidsträckt möjlighet till återupptagande förefunnos även vid rent frikännande domar.⁶¹ En proposition i ämnet följande år⁶² vann riksdagens bifall, varefter första punkten av 17:32 ÄRB upphävdes genom lag 16 februari 1934.

Parallellt med strävandena att avskaffa ställande under framtiden går en tendens att inskränka möjligheten till återupptagande av till formen slutgiltiga domar. Redan LK uttalade, att dylikt återupptagande borde kunna ifrågakomma endast i form av resning, beviljad av HD: "Det är lika viktigt, att en tilltalad får njuta befrielsedom till godo i brottmål, som att ett i twistemål utfärdadt domslut äger bestånd. Sättet att få brottmål upptaget på nya skäl, utan hinder af den förra domen, bör alltså wara det samma, som för ett slikt upptagande af twistemål är stadgadt; och enär nu den princip för mål af senare slaget är gällande, att ingen äger bryta dom åter, som wunnit laga kraft, utan Konungen allena, genom Dess Högsta Domstol, har Commiteen trott denna princip jemwäl till brottmål böra hänföras, hwarigenom ock en ytterligare säkerhet beredes den tilltalade, att icke utan verkliga skäl och noggrann pröfning, kunna för nytt åtal blottställas, sedan han en gång blifwit befriad."⁶³

Någon motsvarighet till den i 17:32 ÄRB meddelade befogenheten för hovrätt att återupptaga brottmål innehöll sålunda icke LK:s förslag, utan resning efter ansökan hos HD föreslogs utgöra den enda möjligheten till omprövning av ett genom laga kraftvunnen dom avgjort brottmål. Samma ståndpunkt intogs samtliga senare förslag i ämnet.

⁶⁰ Motion AK: 357.

⁶¹ Se KPr 1934: 5 s. 10 f.

⁶² KPr 1934: 5.

⁶³ LK s. 152 f.

Först genom lag den 22 juni 1939 upphävdes emellertid återstoden av 17: 32 ARB i samband med antagandet av nya bestämmelser om särskilda rättsmedel, varom skall talas närmare i det följande.

Förutom den garanti mot ett alltför flitigt bruk av resning och därav följande otrygghet, som bestod i att resningsprövningen lagts i HD:s hand, uppställdes i flertalet lagförslag vissa förutsättningar, som hänförde sig till de förebragta skälen. Enligt NLB skulle resning få beviljas endast om *synnerliga* skäl förelågo.⁶⁴ PK krävde, att den nya bevisningen *otvivelaktigt* skulle ha lett till visst annat resultat.⁶⁵ PLB nöjde sig däremot med att fordra *sannolikhet* för en viss annan utgång men uppställde å andra sidan såsom förutsättning för resning till men för den tilltalade, att sökanden gör sannolikt, att han icke vid den rätt, som meddelat domen, eller genom fullföljd från denna kunnat åberopa omständigheten eller beviset eller att han eljest haft giltig ursäkt att ej göra det.⁶⁶

Av stor betydelse äro även de inskränkningar i resningsrätten som hänföra sig till sökandens syfte och till brottets svårhetsgrad.

I syfte att åvägabringa en strängare bestraffning kunde en laga kraftvunnen fällande dom över huvud icke upprivas enligt vare sig LK:s, ÄLB:s eller NLB:s förslag.⁶⁷ I NLB var emellertid en ledamot, JR Örbom, på denna punkt skiljaktig och påyrkade införande av en bestämmelse av innebörd, att resning måtte kunna ske "äfvén i det fall att emot den, som blifvit dömd till straff, nytt skäl yppas, på grund hvaraf gerning, hvarför han varit under tilltal, pröfvas hafva blifvit begången under sådana, förut ej kända omständigheter att gerningen bör hänföras till annat, med strängare straff belagdt brott än det hvarför han förut blifvit dömd".⁶⁸

Örboms uppfattning vann anslutning av PK. Även enligt dess förslag kunde resning till men för sakfälld tilltalad äga rum, dock endast om å brottet kunde följa straffarbete och den tilltalade dömts med tillämp-

⁶⁴ NLB XVIII: 6 (III s. 170). Häri kan naturligen i och för sig tänkas ligga ett krav på viss svårhetsgrad hos brottet. Emellertid torde så icke vara fallet, då, såsom framgår av det följande, detta spörsmål reglerats i annan ordning.

⁶⁵ PK II s. 238 och 243.

⁶⁶ PLB 58: 3. Jfr s. 576. — Från möjligheten till omprövning av domar, som visa sig ha tillkommit under inverkan av brottsligt förfarande från någon i processen medverkande eller grovt rättegångsfel, eller som vila på falsk bevisning, skall här bortses, liksom från möjligheten till återställande av försutten fatalietid.

⁶⁷ LK 11 kap. 6 §, jfr motiven s. 153: "Det är vädligt att låta straffdomar upprifvas, för det man förmenar straffet ej hafva varit tillräckligt." ÄLB 11 kap. 4 §, jfr motiven s. 86 f. NLB III s. 257. Jfr XVIII: 1, som emellertid efter ordalagen endast gäller vad som numera kallas återställande av försutten tid.

⁶⁸ NLB III s. 257 f.

ning av en väsentligt mildare straffbestämmelse än den som bort ifrågakomma.⁶⁹ Samma ståndpunkt intog PLB.⁷⁰

Att resning måste kunna ifrågakomma vid friande brottmålsdomar, därom ha samtliga förslag varit ense, medan åsikterna varierat i fråga om resningsmöjlighetens utsträckning. Enligt LK kunde resning beviljas, om brottet, "hvarföre han tilltalades" kunde förskylla straffarbete i fjärde grad eller svårare straff eller förlust av medborgerligt förtroende för alltid, med undantag likväl för brott enligt 9 och 10 kap. straffbalken.⁷¹ ALB anslöt sig i stort sett till LK:s uppfattning men omarbetade dess förslag med hänsyn till nya straffbestämmelser i sitt förslag till straffbalk och undantog dessutom från resning i 11 kap. straffbalken omtalade brott mot offentlig myndighet.⁷² Enligt NLB kunde resning äga rum, om brottet vore "i lag belagdt med straffarbete, dock ej på kortare tid än två år", med undantag för brott mot bestämmelser i 8, 9 eller 10 kap. SL.⁷³ PK uppställde, liksom sedermera PLB, såsom enda förutsättning för resning efter friande dom, såvitt avsåg brottets karaktär, att straffarbete kunde följa å detsamma.⁷⁴ Den 22 juni 1939 upphöjdes de av PLB föreslagna bestämmelserna om särskilda rättsmedel till lag och blevo sålunda gällande, innan PLB:s förslag i övrigt antagits. Numera återfinnas bestämmelserna om resning till men för den tilltalade, vilka här särskilt intressera, i oförändrat skick i 58:3 RB.

Vad slutligen angår principen, att en omprövning av ett genom dom prövat sakförhållande icke får äga rum genom att saken oberoende av den första processen genom nytt åtal bringas under domstols prövning, torde denna princip åtminstone under de båda senaste århundradena ha varit allmänt erkänd, ehuru den först genom bestämmelsen i 30:9 RB kommit till klart uttryck i lagtext. Emellertid torde dess praktiska betydelse icke ha varit särdeles stor, då vidsträckt möjlighet förefunnits till återupptagande, främst genom stadgandet i 17:32 ÄRB. Genom upphävandet av detta lagrum och genom den snäva utformningen av resningsmöjligheterna i 58:3 RB skjutes avvisningsregeln i förgrunden, och de tolkningssvårigheter, vartill regeln ger anledning, erhålla väsentligt ökad betydelse.

⁶⁹ PK II s. 238, jfr s. 243.

⁷⁰ PLB 58:3, jfr s. 575 f.

⁷¹ LK 11 kap. 5 §, jfr motiven s. 153. — Undantag gjordes även för befrielsedomar, som grundades på beslut av särskild nämnd eller jury. Från detta undantag, som icke berörde den ordinära processen, kan i detta sammanhang bortses.

⁷² ALB 11 kap. 3 §, jfr motiven s. 86 f.

⁷³ NLB XVIII:2, jfr motiven III s. 256.

⁷⁴ PK II s. 238, jfr s. 243, PLB s. 58:3, jfr s. 575 f.

§ 3. Några sammanfattande synpunkter

Den föregående undersökningen av orubblighetsprincipens utveckling i såväl de viktigare kontinentala rättssystemen som svensk rätt utvisar en klar parallellism mellan denna principens genomförande och valet mellan inkvisitorisk och ackusatorisk princip såsom ledande grundsats för brottmålsförfarandet. Under tider, då inkvisitionsprincipen varit den ledande, har grundsatsen om domens orubblighet till förmån för den tilltalade trängts tillbaka, medan den tilltalades intressen härvidlag tillerkänts större beaktandé i samma mån som ackusatoriska element i straffprocessen gjort sig gällande.

Det är uppenbart, att denna iakttagelse måste vara av största betydelse för tolkningen av avvisningsregeln i 30: 9 RB. Visserligen har i svensk rätt den ackusatoriska principens företräde sedan länge erkänts i lagförslag och doktrin. Ända till senaste tid har emellertid den gällande lagstiftningen präglats av inkvisitionsprincipen — låt vara i mera modifierad form än den kontinentala straffrättsskipningen under inkvisitionsprocessens glansdagar. Det är i stort sett först i och med RB:s ikraftträdande som den svenska straffprocesslagstiftningen tagit steget över från inkvisitorisk till ackusatorisk rättegångsform. Den förändrade avvägning mellan effektivitets- och trygghetssynpunkterna, som härigenom kommit till uttryck, torde icke kunna undgå att influera tolkningen av 30: 9 RB. Särskilt har denna synpunkt betydelse vid bedömande av äldre rättsfall, vilkas värde för fastställande av gällande rätt måste ses i belysning av att de tillkommit under en tid, då en annan grundsyn på förhållandet mellan effektivitet och trygghet än den nuvarande präglade processlagstiftningen.

Kap. 3

Översikt över problemen vid avvisningsregelns tillämpning

De problemställningar, som möta i litteraturen om brottmålsdomens rättskraft, äro ofta, särskilt i tysk doktrin, konstruerade med utgångspunkt från uppfattningen om statens straffanspråk såsom straffprocessens föremål. I anslutning till begreppen rättighet och skyldighet inom civilrätten har man, såsom förutnämnts, i straffrätten talat om statens subjektiva straffrätt och en häremot svarande plikt för den brottslige att underkasta sig straffet. Liksom ur de civilrättsliga rättigheterna ansetts härflyta anspråk på rättsskydd, har man även hävdad, att straffprocessens föremål är statens anspråk på straff.¹ Såsom en konsekvens härav har förfäktats, att samma straffanspråk, som varit föremål för dom, icke kan göras gällande i ny rättegång men att nytt åtal kan ägas, om straffanspråket icke är identiskt med det tidigare bedömda.²

På senare tid har emellertid läran om straffanspråket utsatts för en skarp och i allt väsentligt berättigad kritik. I nordisk doktrin har särskilt av Agge övertygande påvisats, att den icke ger ett tillfredsställande uttryck åt realiteterna i brottmålsförfarandet utan grundar sig på en missvisande analogi från civilprocessrätten.³ Kritiken har särskilt gått

¹ Se t. ex. *Binding*, Handbuch I, 2. Buch: "Das subjektive Strafrecht und das Strafrechtsverhältnis" s. 477 ff. och *Merkel* s. 191 ff. I nordisk doktrin återfinnes uppfattningen, att processens föremål är statens straffanspråk, hos bl. a. *Hedenskog* s. 1, *Kallenberg*, Forum i brottmål s. 5, 11, *Trygger*, Straffprocessrätt s. 5, *Hagerup*, Straffprocess I s. 3 ff., *Granfelt* s. 2 f. och *Wrede-Sjöström* s. 157.

² Se t. ex. *Schanze* s. 471 ff.

³ Se *Agge*, Processföremålet s. 20 not 2 och SvJT 1937 s. 617 ff. Jfr även samme författare i SvJT 1936 s. 241 ff. Till *Agges* uppfattning ha sedermera anslutit sig bl. a. *Palmgren*, s. 49 ff., och *Tirkkonen*, s. 723. — I tysk doktrin finnas ansatser till kritik av straffanspråksteorien redan hos *Binding*. Abh. II s. 307 ff., ehuru *Binding* i sina övriga skrifter framträder som en av denna teoris mest konsekventa företrädare.

ut på att det icke kan anses riktigt att, såsom fallet är enligt straffanspråksteorien, rättsföljden skjutes i förgrunden såsom det avgörande momentet vid bestämmande av föremålet för en rättegång i brottmål. Agge konstaterar, att den primära uppgiften för domstolen i ett brottmål är att utreda, huruvida den tilltalade förövat den åtalade gärningen, och att bestämmandet av rättsföljden är en härifrån principiellt tämligen fristående uppgift, som för frågan om res judicata är av underordnad betydelse.

Det synes icke erforderligt att i detta sammanhang närmare undersöka vare sig straffanspråksteoriens konsekvenser inom rättskraftsläran eller argumenten i den framförda kritiken. Ty det förefaller uppenbart, att en teoretisk konstruktion sådan som straffanspråksteorien icke erbjuder en acceptabel utgångspunkt för behandlingen av problemen. En undersökning av rättskraftsproblemen måste för att kunna leda till godtagbara resultat ske med utgångspunkt från tillämpliga lagbestämmelser. Uppgiften i förevarande avsnitt är att från denna utgångspunkt giva en översikt över frågeställningarna och att precisera de problem, på vilka den följande undersökningen väsentligen skall inriktas.

Det stadgande, som i första hand intresserar, återfinnes, såsom förut nämnts, i 30: 9 RB och lyder:

”Sedan tid för talan mot dom utgått, må ej fråga om ansvar å den tilltalade för gärning, som genom domen prövats, ånyo upptagas.

Om förändring och förening av straff så ock om särskilda rättsmedel gälle vad därom är stadgat.”

I. Detta stadgande kan först och främst sägas bekräfta riktigheten av tesen, att *rättsföljden* är av underordnad betydelse, när det gäller att avgöra frågor om res judicata i brottmål. Av lagrummet framgår sålunda klart, att ett yrkande om en annan kriminell rättsföljd på basis av tidigare bedömda rättsfakta icke kan upptagas till prövning genom nytt åtal. Varje yrkande, som är att rubricera såsom ett ansvarsyrkande på grund av gärning, prövad genom laga kraftvunnen dom, är prekluderat.

Att den yrkade rättsföljden, såvitt gäller frågor om ansvar, saknar relevans vid tillämpning av avvisningsregeln, innebär en betydande olikhet gentemot civilprocessen. Medan identitetsprövningen i tviste-

Bland kritikerna kunna vidare nämnas Mayer, GS 1930 s. 104 ff., samt Keetsin-Liu, s. 38 ff. — En kritik av mera säregt slag har framställts av Schaffstein, sp. 1174 ff. Denne författare utdömer straffanspråksteorien såsom en på ”aufklärerisch-liberalistischem Gedankengut” vilande idé om den enskildes gentemot staten avgränsade maktsfär. De av Schaffstein framförda argumenten synas emellertid rikta sig snarare mot själva rättsstatsidén än speciellt mot den kritiserade uppfattningen.

mål anknytes till grunden för käromålet i dess relation till yrkandet, är problemställningen i brottmål så till vida förenklad, som man endast behöver fästa avseende vid grunden. Denna skillnad sammanhänger naturligen med den djupgående olikhet mellan de båda processarterna, som hänför sig till official- och dispositionsprinciperna, särskilt beträffande domstolens bundenhet av framställda yrkanden. Eftersom domstolen i ett tvistemål är bunden av kärandens yrkande, skulle det icke var rimligt att prekludera nya yrkanden på samma grund. Käranden kan uppenbarligen ha ett betydande intresse av att i skilda rättegångar göra gällande olika yrkanden, som stödjä sig på samma faktiska förhållanden. Något motsvarande intresse har däremot i allmänhet icke åklagare eller målsägande beträffande ansvarsyrkanden i brottmål, och då domstolen är skyldig att oberoende av framställt yrkande pröva samtliga kriminella rättsföljder, som kunna härledas ur den åberopade grunden, kan den tilltalades trygghet tillgodoses genom preklusion av nya yrkanden om ansvar, grundade på samma faktiska förhållanden.

En annan omständighet, som möjliggör, att rättsföljden icke inverkar på frågan om res judicata enligt 30: 9 RB, är den, att den negativa rättskraftsfunktionen i brottmål alltid verkar till förmån för den tilltalade. Om i tvistemål samtliga yrkanden på samma grund prekluderades, skulle detta exempelvis förhindra en hyresgäst, som förpliktats utgiva hyra för viss tid, att senare anställa en negativ fastställsetalan för att få fastslaget, att något giltigt hyresavtal icke ingåtts. Exemplet visar, att även svarandens intressen skulle kunna trädas för nära, om rättskraften i tvistemål omfattade grunden oberoende av yrkandet. Någon motsvarighet till denna synpunkt gör sig emellertid av skäl som nyss nämnts icke gällande i brottmål.

Enligt 30: 9 RB gäller preklusionen endast kriminella rättsföljder, dvs. vad som betecknats som *fråga om ansvar*. Under detta uttryck faller naturligen först och främst straff. Härunder inbegripas i och för sig även *avsättning och suspension* såsom bistraff. Enligt särskilt stadgande i 25:13 SL gäller emellertid, att om den som blivit dömd till straff, innan domen meddelades eller därefter men innan domen vunnit laga kraft, blivit förordnad eller vald till befattning, och om domstolen icke prövat frågan om avsättning eller suspension därifrån jämlikt 25: 6 eller 7 SL, särskild talan om avsättning eller suspension får föras, såframt den väckes inom två år från det domen vann laga kraft.⁴ Detta

⁴ Stadgandet, som införts genom 1948 års lagstiftning om brott mot staten och allmänheten, innefattar en ändring av äldre rätt; jfr NJA 1921 s. 620 och Agge, Straffprocessrätt II s. 130.

stadgande avser i första hand fall, då domstolen saknat kännedom om den tilltalades innehav av viss befattning eller då den tilltalade erhållit dylik först efter domens meddelande men innan den vunnit laga kraft. Huruvida särskild talan kan föras, då av domen icke framgår, om fråga om avsättning eller suspension varit under övervägande, är mera tvivelaktigt. Enligt straffrättskommitténs förslag hade bestämmelsen (placerad i 2:17) lydelsen, att särskild talan kunde föras beträffande befattning, som "ej blivit i domen nämnd". I anslutning härtill gjorde emellertid lagrådet följande uttalande: "Under vissa omständigheter synes dock domstolens tystnad böra verka till den tilltalades förmån. Sålunda lär, om av domstolens akt i målet framgår, att domstolen haft kännedom om innehavet av befattningen — och en muntlig vid rätten lämnad upplysning om befattningen torde böra protokollföras — den dömde skäligen ej böra utsättas för att frågan tages upp i ny rättegång utan domstolen presumeras hava tagit ställning till frågan och funnit sådan påföljd ej böra ådömas. För att göra en sådan tolkning av paragrafen möjlig kunde som förutsättning för särskild talan angivas, att domstolen icke prövat frågan om avsättning eller suspension jämlikt 6 eller 7 §."^{4a} Bestämmelsens slutliga lydelse avfattades i enlighet med lagrådets hemställan, varför den torde böra tolkas på sätt lagrådet rekommenderat.

Även de olika *straffrättsliga skyddsåtgärderna* äro otvivelaktigt att beteckna såsom ansvarspåföljder enligt 30:9 RB.⁵ Såsom förut nämnts, förefinnes emellertid ur individualpreventiv synpunkt ett betydande intresse av att kunna anpassa samhällets reaktion mot begångna förbrytelser efter lagöverträdarens person. Även om man av olika skäl, som det skulle föra för långt att här utveckla, i allmänhet icke vill övergiva tanken, att reaktionens svårhetsgrad måste stå i viss proportion till den förövade rättskränkningen, finnes en stark tendens inom modern kriminalpolitik att vid bestämmande av reaktionen uppfatta brottets betydelse principiellt främst såsom ett indicium bland andra på arten och graden av den tilltalades asocialitet; såsom ett uttryck för hans typ. Denna synpunkt leder till att även omständigheter som inträffat och erfarenheter som vunnits efter det domen vunnit laga kraft, måste kunna i viss mån inverka på reaktionen. Även mera tekniska synpunkter, som göra sig gällande, om den brottslige sedermera lagföres för annat brott, leda till ett krav på att en ådömd rättsföljd icke alltid kan få förbli orubblig. De angivna synpunkterna ha också i stor utsträckning tillgodosetts men icke genom en generell möjlighet till nytt åtal utan genom särskild lag-

^{4a} KPr 1948:80, s. 435. Jfr *Strahl*, Påföljder för brott s. 196.

⁵ Jfr 1:3 SL och FLU 1948:39 s. 13 f.

stiftning, till vilken 30: 9 RB hänvisar med uttalandet, att om förändring och förening av straff skall gälla vad därom är stadgat.⁶ Den mångfald stadganden inom strafflagstiftningen, som härmed åsyftas, kan icke inom ramen för detta arbete upptagas till granskning. Här må endast understrykas, att frågan, i vad mån denna lagstiftning träffat en rimlig avvägning mellan de kriminalpolitiska intressena och rättssäkerhetssynpunkterna, utgör en viktig sida av de problem, som sammanhånga med orubblighetsprincipen i brottmål.

Huruvida en viss rättsföljd bör betecknas såsom ansvarspåföljd enligt 30: 9 RB eller icke, är en fråga, vilken, såsom framgår av det anförda, i regel icke vållar några svårigheter. Ett undantag härvidlag utgör emellertid *konfiskation* eller förverkande.

Regler om förverkande av visst gods eller dess värde i penningar eller eljest viss del av en persons förmögenhet återfinnas i ett stort antal stadganden i svensk rätt. Sålunda innehålla många specialstraffrättsliga författningar bestämmelser om konfiskation. I SL ha även konfiskationsbestämmelser av mera allmän räckvidd införts i 2: 16 och 17 genom 1948 års lagstiftning om brott mot staten och allmänheten.

De påföljder, som i lagen betecknas såsom förverkandepåföljder, utgöra emellertid icke enhetliga sanktioner utan uppbäras av helt eller delvis olika syften. I anslutning härtill har man inom doktrinen skilt mellan tre olika huvudgrupper av konfiskationsregler. En grupp har sålunda betecknats såsom civilrättslig⁷ eller *reparativ*⁸ konfiskation, kännetecknad av att syftet är att gottgöra den som lidit skada genom ett brott eller annan rättsstridig handling.⁹ En annan grupp har benämnts *politirättslig*¹⁰ konfiskation, kännetecknad av syftet att neutralisera den samhällsfara, som kan föreligga genom att ett visst föremål befinner sig i enskild persons hand, exempelvis en dyrk eller annat föremål, som på grund av sin beskaffenhet kan befaras komma till användning vid brott. En tredje grupp slutligen har rubricerats *repressiv* konfiskation eller straffrättslig konfiskation i egentlig mening¹¹ och karakteriseras av att den fullföljer samma syfte som straff, nämligen att

⁶ Straff måste här tydligen — i motsats mot vad eljest är brukligt inom lagspråket — avse även andra straffrättsliga reaktioner än straff i teknisk mening, exempelvis villkorligt anstånd med straffs ådömande.

⁷ Hurwitz, Konfiskation s. 54 ff.

⁸ Agge, Utlåtande.

⁹ Jfr Bergendal, Lärobok s. 627.

¹⁰ Hurwitz, a. st., Agge, Utlåtande, Bergendal, a. a. s. 628 ff. och Stjernberg, Den positiva straffrätten s. 58.

¹¹ Agge, Utlåtande, jfr Hurwitz a. st. och Bergendal a. a. s. 633 ff., jfr Stjernberg, a. a. s. 59.

genom tillfogande av ett lidande förmå medborgarna att icke överträda straffsanktionerade regler. Givet är, att denna indelning är tämligen schematisk, och att en konfiskationsregel oftast vilar på flera av de angivna synpunkterna. Det bör också understrykas, att de olika konfiskationsreglerna i allmänhet torde kunna helt eller delvis återföras på ett gemensamt huvudsyfte att förebygga brott.

Att en förverkandepåföljd med rent eller övervägande reparativt syfte icke träffas av preklusionsbestämmelsen i 30:9 RB lär kunna anses klart. Detsamma synes också böra gälla konfiskation av huvudsakligen politirättslig karaktär. Särskilt när det gäller förverkande av föremål, som äro speciellt avsedda för utförande av brott eller eljest särskilt samhällsfarliga i det enskilda subjektets hand, torde kunna antagas, att intresset av föremålets oskadliggörande väger tyngre än den tilltalades intresse att icke vidare bli föremål för samhällsingripande på grund av en gärning, som prövats genom laga kraftvunnen dom. Beträffande den typiskt repressiva konfiskationen synes däremot inom doktrinen ha antagits, att denna bör följa samma regler som straff i allmänhet, såvida icke särskilda undantagsregler uppställas.¹² Några särbestämmelser beträffande domens rättskraft finnas icke i lagstiftningen, och praxis ger ingen direkt ledning för bedömande av förverkandepåföljder i rättskraftshänseende.¹³ Problemet, om en konfiskationspåföljd kan göras gällande i senare rättegång, synes därför bli beroende på om påföljden helt eller åtminstone i så övervägande grad har repressiv karaktär, att den ur de synpunkter, som motivera rättskraftsinstitutet i brottmål, bör jämföras med straff.^{13a}

Vid detta bedömande kan det icke anses i och för sig avgörande, huruvida förverkandepåföljden föreskrivits i SL eller eljest i samband med bestämmelser om straff.¹⁴ Man får i stället med ledning av förarbetena till den speciella bestämmelse, vars tillämpning ifrågasättes, söka utröna, om bestämmelsens syfte är huvudsakligen repressivt eller icke. Resultatet av denna undersökning kan lämpligen sammanställas med en undersökning, huruvida för den speciella förverkandepåföljden

¹² Jfr sålunda Hagströmer I s. 463 f., Agge, Utlåtande och Hurwitz, Konfiskation s. 1 f., 54 f.

¹³ Det veterligen enda rättsfall, som berör frågan om rättskraft vid konfiskation, är SvJT 1925 rf. s. 24, som emellertid endast gällde omfattningen av en tidigare ådömd förverkandepåföljd. Se härom nedan s. 253.

^{13a} Denna problemställning innebär icke, att man med bortseende från ändamåls-synpunkter deducerar praktiska slutsatser ur konfiskationens rättsliga natur. För att vid tillämpning av 30:9 RB kunna väga de olika intressena mot varandra är det nödvändigt att göra klart för sig, vilket syfte som uppbär en konfiskationsregel.

¹⁴ Jfr SOU 1944: 69 s. 67.

i något hänseende gälla regler, som äro typiska för straff eller icke. Det är tydligt, att dessa frågor måste undersökas särskilt för olika ifrågakommande förverkandebestämmelser, och att några allmänna riktlinjer för rejudicataspörsmålets besvarande därför icke kunna uppställas. Det synes däremot kunna vara av intresse att något beröra de olika omständigheter, som utgöra indicier på att påföljden har övervägande repressivt syfte.

Ett indicium härpå — och ett viktigt sådant — är, att förverkande förutsätter, att den, mot vilket påföljden riktar sig, fälls till *straff*. Denna förutsättning uppställs i ett flertal specialstraffrättsliga författningar.¹⁵ Enligt 2: 16 och 2: 17 SL kräves icke, att någon kan fällas till straff men däremot enligt 2:16 och 2: 17 första stycket SL att en i SL straffbelagd gärning förövats.¹⁶ Enligt SL kan sålunda förverkande rikta sig även mot den som på grund av bristande straffmyndighet eller psykisk abnormitet går fri från straff.¹⁷

Ett annat indicium på att en förverkandepåföljd har repressiv karaktär, är att den kan drabba endast den som gjort sig skyldig till det brott, som föranleder konfiskationen. Såväl enligt SL som enligt vissa specialstraffrättsliga författningar kan dock konfiskation drabba även annan än gärningsmannen.¹⁸ Enligt 2:16 och 2:17 första stycket SL gäller emellertid undantag för det fall, att någon i god tro förvärvat egendomen eller särskild rätt därtill. Härmed sammanhänger nära frågan, om en juridisk person, som enligt svensk rätt icke kan straffas, kan drabbas av förverkandepåföljd. Detta ansågs möjligt i NJA 1883

¹⁵ Se sålunda t. ex. 91 § civilförsvarslagen 15 juli 1944, 19 § KK 17 juni 1943 med vissa bestämmelser ang. handeln med ransonerade varor, m. m., 5 § lagen 5 juni 1942 om förbud i vissa fall mot handel med ransonerade varor, 25 § allmänna förfogandelagen 22 juni 1939, 30 och 31 §§ lagen 3 juni 1938 om rätt till jakt, 30 och 31 §§ jaktstadgan 3 juni 1938 och 5 § lagen 18 juni 1925 om bulvanförhållande i fråga om fast egendom.

¹⁶ Jfr SOU 1944:69 s. 68 f. och s. 74.

¹⁷ Detta torde emellertid icke alltid vara möjligt, även om lagen icke uttryckligen kräver, att gärningsmannen skall vara förfallen till straff. Jfr sålunda Svea HovR:s utslag den 15 juni 1948 i mål mellan allmän åklagare och E. B. Strandberg.

¹⁸ Se i praxis beträffande olovlig varuinförsel NJA 1940 s. 103 och 1948 s. 420 samt beträffande olovlig avverkning NJA 1948 s. 524. I åtskilliga rättsfall ha, med tillämpning av 8 § lagen 20 juni 1924 med särskilda bestämmelser ang. olovlig befattning med spritdrycker och vin, på avbetalning köpta, ej slutbetalda fordon, som av köparen eller annan använts vid smuggling, förklarats förverkade. Se NJA 1926 s. 445 (I och II), 1928 s. 508, 1932 B 785, 1933 s. 579., 1934 s. 261, 1936 s. 723 och 1939 s. 280. Jfr NJA 1926 s. 48 och 1936 s. 383. Beträffande tillämpning av numera upphävida författningar må hänvisas till NJA 1903 s. 333 (olovlig varuinförsel) samt NJA 1901 s. 556 och SvJT 1918 rf. s. 108 (avverkning och uppläggande av virke i strid mot förbud). Jfr även *Thomasson* s. 378 ff. — Observeras bör, att även konfiskation gentemot annan än gärningsmannen kan sägas ha ett repressivt syfte i den mån man därmed avser att sanktionera en skyldighet att förhindra godsets användning på lagstridigt sätt.

s. 118 (brott mot avverkningsförfattning) och 1945 s. 77 (brott mot ransoneringsförfattning). Enligt 2:17 SL kan förverkande även drabba bolag eller annan juridisk person.¹⁹

Ett tecken, som tyder på att förverkandepåföljd väsentligen har repressiv karaktär, är också, att om det gods, förverkandepåföljden i första hand avser, icke kan påträffas eller icke finnes i behåll, förverkandet kan avse dess värde i penningar. Detta är fallet enligt ett stort antal förverkandebestämmelser, däribland 2: 16 och 2: 17 första stycket SL.

Därest förbrytare dör, är enligt 5: 13 SL allt straff förfallet. Jämlikt samma lagrum må emellertid konfiskation enligt 2: 16 eller 17 SL, om det finnes skäligt, ådömas utan hinder av förbrytarens död, en regel, som tyder på att sådan påföljd icke har rent repressiv karaktär. Vid tillämpning av specialstraffrättsliga författningar har en liknande undantagsregel kommit till uttryck i NJA 1900 s. 197 (1877 års tullstadga), NJA 1944 s. 73 (allmänna förfogandelagen och ransoneringsförfattning) samt NJA 1947 s. 81 (ransoneringsförfattning), medan utgången blivit den motsatta i NJA 1906 B 151 och NJA 1911 s. 502 (avverkningsförfattningar) samt NJA 1921 s. 149 (1904 års tullstadga).

Jämlikt 2: 18 SL får talan om konfiskation enligt 2: 16 eller 17 SL väckas utan hinder av att straff är förfallet, därest statsåklagaren finner det vara ur allmän synpunkt påkallat. I ett flertal rättsfall rörande specialstraffrättsliga författningar har också antagits, att förverkande kan inträda, även om straff för brottet är preskriberat.²⁰

Slutligen må nämnas frågan, huruvida skyldighet att nedsätta fullföljdsavgift föreligger eller icke vid fullföljd till HD med yrkande om befrielse från konfiskationspåföljd. Dylik skyldighet ansågs icke föreligga i NJA 1945 s. 77 (ransoneringsförfattning) och NJA 1947 s. 39 (prisregleringslagen), vilket tyder på att påföljden ansetts vara av repressiv karaktär.²¹

Det har här endast varit möjligt att söka giva några antydningar om de förhållanden, som ge vägledning vid bedömandet av om konfiskation är att betrakta som ansvar enligt 30: 9 RB. Dessa antydningar ha blivit tämligen vaga. Emellertid torde, såsom framgår av det anförda, någon generell regel icke kunna uppställas utan problemets lösning måste bli

¹⁹ Jfr SOU 1944: 69 s. 70.

²⁰ Se sålunda SvJT 1930 rf. s. 52 (1904 års tullstadga), NJA 1933 s. 551 och 1938 s. 222 (rusdrycksförfattningar) samt NJA 1948 s. 200 (KK 20 september 1940 ang. importförbud å vissa varor). Jfr dock NJA 1906 s. 257 (olovlig varuinförsel). — Se vidare beträffande fråga om konfiskation på grund av olovlig varuinförsel vid förhandenvaron av en speciell straffrihetsgrund NJA 1929 s. 143.

²¹ I NJA 1945 s. 77 pekar dock det förhållandet i motsatt riktning, att påföljden, såsom tidigare framhållits, drabbade en juridisk person.

beroende på en tolkning av den speciella förverkandebestämmelse, vars tillämpning ifrågasättes. Att ur denna synpunkt genomgå samtliga förekommande förverkandebestämmelser kan i förevarande sammanhang icke ifrågakomma. Beträffande SL:s stadganden om konfiskation må emellertid utöver det anförda tilläggas ytterligare några anmärkningar.

I 5:19 a SL har uppställts en särskild preskriptionsregel, enligt vilken talan om ådömande av påföljd jämlikt 2:16 eller 2:17 st. 1 SL, där straff är förfallet, ej får väckas senare än tio år från det brottet begicks. Av detta stadgande synes enligt *Strahl*²² framgå att talan om förverkande på grund av brottet icke kan prövas efter det att frågan om ansvar för brottet blivit avgjord utan att därvid förverkandeförklaring meddelats. Det kan nämligen enligt *Strahl* icke antagas, att straff är förfallet, därest sådant ådömts och verkställt, och heller icke att i sådant fall förverkandepåföljd överhuvud icke skulle vara underkastad preskription. Att i lagen icke uppställts någon preskriptionsregel för detta fall får därför enligt *Strahl* antagas bero på att 30:9 RB utesluter ny talan om sådan påföljd. Är denna tolkning riktig, synes man sålunda kunna konstatera, att konfiskation jämlikt 2:16 eller 2:17 st. 1 SL är att beteckna som ansvar enligt 30:9 RB, trots att flera av de ovan anförda indicierna peka i motsatt riktning.^{22a}

II. För att avvisning jämlikt 30:9 RB skall inträda är tillräckligt, att fråga om ansvar gentemot den tilltalade för gärning, som prövats genom laga kraftvunnen dom, väckes i senare rättegång. Vem som väcker frågan är däremot ur denna synpunkt likgiltigt. Medan stadgandets tillämpning alltid förutsätter den tilltalades identitet, är sålunda *den åtalade partens identitet* icke erforderlig för antagande av res judicata.

Den ståndpunkt lagen härvidlag intager står i god överensstämmelse med vad som i allmänhet antagits inom doktrinen.²³ Såsom motivering brukar i utländsk litteratur anföras, att varken åklagare eller måls-

²² Se *Strahl*, Påföljder för brott s. 226.

^{22a} Framhållas bör, att 5:19 a SL enligt motiven (SOU 1944:69 s. 111) förutsatts vara analogiskt tillämplig inom specialstraffrätten. I den mån detta är fallet, blir tydligen även det nyss anförda resonemanget tillämpligt. Beträffande specialstraffrättsliga bestämmelser må här i övrigt endast anmärkas, att 12:14 TFO synes förutsätta, att talan om skrifts konfiskering kan föras, även om skriftens brottslighet tidigare prövats i mål om ansvar för tryckfrihetsbrott. Detta torde också vara väl förenligt med åtgärdens syfte, som i första hand lär vara att förhindra spridning av skrift med ur vissa synpunkter samhällskadligt innehåll.

²³ Se sålunda i svensk doktrin *Agge*, Straffprocessrätt II s. 49: "Gäller det åter ansvarstalan, träder detta moment (partsidentiteten) i bakgrunden jämfört med den brottsliga gärningen, som är en och densamma, även om olika personer hava åtalsrätt. Denna skillnad giver särskilt lösningen till reglerna om de subjektiva gränserna för straffdomens rättskraft." Jfr a. a. s. 131.

ägande, som väcker åtal för brott, gör gällande en egen rätt utan statens.²⁴ Denna motivering har visserligen ett starkt tycke av begrepps-jurisprudens och kan knappast utan vidare accepteras. Bakom det begreppsjuridiska uttryckssättet ligger emellertid sannolikt ett ståndpunktstagande till en mera realistisk och betydelsefull frågeställning, nämligen huruvida straffsanktionens ändamål uteslutande är prevention, eller om den därjämte fullföljer ett reparativt syfte. Är m. a. o. straffets ändamål uteslutande att genom avskräckning och moralbildning samt genom att förbättra eller eventuellt oskadliggöra den brottslige verka för laglydnaden i samhället, eller har det därjämte till ändamål att giva den av brottet kränkte upprättelse? Någon utredning av detta omfattande spörsmål kan här icke företagas. Undersökningar, som i nordisk doktrin företagits angående straffets funktion, torde emellertid berättiga till slutsatsen, att även om man icke kan fullständigt bortse från ett reparativt syfte, detta numera får anses vara av tämligen ringa styrka och träda helt i bakgrunden i förhållande till de preventiva synpunkterna.²⁵ Är detta riktigt, synes man icke kunna kräva, att en målsägande skall kunna väcka talan för brott, som av åklagare eller annan målsägande åtalats i tidigare rättegång med för förstnämnde målsägande otillfredsställande utgång. Det synes däremot rimligt, att lagen bereder honom möjlighet att inverka på utgången av en talan, som anställts av annan åtalsberättigad. Sådan möjlighet har också genom ett flertal stadganden skapats vid såväl allmänt som enskilt åtal.

Vad gäller allmänt åtal må först framhållas, att genom bestämmelse i 22: 2 RB — som visserligen i första hand avser att underlätta möjligheten att få enskilt anspråk prövat i samband med allmänt åtal — är sörjt för att målsägande regelmässigt erhåller underrättelse om förundersökning angående mot honom förövat brott.²⁶ Enligt 20: 8 RB har han vidare rätt att inträda som part i målet vid sidan av åklagaren ävensom att fullfölja talan mot domen, även om åklagaren ej överklagar.

²⁴ Se t. ex. *Glaser* II s. 71: "Der wahre Ankläger ist im Strafprozess der Staat...". Jfr *Palme* i FJFT 1930 s. 21. *Palme* tillägger dock, att "envar målsägande, som framställer en strafftalan i grund av förövat brott i samma eller skild rättegång, bör uppfattas såsom särskild part, enär han förutom statens rätt gör gällande även sitt personliga rättsskyddsanspråk".

²⁵ Jfr t. ex. *Palmgren* s. 44 ff. och *Ekelöf*, *Straffet* s. 13 ff. I vissa andra arbeten synes icke ens ifrågasättas, att straffets ändamål i nämnvärd grad skulle vara att bereda målsäganden upprättelse. Se sålunda *Agge*, *Reaktionssystemet*, och *Andenæs* i TFR 1946 s. 481 ff.

²⁶ Någon underrättelse om väckande av åtal kan han däremot i allmänhet icke påräkna och heller icke kallelse till huvudförhandling, med mindre det är för rätten känt, att han biträder åtalet eller eljest för talan jämte åklagaren eller han skall höras i anledning av åklagarens talan. Jfr 45: 15 st. 1 RB samt *Rappe* s. 483 f.

Sistnämnda befogenhet kan han utöva, även om han icke biträtt åtalet i underrätten.²⁷ Han är även behörig att söka resning oberoende av om han tidigare uppträtt såsom part.²⁸

Beträffande enskilt åtal stadgas i 20: 11 RB, att om i fråga om samma brott äro flera målsägande, åtal som väckts av någon av dem skall gälla även för de övriga. Enligt motiven innebär detta bl. a., att om en målsägande väckt åtal, annan målsägande kan utan stämning inträda som part i målet, och att denne, även om han ej inträtt, kan fullfölja talan mot domen.²⁹ Däremot föreligger icke någon laglig garanti för att den sistnämnde får kännedom om åtalet och därmed möjlighet att utöva sina processuella befogenheter. Denna brist är dock knappast särskilt kännbar, då domstol sannolikt är befogad att tillse, att under rättelse om åtalet lämnas, utan att den därvid stöder sig på uttryckligt lagstadgande.³⁰ Även bortsett härifrån lär det emellertid, särskilt med hänsyn till vad ovan sagts om straffsanktionens övervägande preventiva syfte, vara naturligt, att den tilltalades trygghetsintresse föranleder avvisning av nytt åtal. Denna avvägning har i svensk praxis kommit till uttryck redan genom rättsfallet NJA 1911 s. 451.³¹

Mera skeptisk kunde man vid första påseende med hänsyn till straffrättsskipningens effektivitet ha anledning att ställa sig till åklagarens bundenhet av dom över enskilt åtal. Målsägandes förberedande och utförande av sin talan i brottmål erbjuder ju icke på långt när samma

²⁷ Jfr PLB s. 261.

²⁸ Jfr PLB s. 576.

²⁹ Jfr PLB s. 264.

³⁰ Jfr *Palmgren* s. 200.

³¹ Det förtjänar erinras om att målsägandens bundenhet av dom i ansvarsfrågan givetvis icke förhindrar honom att föra talan om skadestånd. Gör han detta, sedan dom över allmänt åtal för brottet vunnit laga kraft, går han visserligen miste om den förmån, som det innebär, att åklagaren vid brott under allmänt åtal enligt 22: 2 RB är "på målsägandens begäran skyldig att i samband med åtalet förbereda och utföra även målsägandens talan (om enskilt anspråk) om det kan ske utan olägenhet och hans anspråk ej finnes obefogat". Såsom framgår av lagrummet, har man emellertid icke åsyftat att giva målsäganden någon obetingad rätt till biträde av åklagare i skadestandsfrågan, och att han, sedan allmänt åtal slutförts, icke kan begagna sig av denna möjlighet, lär icke vara ägnat att uppväcka betänkligheter. — Att dom i ansvarsfrågan icke är bindande vid prövningen av det enskilda anspråket har tidigare framhållits. Däremot kan det vara skäl att här fästa uppmärksamheten på ett annat förhållande, som stundom manar till försiktighet vid målsägandens framställande av sin skadeståndstalan. Har den, mot vilken det enskilda anspråket riktas, i tidigare brottmål frikänts från ansvar för brottet, och grundar målsäganden sin talan på brottslig gärning, kunna reglerna om ärekränkning och om sanningsbevisning vid sådant brott försätta honom i en mycket obehaglig situation, eftersom han på grund av avvisningsregeln är förhindrad att genom utverkande av en fällande straffdom bevisa riktigheten av sitt påstående. Emellertid torde målsäganden i flertalet fall kunna inskränka sig till att åberopa, att svaranden tillfogat honom skada, utan att göra gällande, att den skadegörande handlingen är brottslig.

garantier för en fullständig och tillförlitlig utredning av sakförhållandet som polismyndighets och åklagares verksamhet för beivrande av brott. Emellertid är denna synpunkt tillgodosedd genom att målsägandens åtalsrätt enligt 20: 8 RB gjorts subsidiär, såvitt avser brott under allmänt åtal.³² Innan målsägande tillåtes väcka talan för dylikt brott, måste åklagaren ha beslutat att själv icke åtala brottet. Det möter därför inga betänkligheter mot att anse åklagaren i dessa fall bunden av den dom, som sedermera kan komma att givas över målsägandens åtal.

Vi ha sålunda funnit, att den åtalande partens identitet enligt 30: 9 RB saknar betydelse för frågan om res judicata, och att denna lagens ståndpunkt synes väl motiverad.³³

III. Om ett åtal helt eller delvis ogillats på grund av bristande bevisning, är det tänkbart, att åklagare eller målsägande, som anser sig ha funnit *ny bevisning*, sedermera framställer begäran om omprövning av ansvarsfrågan. Det är emellertid klart, att en dylik begäran icke utan vidare kan bifallas. Den trygghet, som rättskraftsinstitutet avser att bereda den tilltalade, skulle bli tämligen illusorisk, om saken när som helst kunde upptagas till förnyad prövning på grund av ny bevisning. Härför torde erfarenheterna av institutet ställande under framtiden ge tillräckligt belägg. Å andra sidan kan det otvivelaktigt vara ett beaktansvärt samhällsintresse att åtminstone vid svårare brott på grund av ny viktig bevisning erhålla omprövning av en dom, varigenom den tilltalade med stor sannolikhet felaktigt frikänts eller fällts till för lågt straff. Detta intresse har också tillgodosetts i RB men icke i den form att nytt åtal skulle kunna upptagas till prövning, utan genom möjlighet till resning, vartill hänvisas i 30: 9 RB. Klart är sålunda, att den bevisning, varpå ett åtal stöder sig, saknar varje betydelse vid tillämpning av avvísningsregeln.

IV. Domstolens prövning av den åberopade grunden för en yrkad ansvarspåföljd hänför sig emellertid icke endast till en uppskattning av förebragt bevisning. Såsom ett viktigt moment i prövningen ingår en jämförelse mellan de styrkta rättsfakta och lagens brottsbeskrivningar

³² Undantag gäller dock beträffande falskt eller obefogat åtal, falsk angivelse och annan osann tillvitelse angående brott.

³³ Härmed bör icke sammanblandas spörsmålet om åtalsrättens betydelse för frågan om gärningsidentitet, dvs. frågan om dom över ett visst brott förhindrar åtal för ett annat brott, baserat på helt eller delvis samma rättsfakta, även om den åtalande parten i den första rättegången icke varit behörig att föra talan för sistnämnda brott, exempelvis på grund av reglerna om målsägandebrott eller om åtalsmedgivande av överåklagare. Till detta spörsmål återkomma vi i det följande. Se nedan s. 124 ff.

i syfte att utröna, huruvida något straffbud är tillämpligt.³⁴ Detta led i prövningen, som brukar benämnas *rättslig subsumtion* eller kvalificering, innebär dock icke en jämförelse i vanlig mening utan en ofta komplicerad värderingsoperation, som lämnar betydande utrymme för olika meningar. I regel torde emellertid samtliga de synpunkter, som kunna anläggas på subsumtionsfrågan, ha prövats vid målets avgörande. Först och främst inriktas naturligen prövningen på den av åklagaren eller målsäganden åberopade brottsbeskrivningen. Men domstolen är enligt 30:3 RB obunden av yrkande beträffande brottets rättsliga beteckning eller tillämpligt lagrum och har i allmänhet skyldighet att pröva subsumtionen under varje straffstadgande, som kan tänkas komma till användning. Att fullständigt samma rättsfakta, som tidigare prövats genom laga kraftvunnen dom i brottmål, i senare åtal framträda ur en annan rättslig synvinkel torde därför vara en mindre vanlig företeelse. Otänkbart är dock naturligen icke att så sker, om domstolen förmenas ha helt förbisett ett lagrum, vars tillämpning kunnat ifrågasättas, exempelvis vid idealkonkurrens, där utredningen varit inriktad på förfarandets brottslighet endast i visst, av den åtalande parten åberopat hänseende. En annan anledning till nytt åtal ur en annan rättslig synvinkel för samma fakta, som tidigare prövats, är att domstolen i den första rättegången lagligen icke ägt pröva subsumtionen under ett visst lagrum, t. ex. om föreskrivet medgivande av överåklagare till åtal för brott mot detta lagrum saknats. I vad mån fall som de anförda, i det följande benämnda subsumtionsavvikelser, kunna föranleda prövning av nytt åtal är ett spørsmål, som förtjänar närmare undersökning. Vi återkomma härtill i det följande.

V. Den föregående framställningen har utgått från antagandet, att de båda åtalen grunda sig på exakt samma rättsfakta. Därvid har konstaterats, att varken den omständigheten, att en annan kriminell rättsföljd yrkas, att den åtalande parten är en annan eller att ny bevisning åberopas, kan möjliggöra ett upptagande av nytt åtal till prövning. Spörsmålet, om annan gärning föreligger och nytt åtal därför kan prövas, därest en subsumtionsavvikelse föreligger, har däremot tills vidare lämnats öppet. De vanskligaste och mest betydelsefulla frågorna vid avvisningsregelns tillämpning uppstå emellertid, när full identitet icke föreligger mellan de rättsfakta, som åberopas i de båda rättegångarna.

³⁴ I praktiken kan emellertid denna uppgift icke skarpt särskiljas från utredningen av fakta, så till vida som sistnämnda uppgift naturligtvis influeras av uppfattningen om vad som är straffrättsligt relevant enligt det eller de lagrum, vilkas tillämpning kan ifrågasättas.

Dvs. grundar sig det nya åtalet på helt andra rättsfakta, som tillika bilda ett självständigt, med det tidigare bedömda reellt konkurrerande brott, torde någon rimlig anledning till avvisning jämligt 30: 9 RB knappast kunna påvisas. Dessa fall synas i det följande kunna lämnas ur räkningen.

Det kan emellertid tänkas, att de båda åtalen grunda sig på delvis samma handlingsförlopp men delvis ha olika grund, så till vida som vissa moment tillkommit utöver de tidigare prövade eller satts i stället för vissa av de tidigare prövade momenten. Här uppkommer frågan, om den gemensamma delen av grunden skall föranleda, att båda åtalen anses röra samma gärning, eller om de nya rättsfakta innebära en så väsentlig avvikelse, att åtalet i dess helhet kan sägas avse annan gärning.

Även om icke något moment i den tilltalades handlande ingår som gemensam beståndsdel i de båda åtalen, kan frågan om res judicata te sig tvivelaktig, nämligen om mellan flera olika förfaranden består ett sådant straffrättsligt samband, att likartad eller olikartad strafflagskonkurrens föreligger.³⁵

Situationer av båda de ovan angivna typerna, då alltså antingen något handlingsmoment ingår som gemensam beståndsdel i grunden för de båda åtalen eller dessa avse olika förfaranden som bilda strafflagskonkurrens, skola sammanfattas under termen *avvikelser med hänsyn till rättsfakta*. Vilka fall som härmed avses synes böra något närmare belysas och exemplifieras. Detta kan lämpligen ske i anslutning till de olika momenten i brottsbegreppets uppbyggnad. Därvid bör emellertid förutsäckas, att de straffrättsliga kategorierna icke kunna antagas vara i och för sig avgörande för resjudicatafrågornas lösning utan väsentligen äro att betrakta såsom hjälpbegrepp, som möjliggöra en bättre överblick över olika typsituationer. Ytterligare bör framhållas, att eftersom bedömandet av frågor om res judicata enligt lagen anknyttits till den gärning, som *prövats* genom domen, lösningen måste bli densamma, vare sig den tidigare domen var fällande eller friande. För enkelhetens skull skola de exempel, som i det närmast följande anföras, i allmänhet avse den situation, som föreligger, då domen var fällande. Exemplen kunna emellertid förändras så, att domen antages vara frikännande, utan att därigenom resjudicatafrågan de lege lata kommer i annat läge.

Det centrala momentet i en brottsbeskrivning utgöres av en handling, dvs. av ett närmare angivet mänskligt beteende.³⁶ I handlingen ingår

³⁵ Se härom nedan s. 103 not 36 och s. 218 ff.

³⁶ Handlingsbegreppet skall i ett senare sammanhang göras till föremål för närmare undersökning. Här ha endast upptagits några kortfattade anmärkningar, delvis föregripande denna undersöknings resultat. Se vidare nedan s. 94 ff.

först och främst en aktivitet eller passivitet, här benämnd yttre handling. Vanligen förutsättes för straffbarhet också ett subjektivt moment i handlingen, ett på visst sätt beskaffat psykiskt förlopp hos den handlande. Under handlingsbegreppet inbegripes ofta även ett straffrättsligt relevant resultat, en effekt, som följt resp. icke förhindrats av den handlandes aktivitet eller passivitet. Denna terminologi skall även här användas.

Avvikelsesituationer kunna uppkomma med avseende på vart och ett av de tre moment i handlingen, som ovan antytts. Såvitt avser det subjektiva momentet blir detta fallet exempelvis om en person först åtalats för en såsom culpös uppfattad handling men i nytt åtal göres gällande, att den förövats med uppsåt. Ex. 1: A har blivit överkörd och dödad av en bil. Dess förare, B, åtalas och dömes för vållande till A:s död. Sedermera påstås, att B avsiktligt kört över A, och han åtalas för mord.

Med avseende på den yttre handlingen kan en avvikelse bestå i att det nya åtalet grundar sig på ett påstått förlopp, som i faktiskt hänseende är oförenligt med det tidigare prövade. Ex. 2: C har åtalats och dömts för att ha stulit ett föremål från D. Sedan domen vunnit laga kraft framkomma upplysningar, som giva vid handen, att C icke tillgripit föremålet utan D:s vetskap och vilja, men att han bedragit sig till föremålet genom att falskeligen uppgiva, att han för visst ändamål behövde föremålet såsom lån under en kortare tid. Ett nytt åtal för bedrägeri grundar sig tydligen på en annan uppfattning än stöldåtalet om det sätt, på vilket D frånhänts föremålet, och endast en av de båda versionerna kan vara med verkligheten överensstämmande.

En avvikelse med hänsyn till den yttre handlingen kan också bestå däri, att nya handlingsmoment åberopas vid sidan av de tidigare prövade under påstående, att de tillsammans utgöra ett enda brott. I förhållande till det senare åtalet framstår då det tidigare åtalets återgivande av händelseförloppet icke såsom positivt oriktigt men däremot såsom ofullständigt, så till vida som icke alla straffrättsligt relevanta fakta åberopats i ett sammanhang. Ex. 3: E har åtalats och dömts för förskringring. Senare påstår åklagare eller målsägande, att det upptäckts, att E i syfte att dölja förskringringen fört oriktiga räkenskaper, varför han för de tidigare prövade rättsfakta i förening med de nytilkomna bör dömas för grov förskringring.

Avvikelser med hänsyn till effekten kunna bestå i en förändrad uppfattning om beskaffenheten av en tidigare påstådd effekt. Ex. 4: F har åtalats och dömts för misshandel av G med svår kroppsskada som följd. Sedan domen vunnit laga kraft avlider G av sviter efter misshandeln,

och F åtalas för misshandel med dödlig utgång. Ett annat exempel på effektavvikelse utgör det fall, att i det nya åtalet göres gällande en tidigare överhuvud icke beaktad effekt av den yttre handlingen. Ex. 5: En järnvägstjänsteman, H, åtalas och dömes för att genom felaktig växling ha orsakat en järnvägskatastrof och därigenom vållat en persons död. Sedan domen vunnit laga kraft, visar sig, att ännu en person omkommit vid katastrofen, och H åtalas nu för vållande till sistnämnda persons död.

Då samtliga handlingsrekvisit i en brottsbeskrivning förverkligats i flerfaldig måtto eller då handlingsrekvisiten i flera straffbud förverkligats genom olika förfaranden, äro enligt den här använda terminologien flera handlingar för handen. Ofta föreligga då tillika flera brott i realkonkurrens. Man har då icke att göra med någon avvikelssituation i här antagen mening, och det torde vara klart, att nytt åtal i sådant fall kan upptagas till prövning. Flera handlingar konstituera emellertid ingalunda alltid realkonkurrens. Det kan vara fråga om s. k. olikartad strafflagskonkurrens, vilken föreligger, då en person förverkligat rekvisiten i flera olika brottsbeskrivningar men enligt straffrättsliga regler skall dömas endast jämlikt det svårare lagrummet. Har han då dömts för det förfarande, som motsvarar rekvisiten i det lindrigare lagrummet, uppstår frågan, om han senare, utan att den första domen undanröjes genom resning, kan dömas för det förfarande, på vilket det svårare lagrummet är tillämpligt. Ex. 6: I har dömts jämlikt 12 § straffkungörelsen för inköp av ransonerad vara mot inköpsbevis för annan person. Sedermera uppdagas, att I stulit inköpsbeviset. Enligt straffrättsliga regler torde han då böra dömas till ansvar endast för stöld.³⁷ Kan i detta läge domen för ransoneringsbrottet i anledning av nytt åtal upphävas och ersättas av dom för stöld, eller föreligger res judicata beträffande stöldåtalet, så att frågan om stöld icke kan upptagas till prövning annat än genom resning i det första målet?

En mycket vanlig företeelse är, att flera handlingar, som var för sig uppfylla rekvisiten i en och samma brottsbeskrivning, tillsammans utgöra ett enda brott. I anslutning till dessa brottsbeskrivningar uppkommer frågan, om dom över åtal för vissa påstådda handlingar förhindrar beivrande av andra dylika, som stå i sådant förhållande till de förstnämnda, att de utgöra ett enda brott. Ex. 7: J har dömts eller frikänts för att vid två angivna tillfällen under viss kortare tidrymd ha utan tillstånd idkat yrkesmässig automobiltrafik. Senare påstås J ha vid tre

³⁷ Jfr NJA 1944 s. 684.

andra tillfällen under samma tidsperiod gjort sig skyldig till enahanda förfarande. Kan åtal för dessa tre fall upptagas till prövning? Var den tidigare domen frikännande, uppstår även frågan, om nytt åtal kan avse samtliga fem fall.

De nu anförda avvikelserna hänföra sig till själva handlingsförloppet, dvs. till uppfattningen om det fysiska och psykiska skeende (inberäknat dess eventuella resultat), som är straffrättsligt relevant. De kunna lämpligen benämnas *handlingsavvikelser*. Vid sidan av dessa kan urskiljas en grupp *avvikelser med hänsyn till* rättsfakta, som lämna det fysiska skeendet i trängre mening oberört och alltså avse *omständigheter, som falla utanför handlingsförloppet*. Hit höra först och främst sådana omständigheter, som ingå i den yttre situation, under vilken handlingsförloppet utspelat sig.³⁸ Ex. 8: K har dömts för att ha jagat efter visst villebråd på förbjuden tid. Senare göres i nytt åtal gällande, att K icke, såsom ursprungligen antagits, enligt avtal haft jakträtt på det område, där jakten ostridigt ägt rum, och att han även i detta hänseende bör fällas till ansvar. Frågan, huruvida avtal om jakträtt förelegat, inverkar tydligen icke på uppfattningen om själva förloppet av den handling, som lägges K till last, men är icke desto mindre av betydelse för straffbarheten.

I detta sammanhang synas även böra uppmärksammas vissa omständigheter, som äga ett närmare samband med handlingen utan att likväl föranleda vare sig att något handlingsmoment träder i stället för ett annat eller att något egentligt handlingsmoment tillkommer utöver de tidigare provade, nämligen omständigheter, som framträda som närmare bestämningar till handlingen. Ex. 9: L har åtalats och dömts för olaga gårdfarihandel, därvid utredningen endast tagit sikte på att han utan vederbörligt tillstånd kringfört varor till avsalu. Varornas pris har däremot undgått uppmärksamheten, då straffbestämmelsen för olaga gårdfarihandel icke innehåller något rekvisit i detta hänseende. Sedermera befinnes, att en av de tidigare bedömda försäljningarna skett mot pris, överstigande gällande normalpris, varför ansvar i nytt åtal yrkas för brott mot prisregleringslagen.

Flertalet av de i det föregående anförda situationer, som betecknats såsom avvikelssituationer, kännetecknas av att vissa handlingsmoment ingå som gemensam beståndsdel i de båda åtalen. Så är fallet i ex. 1—5, 8 och 9. I ex. 7 kan detta även vara förhållandet, om samtliga handlingar inbegripas i det nya åtalet. Även om så icke sker, uppkommer

³⁸ Jfr Agge, Lärobok s. 130 f.

emellertid ett vanskligt resjudicataspörsmål, nämligen huruvida påstådda förfaranden, som tillsammans kunna utgöra endast ett brott, kunna uppdelas på skilda rättegångar. I ex. 6 får resjudicatafrågan sin särskilda prägel av att den tilltalade i olika rättegångar påstås ha gjort sig skyldig till olika förfaranden, av vilka emellertid enligt straffrättens regler endast det ena skall ådraga honom ansvar.

På den rättsliga subsumtionen i förhållande till en tidigare fällande dom kunna, såsom framgår av de anförda exemplen, avvikelser med hänsyn till rättsfakta inverka på olika sätt. I ex. 7 blir följden, om det nya åtalet upptages till prövning och bifalles, endast en annan straffmätning inom samma straffskala. En ändrad rättslig subsumtion inträder däremot i ex. 1, 2, 3, 4 och 6. Ex. 5, 8 och 9 slutligen uppvisa ett tillfogat rättsfaktum, som väl icke rubbar den tidigare subsumtionen men föranleder antagandet av ideell brottskonkurrens. En avvikelse med hänsyn till rättsfakta medför sålunda ofta, att förfarandet betraktas ur en annan rättslig synvinkel än tidigare. Huruvida en avvikelse enligt den här använda terminologien bör betecknas som en subsumtionsavvikelse eller en avvikelse med hänsyn till rättsfakta blir sålunda beroende på om det enbart är fråga om en ny rättslig synpunkt på samma rättsfakta, eller om själva de åberopade rättsfakta icke äro identiska.

I anslutning till den givna redogörelsen för olika avvikelssituationer må slutligen framhållas, att den icke gör anspråk på att vara uttömmande utan endast att giva en orienterande översikt över olika typsituationer såsom bakgrund för den behandling av vissa mera allmänna synpunkter på resjudicatafrågornas bedömande, på vilka den följande undersökningen närmast skall inriktas.

Kap. 4

Om gärningsidentitet

Några terminologiska utgångspunkter

I. Såsom i föregående avsnitt framhållits, skall den följande undersökningen inriktas på frågan om gärningsidentitet i avvikelssituationer, dvs. frågan huruvida ett åtal kan sägas röra samma gärning som prövats genom laga kraftvunnen dom, trots att det föreligger en avvikelse med hänsyn till rättsfakta eller deras rättsliga subsumtion. Det är tydligt, att man vid denna undersökning endast i ringa utsträckning har ledning av ordalagen i 30:9 RB, eftersom den invecklade och svåröverskådliga materia man här har att göra med knappast kan uttömmande regleras genom en kort formel. Likväl synes en utredning av *gärningsbegreppets* användning i allmänt och juridiskt språkbruk kunna vara av värde såsom utgångspunkt för den följande framställningen.

Det allmänna språkbruket visar sig emellertid alltför obestämt för att tillåta några slutsatser i de hänseenden, som intressera. Otvivelaktigt är endast, att gärning är en avledning av verbet göra och sålunda betecknar något, som en person gjort. Såsom belysande för den i övrigt bristande pregnansen kan anföras, att ordets innebörd i en ordbok angives såsom "handling, verk, ibl. åtgärd; ibl. dåd l. bedrift; (ibl.) missgärning, ogärning, brott".¹

Även inom den juridiska litteraturen förekommer uttrycket i ett flertal varierande betydelser. Stundom användes det liktydigt med verksamhet i motsats till underlåtenhet.² Ofta begagnas termen som synonym

¹ Östergren, Nusvensk ordbok. Ordbok över svenska språket utgiven av Svenska Akademien upptager även samtliga dessa synonymer till ordet gärning. Se Bd X sp. 1629 ff.

² Så t. ex. av Hugerström s. 324 ("gärningen eller underlåtenheten").

till handling, inbegripet både aktivitet och passivitet.³ Någon gång gives gärning en mera omfattande betydelse än handling. Sålunda förstår *Wetter* med handling en kroppslig verksamhet eller överksamhet, medan han under gärning inbegriper jämväl resultatet, dvs. vad som utvecklats sig ur handlingen och är relevant för straffbarheten.⁴

Bättre vägledning har man anledning att vänta av en undersökning av gällande författningar, vilka uppvisa ett rikhaltigt bruk av gärningsbegreppet. I flertalet författningsrum är emellertid sammanhanget ur förevarande synpunkter tämligen intetsärande. Några stadganden äro dock i ett hänseende ganska upplysande. I dessa användes nämligen uttrycket gärning på ett sätt, som klart ger vid handen, att gärning betecknar ett faktiskt förhållande, som icke förändras genom att det betraktas ur olika rättsliga synpunkter och subsumeras under olika lagrum. Sålunda föreskriver 32 § polisreglementet 4 juni 1948: "Har polisman begått straffbar gärning och har domstol prövat gärningen såsom ämbetsbrott, må polismannen icke på grund av samma gärning bestraffas disciplinärt enligt 31 §." Om man med gärning menar ett visst faktiskt förfarande, kvalificerat enligt ett bestämt straffbud, kan uppenbarligen samma gärning icke straffbeläggas i både judiciell och disciplinär ordning, eftersom därvid förfarandet subsumeras under skilda ansvarsbestämmelser.

Om gärningen ansåges kunna förändras genom en ändrad rättslig subsumtion, skulle konsekvensen också bli, att man vid brottskonkurrens alltid finge att göra med lika många gärningar som tillämpliga straffbestämmelser. Häremot strida emellertid ett flertal författningsbestämmelser, som utgå från att en i visst hänseende straffbelagd gärning kan "tillika innefatta brott", som omförmäles i annat lagrum.⁵

Några ytterligare resultat av betydelse för vårt ämne ha icke kunnat vinnas genom en terminologisk undersökning av författningsmaterialet.⁶ Det kunde emellertid synas, som om den hittills företagna undersökningen åtminstone berättigade till slutsatsen, att avvikelser med hänsyn till enbart den rättsliga subsumtionen icke upphäva gärningsidentiteten,

³ Se t. ex. *Agge*, Processföremålet s. 21 f. ("... större svårighet torde icke föreligga att bedöma, om det faktiska förloppet vid en påstådd brottslig handling i väsentlig grad avviker från förloppet vid en annan ifrågasatt gärning").

⁴ *Wetter* s. 22. — En egenartad definition, som väl i sak närmast överensstämmer med *Wetters*, möter hos *Forsman*, s. 155, vilken karakteriserar gärning såsom verkan av subjektets "i verksamhet varande förmåga".

⁵ Se t. ex. 7 § lagen 4 juni 1913 ang. utlämning av förbrytare och 63 § lagen 12 juni 1931 om behandling av alkoholister.

⁶ Däremot förekommer termen gärning i ett flertal stadganden i RB, vilkas tolkning har ett direkt sakligt samband med tolkningen av avvísningsregeln i 30:9 RB. Förhållandet mellan dessa olika stadganden skall ingående undersökas i följande kapitel.

och att sålunda nytt åtal icke kan grundas uteslutande på ett påstående, att tidigare bedömda fakta böra betraktas ur en rättslig synpunkt, som icke förut prövats. Även om det är givet, att en motsatt lösning, som alltså skulle komma i konflikt med gärningsbegreppets användning i de anförda bestämmelserna, icke bör antagas utan starka skäl, torde emellertid en slutsats, som endast grundar sig på en terminologisk undersökning, icke kunna anses fullt säker. Särskilt gäller detta naturligen vid en regel av avvísningsregelns typ, som kan sägas i stort sett endast giva allmänna riktlinjer för problemens lösning, och vars närmare utformning får anses överlämnad åt praxis och doktrin. Gärningsbegreppet enligt 30: 9 RB synes därför tills vidare icke kunna bestämmas närmare än såsom ett juridiskt-tekniskt funktionsbegrepp, avseende en viss relation mellan olika komplex av fakta, kvalificerade eller okvalificerade.

II. I detta sammanhang synes lämpligt att närmare angiva innebörden av några andra termer, som ofta återkomma i det följande. En särskild undersökning förtjänar först och främst begreppet *handling*. Det skall därvid förutsickas, att avsikten givetvis icke är att söka konstruera ett handlingsbegrepp, som sedermera lägges till grund för praktiska slutsatser angående resjudicatafrågornas lösning. Exempel på denna metod saknas ingalunda i litteraturen men mana icke till efterföljd. Likväl synes en granskning av olika förekommande eller möjliga sätt att bestämma handlingsbegreppet vara påkallad redan för att underlätta en orientering i den diskussion, som i litteraturen — företrädesvis i tysk doktrin — förts angående de straffprocessuella rättskraftsproblemen, en diskussion för vilken handlingsbegreppet ofta ställts i centrum.^{6a} Framför allt är emellertid en undersökning av handlingsbegreppet ägnad att skapa ett fastare grepp om den problematik, som handlingsavvikelserna erbjuda, och sålunda möjliggöra en ändamålsenlig planläggning av framställningen rörande de olika avvikelssituationerna.

a. Det första spørsmål, som möter vid en undersökning av handlingsbegreppet, är *efter vilka riktlinjer man har att avgöra, huruvida en eller flera handlingar föreligga*. Vad är det m. a. o. som berättigar en sammanfattning av vissa en persons förehavanden till en handling?

Enligt en åsikt, som funnit många förespråkare särskilt i tysk rätt och bl. a. förfäktats av RG i ett stort antal avgöranden,⁷ är handlingen ett naturligt begrepp. En handling är enligt denna uppfattning liktydig med "ein historisches Vorkommnis", en företeelse, vars omfattning för-

^{6a} Ofta användas begreppen "Handlung" och "Tat" såsom synonymer.

⁷ Se t. ex. hos v. Hippel, Strafprozess s. 369, anförda rättsfall.

utsättes vara a priori given och möjlig att avgränsa från andra liknande företeelser oberoende av rättsreglerna.⁸ Även om man accepterar det ifrågavarande antagandet, är det emellertid tydligt, att man icke kan stanna inför detsamma. Därmed är ju icke sagt, vad som skiljer en naturlig handling från andra naturliga handlingar, och man har föga ledning för bedömande av enhetsspörsmålet. Med insikt härom har man inom företrädesvis den tyska doktrinen företagit en mångfald försök att rationalisera bedömandet, dvs. närmare angiva, vilka kriterier hos en handling som äro ägnade att avgränsa densamma gentemot andra handlingar. Det skulle föra för långt att ens tillnärmelsevis uttömmande redogöra för dessa försök. Till belysande av frågeställningarna skola här endast i korthet beröras några av de riktlinjer, som därvid uppställts.

Naturligt nog ha i första hand kommit i betraktande rent yttre faktorer såsom närhet i *tid* och *rum* och likhet i *sätt* för olika förfaranden av samma person. Det är emellertid tydligt, att dessa faktorer, även om de otvivelaktigt äro beaktansvärda, äro av alltför relativ karaktär för att ensamma möjliggöra ett säkert bedömande och att de just i de tvivelaktiga gränssfallen icke erbjuda tillräcklig ledning. Man synes också allmänt ha kommit till insikt om att andra kriterier äro erforderliga.

Stundom har man såsom måttstock använt *kausaliteten* och menat, att förfaranden, som kunna föras tillbaka på en gemensam orsak, tillsammans bilda en naturlig handling. Även om detta kriterium gäller emellertid, att det är alltför obestämt för att vara praktiskt användbart.⁹

⁸ Denna uppfattning bör icke förväxlas med åsikten, att ett visst bestämt förfarande, vars omfattning och avgränsning gentemot andra förfaranden redan fastställts efter vissa normer, utgör en naturlig handling i den meningen, att handlingen är densamma, oavsett under vilket eller vilka straffbud den subsumeras. Denna bestämning av begreppet, som i svensk rätt synes förekomma hos *Agge*, drabbas icke av de invändningar, som i det följande riktas mot teorien om den naturliga handlingsenheten.

⁹ Redan *Bünger*, s. 554, har träffande framhållit, att den kedja av verkningar, som utgår från en gemensam orsak, sträcker sig oändligt långt förbi den punkt, där man utan varje tvekan måste sätta gränsen för vad som skall anses som ett enhetligt handlingsförlopp: "Denken wir uns die einzelnen Willensakte des Lebensverlaufes einer Person — als successiv in der Zeit erfolgte — auf einer Linie, die aus Punkten gebildet ist, und die von jedem einzelnen Akte, welcher einen Punkt jener Linie bildet, ausgehenden Kausalketten als ins Unendliche verlaufende Linien, von denen jeder Punkt eine der unendlich vielen Wirkungen eines Willensaktes darstellt und also zugleich der Ausgangspunkt ist für andre seitwärts sich verzweigende Kausalketten-Linien, so erhalten wir ein entferntes Bild von der Verschlungenheit des Netzes, als welches sich die Gesamtheit der Wirkungen des Handelns einer Person ausnimmt, eines Netzes von Kausalketten, welche sich nicht bloss miteinander, sondern mit einer unendlichen Zahl anderer endloser Kausalketten kreuzen, welche durch ausserhalb jenes Handelns liegende Akte bedingt sind."

Man kunde visserligen tänka sig att till en enhetlig handling sammanföra det förlopp, som i förhållande till en bestämd verkan ter sig som orsak. Detta innebär emellertid, såsom även *Bünger*, s. 555 ff., konstaterat, endast en förändring av problemställningen, eftersom då samma svårigheter möta att bestämma orsaken.

Störst anslutning inom doktrinen synes den riktning ha erhållit, vilken som enhetskriterium utpekat *det psykiska momentet*, omfattningen av den handlandes beslut. Denna ståndpunkt, som med större eller mindre inbördes avvikelser företrätts av bl. a. *Hälschner*,¹⁰ *John*,¹¹ *Binding*,¹² *Eichhorn*¹³ och *Max Berner*,¹⁴ kan i stort sett sägas gå ut på att ett enhetligt handlingsförlopp bildas av de moment, som innefattas under en och samma psykiska akt hos den handlande och alltså inbegripas i ett enhetligt beslut. Det visar sig emellertid vid närmare betraktande praktiskt taget omöjligt att bestämma, vad som skall anses vara ett enhetligt beslut. Den diskussion, som i tysk litteratur förts angående hithörande problem, visar, hur alternativen växla mellan "der einzelne Reiz des Willens auf die motorischen Nerven" och exempelvis föresatsen "sein Leben jeder Art von Rechtsbruch zu weihen".^{14a} Ställt på detta sätt är problemet naturligtvis olösligt. Det låter sig med samma berättigande talas om ett beslut i båda de nämnda fallen liksom i ett oräkneligt antal mellanliggande situationer.¹⁵

Exemplen på försök att rationalisera den naturliga handlingsenheten med hjälp av något i själva handlingen immanent kriterium kunde med lätthet flerfaldigas. Det ovan anförda urvalet, som synes kunna anses representativt, torde emellertid tillfyllest ådagalägga omöjligheten att på denna väg nå fram till ett praktiskt användbart handlingsbegrepp.

¹⁰ *Hälschner* I s. 655 ff.

¹¹ *John* s. 129.

¹² *Binding*, Handbuch I s. 535 ff.

¹³ *Eichhorn* s. 415 ff.

¹⁴ *Max Berner* s. 64 ff.

^{14a} Jfr t. ex. *Binding*, a. st. och *Bünger* s. 561 f.

¹⁵ I själva verket torde det förhålla sig så, att man regelmässigt står inför ett psykiskt förlopp hos gärningsmannen, där kontinuiteten föranleder samma svårighet att utpeka den relevanta punkten, som nyss iakttagits beträffande orsakskedjan. Att det psykiska förloppet är en dynamisk företeelse har även observerats av *Max Berner*, s. 64: "Der Wille begreift in den verschiedenen Stadien, die er bis zur Hervorbringung der That durchläuft, verschieden grosse Mengen von Einzelmomenten, und es kommt daher darauf an, dasjenige Willensmoment aufzufinden, in welchem die Funktion über den Umfang der Handlung zu entscheiden liegt." Frågan om det för handlingsenheten relevanta stadiet i detta föreställningsförlopp besvaras därefter så, att avgörande är den punkt, "wo zuerst dem Willen diese Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse (dvs. vad som sedermera blir det i yttrevärlden framträdande handlingsförloppet) vorgeschwebt hat". Det på detta stadium befintliga vilje- och föreställningsläget benämner *Max Berner* avsikt (Absicht), och handlingens enhet eller flerfald bestämmes alltså efter förekomsten av en eller flera avsikter i denna mening. De objektiva kriterierna (tid, sätt, rum osv.) ha enligt *Max Berner* härvidlag ingen relevans i och för sig, utan utgöra endast indicier, från vilka man kan sluta till avsiktens enhet. — Det torde emellertid vara klart, att den refererade teorien icke kan godtagas. Att det avgörande stadiet i det psykiska förloppet skall fixeras med hänsyn till de i sinnevärlden framträdande aktivitets- eller passivitetsyttringar från subjektets sida, som omfattas av avsikten, innebär nämligen en *petitio principii* så till vida som därvid förutsättes som givet just det samband mellan vissa yttre handlingsmoment, som uppgiften är att söka fastställa.

En rationell bestämning av handlingsbegreppet synes möjlig endast om man betraktar det såsom ett funktionsbegrepp, ett begrepp vars innebörd måste göras beroende av den funktion det har att fylla. Enligt denna uppfattning böra till en handling i straffrättslig mening sammanfattas endast förfaranden, som äro straffrättsligt relevanta.¹⁶ Utgångspunkten för handlingsbegreppets bestämmande i förevarande sammanhang måste därför bli straffrättsens regler. Även med denna utgångspunkt är emellertid lösningen ingalunda given, eftersom olika begreppsbestämningar äro möjliga med hänsyn till olika handlingsmoments straffrättsliga relevans.

I första hand synas två olika möjligheter komma i betraktande. Den ena är, att till en handling sammanfattas moment, som äro tillräckliga för att uppfylla rekvisiten i den brottsbeskrivning, varom fråga är, alltså det minimum av handlande, som erfordras för en straffbestämmelses tillämpning. Många brottsbeskrivningar, särskilt inom specialstraffrätten, förutsätta emellertid, att flera likartade förfaranden, som var för sig fylla kraven på straffbarhet, tillsammans utgöra en straffrättslig enhet så till vida som de rymmas under en enkel tillämpning av straffbudet och sålunda icke föranleda tillämpning av strafflagens regler om sammanträffande av brott. Det är uppenbarligen möjligt att såsom ett andra alternativ till en handling sammanfatta alla förfaranden, som på angivet sätt rymmas under en enkel tillämpning av straffbudet.

Enligt båda de angivna alternativen blir bestämmandet av handlingsbegreppets omfattning i en viss situation en juridisk tolkningsuppgift. De olika kriterier, som kommit till användning vid försöken att rationalisera den naturliga handlingsenheten, kunna därvid icke lämnas ur räkningen utan få avsevärd praktisk betydelse såsom hjälpmedel, men den avgörande måttstocken blir, huruvida sambandet mellan de olika momenten är sådant, att de ur de synpunkter, lagstiftaren haft för ögonen vid uppställandet av de straffrättsliga bestämmelserna, böra behandlas som en enhet.¹⁷ Det förra alternativet synes böra ur terminologisk synpunkt tillerkännas företräde såsom något mindre komplicerat och mera lätthanterligt i en framställning som den förevarande. Det torde dessutom bättre överensstämma med språkbruket inom åtminstone den svenska juridiska litteraturen.¹⁸

¹⁶ Till denna uppfattning, som antytts redan av *Bünger*, s. 556 ff., ha sedermera anslutit sig åtskilliga författare i tysk litteratur, vilka i motsats till den naturliga handlingsenhetens företrädare förfäktat en juridisk handlingsenhet. En översikt av utvecklingen härvidlag gives av *Schwinge* s. 204 ff. Vidare kan hänvisas till v. *Hippel*, *Strafprozess* s. 363 f.

¹⁷ Jfr *Honig*, *Handlungseinheit* s. 12.

¹⁸ Se t. ex. *Agge*, *Lärobok* s. 145 f., och *Strahl*, *Påföljder för brott* s. 167 f.

Det hittills förda resonemanget har utgått från den förenklade problemställningen, att endast en brottsbeskrivning är ifrågasatt. Det kan emellertid tänkas, att man har att göra med *flera brottsbeskrivningar*, som kunna tänkas tillämpliga på *samma påstådda förfarande* av den handlande. Vare sig man subsumerar förfarandet under den ena eller den andra eller eventuellt, med antagande av brottskonkurrens, under båda brottsbeskrivningarna, synes lämpligt att tala om samma handling, så länge det sålunda är samma faktiska förfarande, som avses.¹⁹

Låt oss emellertid antaga, att vissa handlingsmoment hänförs under en brottsbeskrivning men att senare *nya moment tillkomma* med påföljd, att samtliga moment hänföras under en annan brottsbeskrivning. En person har exempelvis för tillgrepp ur en kassa åtalats för förskingring, medan det senare visar sig, att han fört oriktiga räkenskaper och därför gjort sig skyldig till grov förskingring. Eftersom de nya momenten icke ensamma äro tillräckliga för straffbarhet, skall förfarandet som helhet här betecknas såsom en handling och de nya momenten beteckna en avvikelse i förhållande till samma handling, sådan den först uppfattats. Den omständigheten, att samma handlingsmoment (tillgreppet ur kassan) ingår som nödvändig beståndsdel i utförandet enligt båda brottsbeskrivningarna, föranleder oss att tala om en och samma handling, låt vara uppfattad på olika sätt.

Såsom i föregående avsnitt framhållits, är det möjligt, att man kan hysa olika uppfattningar om hur en person förfarit och att dessa uppfattningar äro *sinsemellan oförenliga* i så måtto att endast en av dem kan vara överensstämmande med verkligheten. En person har t. ex. först antagits ha gjort sig skyldig till häleri genom att mottaga ett stulet föremål av en annan person, medan det senare påstås, att han själv stulit föremålet. Även i en sådan situation föreligger enligt den här använda terminologien en och samma handling, även om den uppfattats på olika sätt. Den tilltalade har då icke förövat mer än en handling, dvs. ett förfarande svarande mot rekvisiten i en brottsbeskrivning, även om man hyser olika meningar om hur hans beteende gestaltat sig.²⁰

¹⁹ I denna bemärkelse betraktas sålunda handlingen såsom oberoende av den rättsliga subsumtionen och kan betecknas som naturlig i den mening Agge använder termen. Se ovan s. 95 med not 8.

²⁰ Uppfattningen att i det nämnda fallet endast en handling föreligger, medan det däremot är fråga om två handlingar, om en person i olika rättegångar påstås ha gjort sig skyldig till förfaranden, som icke äro sinsemellan oförenliga, och som var för sig motsvara rekvisiten i ett straffbud, anknyter i viss mån till tankegångar, som utvecklats av bl. a. *Keetsin-Liu*, och som kunna i korthet återgivas på följande sätt. Om man jämför två skilda föreställningar, som vardera avse ett faktiskt skeende, skall man finna, att olikheten mellan dem kan vara beskaffad på två sätt. (Här må erinras om att föremål för förhandling och dom i ett brottmål överhuvud icke

Det kan slutligen tänkas, att en person påstås ha förverkligat handlingsrekvisiten i två olika, vid sidan av varandra tillämpliga brottsbeskrivningar, och att *något eller några men icke alla handlingsmoment äro gemensamma för utförandet av båda brotten*. Huruvida i en dylik situation båda brotten skola anses ha förövats genom en handling eller icke, var före 1938 års lagstiftning om sammanträffande av brott en fråga av avgörande betydelse för tillämpningen av de olika bestraffningsreglerna för ideell och reell brottskonkurrens och kan väl betecknas som ett av de mest omdiskuterade och svårlösta straffrättsliga problemen enligt äldre rätt. Man synes ha varit tämligen ense om att det för antagande av idealkonkurrens icke var tillräckligt, att något handlingsmoment ingått i utförandet av båda brotten, medan åsikterna i hög grad varierat angående kraven på det gemensamma momentets beskaffenhet.²¹ Efter nyssnämnda lagstiftning saknar emellertid frågan betydelse för straffbarheten. Då härtill kommer, att det för resjudicatafrågorna synes vara av större betydelse, huruvida överhuvud något gemensamt moment att utreda och bevisa ingår i grunden för båda åtalerna eller icke, än den straffrättsliga valören av ett sådant gemensamt

utgöres av ett skeende i och för sig, utan av en föreställning om ett skeende. Riktigheten av detta påstående framgår tydligast, om man tänker sig en frikännande dom, där i rättegången prövade påstådda fakta icke behöva ha haft någon som helst motsvarighet i verkligheten. Jfr för civilprocessen *Kallenberg* s. 10 f. och Rättsmedlen s. 128 not 1 ävensom *Rosenberg* s. 259.) Å ena sidan kan tänkas, att de båda föreställningarna ha helt olika objekt i den meningen, att de kunna motsvaras av två olika skeenden, som faktiskt ägt rum. En person har exempelvis i en rättegång åtalats för stöld i Göteborg i januari 1949 och i en annan rättegång för fylleri i Stockholm i februari samma år. Här ha de båda föreställningarna otvivelaktigt som objekt två olika skeenden, som båda kunna ha inträffat i verkligheten. Det kan å andra sidan tänkas, att de båda föreställningarna ha samma objekt och skilja sig från varandra endast genom att detta objekt tillskrives olika egenskaper. Endast en av dem kan då vara riktig i den meningen, att den motsvaras av ett skeende, som faktiskt ägt rum. En person har exempelvis i en rättegång åtalats för fyndförseelse, bestående i att han på en gata upphittat en guldlocka och underlåtit att fullgöra vad i lag är föreskrivet om skyldighet att tillkännagiva hittegods. I en annan rättegång åtalas han för att ha stulit klockan vid ett besök i ägarens bostad. Av dessa båda föreställningar om hur den tilltalade kommit i besittning av klockan kan endast en vara riktig. Den tilltalade har antingen hittat klockan på gatan eller tillgripit den i ägarens bostad (eller naturligen kommit i besittning av den på ett tredje sätt).

Det har synts vara av värde att redan här understryka den angivna distinktionen, emedan vid bedömande av en handlingsavvikelses betydelse för frågan om gärningsidentitet och därmed för frågan om res judicata i viss mån skilda praktiska processuella synpunkter göra sig gällande, allt efter som de båda åtalerna grunda sig på i faktiskt hänseende oförenliga förlopp eller icke. Vi återkomma härtill i det följande. Se nedan s. 196 ff.

²¹ Enligt *Stjernberg*, Grundlinjer s. 303 ff. var det avgörande kriteriet på idealkonkurrens, att de från brottslighet avhållande motiven i fråga om båda brotten övervunnits i medvetandet genom en och samma yttre verksamhetsakt. Se vidare *Hagströmer* I s. 694 ff.

moment, har det synts ur systematisk synpunkt lämpligt att tala om en handling i alla fall, då något handlingsmoment är gemensamt för utförandet av flera brott. Härigenom synes man också vinna en större enkelhet i terminologien än som är möjlig med utgångspunkt från konkurrenslärans handlingsbegrepp.

Såsom sammanfattning av det hittills anförda kan sägas, att *flera handlingar* enligt den här använda terminologien äro för handen, om en person påstås ha *i flerfaldig måtto förverkligat samtliga handlingsrekvisit i en brottsbeskrivning* eller *genom olika förfaranden förverkligat handlingsrekvisiten i flera brottsbeskrivningar*. I övriga här behandlade fall föreligger endast en handling, även om uppfattningarna om hur den i verkligheten gestaltat sig kunna variera.

b. Det återstår att något analysera *beskaffenheten av de olika moment*, som kunna urskiljas hos en på angivet sätt bestämd handling. Denna analys blir tydligen liktydig med en undersökning av de olika i strafflagstiftningen förekommande handlingsrekvisiten.

Gemensamt för samtliga brottsbeskrivningar är en fysisk persons i sinnevärlden framträdande förhållande. Allt efter de straffrättsliga reglernas utformning kan detta förhållande bestå i aktivitet eller passivitet.²² Båda dessa slag av mänskligt beteende bruka inordnas under handlingsbegreppet, ofta under benämningen *yttre handling*, vilket uttryck även här skall användas.²³

I ett stort antal brottsbeskrivningar förutsättes för straffbarhet vidare ett visst "yttre resultat", regelmässigt bestående i "en viss skadlig fysisk inverkan på något konkret objekt, som åtnjuter skydd genom straffbudet".²⁴ Ett sådant resultat, här i anslutning till vanligt språkbruk inom straffrättsdoktrinen benämnt *effekt*, ingår emellertid icke vare sig vid brotten medelst positivt handlande eller underlåtenhetsbrotten såsom

²² I anslutning härtill skiljer straffrättsdoktrinen mellan brott medelst positivt handlande (kommissivdelikt) och underlåtenhetsbrott (omissivdelikt). Jfr t. ex. *Agge*, Lärobok s. 162 ff. och *Andenæs* s. 17 ff. Såsom särskilt *Andenæs*, a. st., framhållit, äro ett stort antal straffbud av blandat kommissiv och omissiv karaktär i den meningen, att de kunna överträdas såväl genom positivt handlande som genom underlåtenhet.

²³ Jfr t. ex. *Agge*, Lärobok s. 147, *Hagströmer* I s. 94 ff., v. *Hippel*, Strafrecht II s. 127 och *Mezger* s. 91 ff. Av annan mening är *Radbruch*, s. 131 ff., som hävdar, att positivt handlande och underlåtenhet såsom kontradiktoriska motsatser icke kunna förénas under ett gemensamt begrepp. Jfr häremot särskilt *Mezger* s. 101 f. — Såsom yttre handling betecknas i allmänhet icke en aktivitet, som icke uppbäres av en viljeakt utan endast utgör en reflexrörelse el. dyl. Däremot är det icke alltid nödvändigt, att den yttre handlingen bestämmes av en ändamålsföreställning hos den handlande, även om detta är fallet vid de flesta positiva handlingar och många fall av underlåtenhet. Se härom t. ex. *Agge*, Lärobok s. 147 f.

²⁴ *Agge*, Lärobok s. 150.

rekvisit i samtliga förekommande brottsbeskrivningar. Där så icke är fallet, talar man i allmänhet vid de förstnämnda om rena handlingsdelikt i motsats mot effektdelikt,²⁵ vid de sistnämnda om äkta i motsats mot oäkta underlåtenhetsbrott.²⁶ Huruvida effekten skall omfattas av handlingsbegreppet eller icke, är ett spörsmål, som vållat mycken och till stor del tämligen ofruktbar diskussion.²⁷ Bortsett från fall, då det gäller att tolka lagbestämmelser, i vilka termen handling ingår — varom här icke är fråga — är spörsmålet av rent terminologisk natur.²⁸ Det är från denna utgångspunkt mot bakgrunden av det anförda klart, att effekten icke kan betraktas som en nödvändig beståndsdel hos alla förfaranden, som betecknas som handlingar. Intet hinder torde emellertid möta mot att i förekommande fall inbegripa även en eventuell effekt under handlingsbegreppet, och vi ha stannat för denna terminologi, eftersom den synts vara förenad med vissa framställningstekniska fördelar.²⁹

Vid sidan av gärningsmannens aktivitet eller passivitet samt den eventuella effekten återstår att uppmärksamma ännu ett moment, nämligen ett *subjektivt moment*, ett psykiskt förhållande hos gärningsmannen.

Vid flertalet brott enligt SL fordras uppsåt, innebärande principiellt "dels vilja att företaga eller underlåta viss handling och, i vissa fall, att åstadkomma ett visst yttre resultat och dels vetskap om att vissa omständigheter föreligga".³⁰ Kan icke visshet om resultatets inträde resp. förefintligheten av de ifrågavarande omständigheterna styrkas, kan likväl straff för uppsåtligt brott vanligen följa, om det kan med säkerhet

²⁵ Jfr t. ex. Agge, Lärobok s. 151 f., v. Hippel, Strafrecht II s. 132 ff. och Mezger s. 96 ff.

²⁶ Jfr t. ex. Agge, Lärobok s. 162 ff., v. Hippel, Strafrecht II s. 153 ff., Mezger s. 91 f. samt hos Andenæs s. 24 citerad litteratur. Enligt Andenæs, s. 23 ff., är emellertid denna terminologi icke rationell. Andenæs anser i stället ett oäkta underlåtenhetsbrott föreligga, när straffbudet tager sikte på en aktiv verksamhet som det normala, medan ett äkta underlåtenhetsbrott anses förutsätta, att det överträdde straffbudet åsyftar ett passivt förhållande såsom typiskt.

²⁷ Se härom t. ex. Höpfner I s. 112 ff., v. Hippel, Strafrecht II s. 126 ff. och Mezger s. 95 ff.

²⁸ Hagströmer, I s. 94, uttalar, att härvidlag "språkbruket inom straffrätten är vacklande", och v. Hippel, Strafrecht II s. 128 not 4, besvarar frågan med "ja oder nein, je nachdem, in welchem Sinne man das Wort gebraucht". Jfr Höpfner I s. 112 och Mezger s. 97 not 16.

²⁹ Det må emellertid anmärkas, att termen handling i ett flertal lagbestämmelser av färskt datum förekommer i den mera inskränkta betydelsen. Se t. ex. 1:1 SL och 19:1 RB. Jfr inom modern svensk doktrin Wetter s. 22. Agge, Lärobok s. 150, talar om "... att det brottsliga handlingssättet utmynnar i ett visst yttre resultat, vilket i själva verket ligger utom själva handlingsbegreppet i trängre mening".

³⁰ Thornstedt s. 10.

antagas, att den tilltalade skulle ha företagit den yttre handlingen, även om han ägt sådan visshet.³¹

I många fall, särskilt inom specialstraffrätten, kan ansvar ådömas även utan uppsåt. Vanligen fordras då, att oaktsamhet (culpa) ligger inculpaten till last, dvs. att han handlat på annat sätt än en normalt aktsam person skulle ha gjort i motsvarande situation. Tydligt är avgöres förhandenvaron av rekvisitet culpa efter en övervägande objektiv värderingsnorm. I så måtto har emellertid oaktsamhetskravet tillika ett subjektivt inslag att "i regel hänsyn toges till inculpatens erfarenhet, kunskaper och begåvning, i varje fall om han i dessa avseenden är sämre utrustad än normalt, vilket kan leda till en för honom förmånligare behandling".³²

Stundom kan slutligen enligt specialstraffrättsliga stadganden straff följa utan annan subjektiv förutsättning än att inculpaten är tillräknelig.³³ Straffansvaret säges då vara strikt, dvs. det inträder, så snart de objektiva rekvisiten äro uppfyllda.³⁴

Beträffande det subjektiva momentet har iakttagits samma förhållande som beträffande effekten: förhandenvaron av ett subjektivt moment utgör ofta men långt ifrån alltid förutsättning för straffbarhet. Även om det subjektiva momentet sålunda icke kan hänföras till de nödvändiga beståndsdelar, utan vilka en handling i straffrättslig mening icke kan föreligga, synes det lämpligt, att det subjektiva momentet i förekommande fall inbegripes under handlingsbegreppet och betecknas som ett moment i handlingen.

III. En term, vars innebörd i detta sammanhang torde böra klargäggas, är det redan förut använda och i det följande ofta återkoommande uttrycket *brott*. Inom straffrättsdoktrinen ha sedan gammalt yppats delade meningar om hur begreppet brott bör definieras. Numera torde man dock vara tämligen ense om att det icke är möjligt att generellt karakterisera brottet närmare än såsom en i lag straffbelagd handling.³⁵ I denna mening skall termen även här begagnas. Ur vissa speciella synpunkter synes emellertid en något närmare precisering av terminologien önskvärd.

³¹ Om denna form av uppsåt, som brukar benämnas eventuellt uppsåt, har en viss meningsskiljaktighet yppats. Se sålunda NJA 1941 s. 466 och kommentarer till detta rättsfall i SvJT 1945 av *Strahl* (s. 32 ff.) och *Alexanderson* (s. 295 ff.). Jfr även *Sund* s. 65 ff.

³² Se *Thornstedt* s. 10 och där citerad litteratur.

³³ Denna förutsättning för ansvar, som är gemensam för samtliga brott, kan i förvarande sammanhang lämnas å sido.

³⁴ Se härom t. ex. *Thornstedt* s. 11 f.

³⁵ Se t. ex. *Agge*, *Lärobok* s. 25 ff., 125 ff.

Låt oss antaga, att en person genom samma handling förverkligat rekvisiten i flera olika lagrum, vilka stå i sådant förhållande, att reglerna om brottskonkurrens³⁶ i 4 kap. SL äro tillämpliga. Har han då gjort sig skyldig till ett eller flera brott?

I detta hänseende synes terminologien enligt äldre rättspråk ha varit tämligen komplicerad. I 4:1 SL i dess lydelse före den 1 januari 1939 behandlades två fall av idealkonkurrens, nämligen dels det fall att en handling innefattar flera brott dels ock det fall att en handling innefattar "brott, som i särskilda avseenden med olika straff belagt är".³⁷ Inom doktrinen har man skilt mellan fall av flerfaldig brottslighet (eller flerfaldigt brottsfall), som utgjorde ett enda brott i betydelsen brotts-exemplar eller brottsindivid, och fall av flerfaldig brottslighet, då flera brott i nyssnämnda mening voro för handen.³⁸

Det torde icke vara erforderligt att här söka närmare klarlägga innebörden av de olika termerna. Efter 1938 års lagstiftning om sammanträffande av brott synes nämligen knappast nödvändigt att operera med denna ganska invecklade terminologi.³⁹ Det har i varje fall i detta arbete syntts tillräckligt klagörande att använda beteckningen flera brott, så snart bestämmelserna om sammanträffande av brott i 4 kap. SL äro tillämpliga, och att för övriga fall, därunder inbegripna den skenbara och verkliga lagkonkurrensen, använda beteckningen ett brott.

Låt oss nu antaga, att en person påstås ha begått en handling, som är straffbar enligt ett visst lagrum, men att det vid närmare betraktande visar sig, att handlingen icke bör subsumeras under detta utan under ett annat lagrum. Bör handlingen betecknas som samma brott, oavsett vilken av de båda straffbestämmelserna som befinnes tillämplig, eller

³⁶ Denna företeelse bör skiljas från skenbar och verklig lagkonkurrens. Lagkonkurrens av det förra slaget anses föreligga, om rekvisiten i flera lagrum efter deras ordalydelse förverkligats men enligt lagens mening endast det strängare lagrummet är tillämpligt (skenbar heterogen lagkonkurrens), eller då inculpaten i flerfaldig måtto uppfyllt rekvisiten i samma lagrum utan att likväl enligt lagens mening mer än en enkel tillämpning av lagrummet är påkallad (skenbar homogen lagkonkurrens). Lagkonkurrens av det senare slaget (verklig lagkonkurrens) är för handen, då den tilltalade förverkligat rekvisiten i flera olika lagrum och dessa samtidigt äro tillämpliga i den meningen, att de alla böra citeras i domen, att man vid straffmätningen ej får gå ned under minimum i något av lagrummen, och att ett eventuellt i något av dem utsatt bistraff skall komma till användning, men likväl bestämmelserna om sammanträffande av brott i 4 kap. SL icke äro avsedda att tillämpas. Jfr *Hagströmer* I s. 611 ff. och *Stjernberg*, Grundlinjer s. 291 ff.

³⁷ Sistnämnda fall av idealkonkurrens har även benämnts kombinativ strafflagskonkurrens. Se SOU 1937:24 s. 40.

³⁸ Se t. ex. *Hagströmer* s. 611 ff., särskilt s. 715 f.

³⁹ Det är naturligen fortfarande nödvändigt att klart skilja mellan skenbar lagkonkurrens, verklig lagkonkurrens och brottskonkurrens. Detta synes emellertid i förekommande fall väl kunna ske utan användande av andra termer än de tre nämnda.

dömes den tilltalade för annat brott än det först antagna, om den senare straffbestämmelsen tillämpas i stället för den förra? I ett flertal lagrum användes uttrycket brott på ett sätt, som ger vid handen, att det är fråga om samma brott, oavsett vilken straffbestämmelse som tillämpas på den brottsliga handlingen.⁴⁰ Det synes emellertid vara mera klargörande och ägnat att undvika missförstånd att tala om att en och samma brottsliga handling betraktas som olika brott, allt efter vilken straffbestämmelse som tillämpas. Denna terminologi skall därför begagnas i det följande.

⁴⁰ Denna innebörd har tydligen termen brott i 1:3 SL: "Ej må någon utan Konungens förordnande åtalas för brott, för vilket han utom riket undergått straff eller annan ansvarspåföljd." Ty då fråga uppkommer om att åtala en person för en handling, för vilken han dömts och bestraffats enligt utländsk lag, har man att göra med två olika brottsbeskrivningar, den svenska och den utländska. Samma innebörd måste termen ha i 58:2 och 58:3 RB, enligt vilka lagrum bland förutsättningarna för resning upptagits, att "brottet" sannolikt skulle ha hänförts under mildare resp. väsentligt strängare straffbestämmelse. Oavsett om en strängare eller mildare straffbestämmelse tillämpas, anses tydligen brottet enligt denna terminologi vara detsamma. Se även 25:8 SL.

Kap 5.

Gärningsbegreppet enligt olika lagrum i RB

För att uppnå en ändamålsenlig tolkning av 30:9 RB torde vara nödvändigt att icke betrakta detta stadgande som en isolerad företeelse utan att se det i dess sammanhang med andra rättsregler. Särskilt påkallas härvid uppmärksamheten av några lagrum, vilka liksom 30:9 RB innehålla termen gärning.

I. Det är en i varje ackusatorisk processordning fundamental princip, att domstol icke äger pröva annat än vad åklagare eller målsägande underställt dess bedömande. Åklagarens eller målsägandens beskrivning i stämningsansökningen av det förfarande, som lägges den tilltalade till last, måste fixera ramen för domstolens prövning och därmed även för den tilltalades och hans försvarares verksamhet. Tillgodoseendet av den tilltalades intresse av att kunna förbereda och utföra sin talan ävensom intresset av rättegångens koncentration kräver uppenbarligen, att denna ram icke anges på ett alltför obestämt sätt. Domstolens och parternas verksamhet måste redan från början inriktas på utredning av någorlunda preciserade faktiska förhållanden. Tydligt är också, att det vore ägnat att skapa förvirring och svårigheter, om den ram, som uppdragits genom stämningsansökningen, kunde utan vidare under processens förlopp i mera väsentlig mån förskjutas.

Det vore emellertid å andra sidan ytterst opraktiskt, om åklagaren eller målsäganden icke kunde företaga åtminstone mindre betydande kompletteringar och korrigeringar i den i stämningsansökningen angivna grunden för ansvarsyrkandet, liksom om domstolen alltid måste meddela frikännande dom, därest det efter bevisupptagningen utredda saksammanhanget icke fullständigt bokstavligt överensstämde med

åtalets gärningsbeskrivning.¹ Många gånger förefinnes dessutom ett beaktansvärt behov av att låta rättegången omfatta helt andra faktiska förhållanden än dem som återgivits i stämningsansökningen. Om det efter väckandet av ett åtal visar sig, att den tilltalade förövat andra brott, kan det ofta vara motiverat att låta förhandling och dom omfatta jämväl dessa utan anlitande av förfarandet med ansökan om samt utfärdande och delgivning av stämning.

För att nu se, hur dessa frågor reglerats i RB, kan först beträffande *precisering av åtalet* konstateras, att åklagaren jämlikt 45:4 RB skall i stämningsansökningen uppgiva "den brottsliga gärningen med angivande av tid och plats för dess förövande och de övriga omständigheter, som erfordras för dess kännetecknande, samt det eller de lagrum, som äro tillämpliga".² Ordalydelsen i denna bestämmelse överensstämmer nära med vad som tidigare föreskrevs i KCirk 22 juni 1928, vilken författning ansetts tillåta en ganska allmänt hållen avfattning av åtalet.³ Motiven till 45:4 RB innehålla inga andra för tolkningen belysande uttalanden, än att åklagaren i stämningsansökningen bör åberopa jämväl eventuell omständighet, som utgör straffskärpningsgrund, men att någon utförlig redogörelse ej erfordras rörande de omständigheter, varå åtalet grundas.⁴ Man torde likväl kunna våga antagandet, att 45:4 RB åsyftar en längre driven precisering av åtalet än som i äldre rätt ansetts tillfyllest. Ju större vikt som lägges vid koncentrationsprincipen, desto starkare framträder nämligen kravet på att den tilltalade redan från början i möjligaste mån exakt vet, vilka konkreta faktiska förhållanden som läggas honom till last, och kan inrikta sitt försvar därefter.⁵

I samma mån som en närmare precisering av stämningsansökningens innehåll fordras, ligger emellertid större vikt vid önskemålet, att den

¹ Särskilt om en dylik snäv begränsning av domstolens prövningsrätt uppträder i förening med ett absolut förbud för den åtalande parten mot ändring av åtalets avfattning, kunna stötande konsekvenser följa. Drastiska exempel härpå kunna hämtas från den äldre engelska rätten. I ett rättsfall frikändes sålunda den tilltalade, emedan han i åtalsskriften kallats "Josiah" i stället för "Josias", i ett annat, emedan målsäganden betecknats "J. Irwin et Comp." i stället för "John Irwin et Comp.", i ett tredje slutligen, emedan en förfalskad handling påståtts börja med orden "John Styles" i stället för "I, John Styles". Se *Glaser* i GS 1871 s. 6. Jfr *Stelling* s. 44.

² Motsvarande föreskrift har beträffande enskilt åtal givits i 47:2 p. 2 RB. För undvikande av upprepningar skall den följande framställningen, där annat icke anges, begränsas till allmänt åtal.

³ Se *Agge*, Processföremålet s. 22. Jfr angående tiden före 1928 års cirkulär *Trygger*, Kommentar s. 79 f. samt *Bäärnhjelm* s. 93 f.

⁴ Se PLB s. 471.

⁵ Belysande i detta hänseende är, att modern utländsk straffprocesslagstiftning, byggd på grundsatserna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration, i allmänhet fordrar en betydligt mera detaljerad gärningsbeskrivning i stämningen än vad fallet var i äldre svensk rätt. Jfr *Agge*, Processföremålet s. 22 ff.

processinledande akten icke obetingat klavbinder domstolens prövning utan att denna vid senare förefallande behov kan utsträckas utöver stämningsansökningens avfattning.

I detta hänseende har en i princip obegränsad rörelsefrihet tillerkänts åklagare och domstol i förening. Enligt 45:5 st. 1 RB kan åklagaren "mot samme tilltalade utvidga åtalet att avse annan gärning, om rätten med hänsyn till utredningen och andra omständigheter finner det lämpligt". Denna befogenhet, i det följande benämnd möjligheten till *taleändring*, kan således i och för sig omfatta förfaranden, som äro vitt skilda från det i stämningsansökningen angivna. Processuella lämplighetssynpunkter, varierande från fall till fall, utgöra härvidlag den enda begränsningen.

Även oberoende av varandra ha emellertid åklagare och domstol medgivits viss rörelsefrihet i förhållande till stämningsansökningens avfattning. Visserligen får enligt 45:5 st. 1 RB väckt åtal med nyss angivna undantag icke ändras. Men i st. 3 av samma lagrum stadgas, att såsom ändring av åtal icke betraktas, "att åklagaren beträffande samma gärning inskränker sin talan eller åberopar annat lagrum än i stämningen uppgivits eller ny omständighet till stöd för åtalet".⁶ Dylik omgestaltning av talan utan rättens tillstånd skall betecknas *åtalsjustering*.⁷ Angående domstolens bundenhet av åtalet föreskrives i 30:3 RB, att dom ej må avse "annan gärning än den, för vilken talan om ansvar i behörig ordning förts...".⁸ Rätten är däremot ej "bunden av yrkande beträffande brottets rättsliga beteckning eller tillämpligt lagrum". Den rörelsefrihet, som domstolen enligt förevarande lagrum tillerkännes, kommer att betecknas *rätten till prövning ex officio*.

Av de anförda lagbestämmelserna framgår, att såväl möjligheten till åtalsjustering som domstolens rätt att pröva ex officio anknutits till gärningsbegreppet. Så länge åklagaren håller sig till den ursprungligen åtalade gärningen, kan han utan rättens tillstånd vidtaga de korrigeringar och kompletteringar av åtalet, som han anser påkallade. Och domstolens prövning är i förhållande till åtalet begränsad endast där-

⁶ Reglerna i 45:5 RB äga på grund av hänvisning i 47:24 RB motsvarande tillämpning vid enskilt åtal.

⁷ Termen åtalsjustering är knappast särskilt lyckad, men det synes svårt att finna någon mera adekvat benämning. I sak utgör den ifrågavarande företeelsen en ändring av talan, men denna term kan icke ifrågakomma, eftersom den av lagen förbehållits sådan ändring, som enligt 45:5 st. 1 RB fordrar rättens tillstånd.

⁸ Undantag gäller för fall, då fråga om ansvar eljest enligt lag må av rätten upptagas. Från detta undantag, som endast avser förseelser i rättegången, kan här och i det följande bortses. Likaledes bortses från de särskilda regler, som gälla brott, förövade inför rätta.

igenom att den icke får sträcka sig utöver den åtalade gärningen. Av RB:s förarbeten framgår även, att man åsyftat en överensstämmande tolkning av gärningsbegreppet i båda dessa sammanhang.⁹ Man kan sålunda säga, att lagredaktörerna genom 45:5 st. 3 och 30:3 RB avsett att skapa en möjlighet att utsträcka domstolens prövning utöver stämningensansökningens innehåll, en möjlighet som sträcker sig lika långt, vare sig denna utsträckning av prövningen sker på föranledande av åklagaren eller ex officio av domstolen.

Även i 30:9 RB förutsättes gärningsbegreppet ha samma innebörd som i 45:5 och 30:3 RB. I motiven till 45:5 RB uttalas sålunda: "I den mån åklagaren inom det område, som täckes av domens rättskraft, modifierar sin talan, föreligger icke någon ändring av åtalet. Han kan sålunda anföra nya omständigheter, som göra det i stämningen angivna händelseförloppet brottsligt även i annat hänseende än han i stämningen upp-givit, liksom han äger åberopa annat lagrum. Han kan vidare inskränka sin talan, såvitt angår samma gärning. I detta fall följer av reglerna om domens rättskraft, att sedan dom givits över åklagarens fullföljda talan, den tilltalade är skyddad mot nytt åtal även såvitt angår de moment i gärningen, beträffande vilka åklagaren avstått från ansvarsyrkande."¹⁰ Och i motiven till 30:9 RB hänvisas beträffande prövningen av frågan om gärningsidentitet till de grunder, "som enligt vad vid 3 § anförts gälla i fråga om processföremålets bestämmande".¹¹

Slutligen bör i detta sammanhang nämnas stadgandet om *litispendens* i 45:1 st. 3 RB. Detta stadgande föreskriver, att nytt åtal ej får väckas mot den tilltalade för "gärning, för vilken han redan står under åtal". Även *litispendensens* omfång har sålunda anknutits till termen gärning. Att denna förutsatts ha samma innebörd i 45:1 st. 3 som i 45:5, 30:3 och 30:9 RB, framgår av förarbetena till förstnämnda lagrum.¹²

II. Det sammankopplande av reglerna om rättskraftens omfång med andra rättsinstitut, som åsyftats i förarbetena till RB, och som tagit sig uttryck i att såväl *litispendensen*, befogenheten till åtalsjustering och prövning ex officio som rättskraften anknutits till termen gärning, har stöd på många håll, framför allt i utländsk doktrin och praxis. Särskilt har förhållandet mellan rättskraften och prövningsrätten tilldragit sig uppmärksamheten, och det har i allmänhet antagits, att det måste bestå en fullständig överensstämmelse mellan dessa båda regelkomplex, så

⁹ Se PLB s. 472 jfrd med s. 342 och 340.

¹⁰ PLB s. 472.

¹¹ PLB s. 342.

¹² Se PLB s. 469.

att rättskraftens omfång alltid sträcker sig lika långt som domstolens befogenhet till prövning i det tidigare målet.¹³

Det torde icke vara uteslutet, att uppfattningen om en fullständig kongruens mellan de olika instituten i någon mån baserar sig på en från civilprocessen hämtad teoretisk konstruktion, nämligen läran om *processföremålet*.¹⁴ Denna kan i korthet sägas innebära, att man inom processrätten konstruerat en juridisk motsvarighet till det civilrättsliga centralbegreppet, rättighetsbegreppet. Den rättighet, som kändanden gör gällande, säges utgöra processens föremål. Man har därefter inordnat olika processuella situationer under detta fixerade begrepp. Vare sig det exempelvis gällt att bestämma kändandens möjlighet att ändra sin talan eller rättskraftens omfång, har man fallit tillbaka på konstruktionen om processföremålet. Om blott detta bibehålles orubbat, har man menat, möta inga hinder för taleändring, medan å andra sidan processföremålets identitet medför avvísning av ny talan. I analogi härmed kan man inom straffprocessen tänka sig gärningsbegreppet såsom beteckning för en a priori given storhet, vilken genom åtalet göres till processföremål, en storhet som enligt denna uppfattning måste ha samma omfattning, vare sig det är fråga om åtalsjustering, prövning ex officio, litispensens eller rättskraft.

Ett resonemang som det anförda torde emellertid innebära en påtaglig begreppsjurisprudens. Liksom begreppet processföremål inom processrätten utgör en motsvarighet till det civilrättsliga rättighetsbegreppet, kan man lika litet härleda praktiska konsekvenser ur processföremålet, som man inom civilrätten kan draga slutsatser angående rättsföljder av en viss situations hänförande under ett på förhand fixerat rättighetsbegrepp. Det från modern rättsvetenskaplig metodiks ståndpunkt otillfredsställande i ett dylikt tillvägagångssätt utgöres därav, att ändamålssynpunkter icke få göra sig gällande. Varje i praktiken uppkommande situation bör såvitt möjligt bedömas efter de ändamålssynpunkter, som spela in i just denna situation. Den modifikationen bör dock göras, att intresset av klara och enhetliga regler möjligen kan föranleda, att andra ändamålssynpunkter i ett speciellt fall i viss mån eftersättas.

¹³ Bland denna menings anhängare kunna nämnas *Salomonsen*, I s. 425, *Garraud*, VI s. 233 ff., *Glaser*, Grünhut 1885 s. 328 och *v. Hippel*, Strafprozess s. 370. Grundsatsen har också konsekvent omfattats av den tyska RG. Se även i äldre svensk doktrin *Kreüger* s. 357 ff., särskilt s. 363.

¹⁴ Se härom *Olivecrona* s. 238 ff. De närmast följande reflexionerna ha även i viss mån inspirerats av ett icke publicerat föredrag av *Ekelöf*, hållet vid den sjunde nordiska juriststämman 1947 och betitlat "Processföremålet — en begreppsjuridisk konstruktion". Jfr också *Ekelöf*, Ändring av talan s. 30 f.

Inom nyare svensk civilprocessuell doktrin har man också observerat olämpligheten av konstruktionen med processföremålet såsom grundval för slutsatser angående möjligheten till taleändring eller angående rättskraftens omfång. I stället har framträtt en tendens att avgränsa vardera institutets omfång för sig på grundval av en prövning av skilda synpunkters styrka i olika situationer.¹⁵

Även för brottmålsens del har stundom uttalats opposition mot den ovan angivna uppfattningen om kongruensen mellan prövningsrätt och rättskraft. Särskilt har man funnit stötande, att domstolens blotta befogenhet att beakta vissa omständigheter skall utgöra ett hinder mot nytt åtal, även om någon prövning av dem aldrig ägt rum, måhända därför att de icke förelegat upplysta och domstolen kanske t. o. m. saknat faktisk möjlighet att åstadkomma utredning om dem.¹⁶ Även den motsatta ståndpunkten, nämligen att rättskraften kan sträcka sig längre än domstolens prövningsrätt, finnes emellertid, ehuru mera sporadiskt, företrädd inom litteraturen.¹⁷

Vilka ändamålssynpunkter spela då in vid de olika regelkomplexen? Hur bör förhållandet vid vart och ett av dem regleras med hänsyn till deras praktiska funktion?

III. Vad först beträffar litispendensen, synes något hinder icke möta mot att den gives samma omfång som domens rättskraft enligt 30:9 RB. Litispendensen i brottmål torde vila på väsentligen samma ändamålssynpunkter som avvisningsregeln och synes närmast kunna betraktas som ett komplement till denna, som förhindrar nytt åtal, redan innan dom över det första åtalet meddelats och vunnit laga kraft samt därigenom kan utöva sin rättegångshindrande funktion. I tvistemål förekommer visserligen litispendens enligt hittillsvarande praxis i mera begränsad utsträckning än rättskraft. Men divergensen hänför sig huvudsakligen till den positiva rättskraftsfunktionen.¹⁸ Några ändamålssynpunkter torde i allmänhet knappast stödja uppfattningen, att en talan i brottmål skulle kunna upptagas till prövning under anhängigheten av ett åtal, efter vars avgörande genom laga kraftvunnen dom förstnämnda talan skulle avvisas på grund av *res judicata*. Ej heller lär det finnas

¹⁵ Jfr *Agge*, *Civildomens rättskraft* s. 137 ff. samt *Ekelöf*, *Ändring av talan* s. 30 f. och *Kallenberg*, *Rättsmedlen* s. 152 ff.; jfr *Svensk Civilprocessrätt* s. 1409 f.

¹⁶ Belysande är härvidlag ett uttalande av *Niederreuther* i GS 1939 s. 336, att det i rättskraftshänseende bör vara likgiltigt, "ob der frühere Richter bei mehr oder minder grösserer Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit die betreffenden Tatsachen hätte feststellen können, sondern es kommt nur darauf an, ob er sie tatsächlich nicht festgestellt hat". Jfr t. ex. *Küssner* s. 207, *Kohlrausch* s. 58 f. och *Scheel* s. 12 ff., särskilt s. 30.

¹⁷ Se sålunda *Skeie* I s. 137 f. och *Höpfner* II s. 150 ff., särskilt s. 155.

¹⁸ Jfr *Ekelöf*, *Civilprocessen* s. 289 f.

anledning vägra att till prövning upptaga ett åtal under hänvisning till ett mot samme tilltalade anhängigt brottmål, om laga kraftvunnen dom i sistnämnda mål icke skulle utgöra rättegångshinder i förhållande till åtalet.¹⁹

IV. Mera komplicerat är avvsningsregelns förhållande till instituten åtalsjustering och prövning ex officio. Det kan först och främst ifrågasättas, om de båda sistnämnda institutens omfång sinsemellan böra bestämmas på samma sätt. Denna fråga skall först göras till föremål för undersökning.²⁰

En viktig synpunkt vid avgränsningen av båda institutens omfång är, att den tilltalades intresse av att förbereda och utföra sin talan icke får trädas för nära. Ur denna synpunkt synes en vidsträckt befogenhet för domstolen att ex officio åberopa omständigheter till nackdel för tilltalad ingiva vissa betänkligheter. Då åklagare åberopar en ny omständighet, drages densamma fram i luset, och den tilltalade får sin uppmärksamhet riktad på omständigheten i fråga och den betydelse den tillmätes i processen. Han torde också i allmänhet vara berättigad till uppskov för att bemöta åklagarens påstående.²¹ Är det däremot rätten, som ex officio drager in en omständighet såsom rättsfaktum under sin prövning, finnes icke motsvarande garanti för att den tilltalades försvar blir behörigen tillgodosett.²² Särskilt om fråga om utsträckning av prövningen uppkommer först under överläggning till dom och detta icke meddelas parterna, synes en betänklig risk föreligga, att rätten kommer att fälla sin dom på en otillförlitlig grundval, därest den beaktar om-

¹⁹ Stundom kan väl förhållandet mellan åtalen vara sådant, att avgörandet av det ena är av väsentlig betydelse för avgörandet av det andra. I dessa fall kan emellertid en ändamålsenlig lösning vinnas genom att det ena målet jämlikt 32:5 RB förklaras vilande i avbidan på det andras avgörande eller genom att målen kumuleras. Sistnämnda förfaringssätt är alltid fördelaktigt ur straffmätningssynpunkt, då gemensamt straff skall ådömas enligt reglerna i 4 kap. SL. Man slipper då tillämpning av 4:3 SL med upprivande av straffbestämningen i den tidigare domen eller eventuellt 4:4 SL med sammanläggning av straff på verkställighetsstadiet.

²⁰ Här må understrykas, att undersökningen endast avser domstolens resp. den åtalande partens befogenhet att frångå stämningsansökningens gärningsbeskrivning. Den åtalande partens rätt att påkalla domstolens prövning begränsas emellertid även av reglerna om åklagares resp. målsägandes behörighet att överhuvud åtala vissa brott. Indirekt innefatta dessa regler även begränsningar av domstolens prövning, som dessutom begränsas av reglerna om domstols behörighet. Dessa regler och deras betydelse för avvsningsregelns tolkning skola närmare undersökas i följande kapitel.

²¹ Se 46:2 p. 5 och 6 RB.

²² Från den synpunkt, ur vilken prövningsrätten här ytterst intresserar, nämligen i dess förhållande till avvsningsregeln, kan här bortses från sådana rättsfakta, som äro till fördel för tilltalad, exempelvis preskription, nöd eller annan straffrihetsgrund. Ett nytt åtal kan ju aldrig tänkas baserat på tillkomsten av ett dylikt rättsfaktum. Beträffande dessa rättsfakta må här endast anföras, att de i större utsträckning än rättsfakta till nackdel för den tilltalade synas böra beaktas ex officio, särskilt då den tilltalade ej har rättsbildad försvarare. Jfr PLB s. 479 och Hassler s. 43.

ständigheten ex officio. Detta förfaringssätt synes därför under alla förhållanden böra begagnas endast med största försiktighet. Fullt ut samma betänkligheter möta väl icke mot en utsträckning av prövningen ex officio, därest man antager en skyldighet för domstolen att göra parterna uppmärksamma på att den i ett eller annat hänseende ämnar utsträcka sin prövning utöver åtalets avfattning, och om den tilltalade erhåller rätt till uppskov för att anpassa sitt försvar efter det förändrade läget.²³

Emellertid är att märka, att domstol, som finner, att en för målets avgörande betydelsefull omständighet icke åberopats av åklagaren, kan använda en annan metod för att få omständigheten införd i rättegången än att pröva den ex officio. Enligt 46:4 RB har rätten att tillse, att målet blir uttömmande behandlat och skall därvid bl. a. genom frågor och erinringar söka avhjälpa otydlighet och ofullständighet i gjorda uttalanden. I denna uppgift, som brukar benämnas rättens materiella processledning, torde även ingå en befogenhet att giva åklagaren anvisning på en omständighet, som denne enligt rättens mening bör åberopa i målet.²⁴

Skillnaden mellan dessa båda metoder framträder väsentligen, om man tänker sig, att åklagaren på fråga skulle förklara, att han icke önskar åberopa omständigheten. Man kan naturligen i och för sig hysa delade meningar i frågan, huruvida rätten likväl bör vara befogad att lägga omständigheten till grund för sin dom. Ganska säkert torde emellertid vara, att ett jakande svar icke står väl i överensstämmelse med den ackusatoriska principen. Att domstolen icke får döma över annat förfarande än som i laga ordning åtalats är ju en för den ackusatoriska processformen grundläggande synpunkt, som främst torde vara motiverad av önskemålet, att domstolens anseende såsom opartisk icke skall råka i fara. Anser man sålunda — och härtill torde man ha goda skäl — att det icke är förenligt med den ackusatoriska princip, varpå brottmålsförfarandet enligt RB bygger, att rätten grundar sin dom på en omständighet, som åklagaren uttryckligen förklarat sig icke önska åberopa, synes det knappast finnas någon rimlig anledning till att rätten över huvud skulle äga ex officio åberopa omständigheter av betydelse till den tilltalades nackdel. Möjligheten att genom materiell processledning giva åklagaren anvisning på omständigheter, som han under-

²³ Uttryckliga bestämmelser i dessa hänseenden återfinnas bl. a. i norsk, dansk och tysk rätt. Se sålunda 342 § Strpl., 908 § Rpl. och 265 § StPO. I svensk rätt finnes ingen annan föreskrift om skyldighet att göra den tilltalade uppmärksam på en avvikelse ex officio från åtalets avfattning än som kan anses innefattad i 46:4 RB. Möjlighet till uppskov torde den tilltalade dock ha jämlikt 46: 2 RB.

²⁴ Jfr Hassler s. 43.

låt it att beakta, torde då innefatta en fullt tillräcklig garanti för att målet blir uttömmande behandlat. Givet är, att den materiella processledningen överhuvud nödvändigtvis innefattar vissa risker för tilliten till domstolarnas opartiskhet och därför bör begagnas med stor försiktighet. Den torde ur denna synpunkt likväl äga ett avsevärt företräde framför metoden att ex officio åberopa omständigheter till den tilltalades nackdel utan att fråga efter åklagarens mening. Endast när det gäller en avvikelse från åtalets avfattning, som ifrågasättes först sedan förhandlingen avslutats och som är av så bagatellartad karaktär, att det förefaller uppenbart onödigt att på nytt inkalla parterna för att höras här-om, synes en utsträckning ex officio av domstolens prövning utöver åtalets avfattning vara befogad.^{24a}

Det hittills anförda ger vid handen, att *domstolens prövningsrätt bör begränsas mycket snävt i förhållande till åklagarens precisering av sin talan*. Uppgiften blir närmast att undersöka, vilka synpunkter som spela in vid avgränsningen av åklagarens möjlighet till åtalsjustering, dvs. hans möjlighet att utan rättens tillstånd företaga kompletteringar och korrigeringar i stämningsansökningens gärningsbeskrivning.

^{24a} Beträffande praxis enligt ÄRB må hänvisas främst till rättsfallet NJA 1948 s. 584. En person hade åtalats jämlikt 4 § 2 mom. och 38 § vägtrafikstadgan för det han under snöplogning framfört en lastbil med högervingad bakplog på höger sida av vägbanan och därigenom vållat sammanstötning med annat fordon. På fråga av den tilltalades ombud förklarade åklagaren, att han icke ville lägga den tilltalade något annat till last än att denne kört på fel sida av vägen och verkställt möte på fel sida.

Den tilltalade bestred åtalet under åberopande av bl. a. att lastbilen vore enligt 1 § 1 mom. motorfordonsförordningen att anse som motorredskap (vägmaskin) samt att i följd därav jämlikt 28 § 5 st. vägtrafikstadgan bestämmelsen i 4 § 2 mom. samma stadga icke vore tillämplig.

HR:n fann den omständigheten att den tilltalade vid tillfället fört bilen på vägens högra sida icke för honom föranleda ansvar men dömde honom jämlikt 2 § och 38 § 1 mom. vägtrafikstadgan med motivering, att det måste ha ålegat den tilltalade att iakttaga en alldeles särskilt stor försiktighet och på lämpligt sätt fästa andra trafikanters uppmärksamhet på att bilen icke kunde hållas till vänster vid möte, samt att den tilltalade genom underlåtenhet härvidlag måste anses ha brustit i tillbörlig varsamhet vid plogbilens förande.

Vid fullföljd till HovR:n gjorde den tilltalade gällande, att han av HR:n blivit dömd för annan gärning än den som åtalet avsett. Denna invändning godtogs icke av HovR:n, som emellertid icke ansåg den tilltalade kunna fällas vare sig i det av åklagaren eller det av HR:n åberopade hänseendet.

HD, där JK fullföljde talan med hemställan om bifall till stämningsspåståendena, fann att med hänsyn till det sätt, varpå åklagaren bestämt sin talan, i målet icke kunde provas, huruvida den tilltalade vid tillfället genom ett beteende, som icke avses i 4 § 1 eller 2 mom. vägtrafikstadgan, brustit i aktsamhet vid lastbilens förande och därigenom ådragit sig ansvar. (Ett JR var av skiljaktig mening.)

Utgången av detta rättsfall strider mot ett uttalande av *Boye*, s. 289, enligt vilken ”domstolarna torde vara skyldiga att, då viss kollision bragts under prövning, uttömma hela brottsligheten, oavsett vilka särskilda omständigheter eller lagrum åklagaren åberopat”. — Se vidare angående domstolens bundenhet av åberopade faktiska omständigheter JO:s ämbetsberättelse 1949 s. 64 ff.

Beaktansvärda synpunkter i detta hänseende äro bl. a. den tilltalades intresse av att kunna förbereda och utföra sitt försvar ävensom intresset av koncentrationsprincipens genomförande. Låt oss antaga, att en åklagare åtalat en person för förskingring men att han efter åtalets väckande finner, att den tilltalade i syfte att dölja förskingringen fört falska räkenskaper, och att han därför vill yrka ansvar för grov förskingring. Om åklagaren äger rätt att justera sin talan, är det uppenbart, att den tilltalade, om han yrkar det, bör beviljas uppskov för att taga ställning till det förändrade läget. Möjlighet härtill torde, även om justeringen sker först under huvudförhandlingen, finnas jämlikt 46:2 p. 5 och 6 RB. Det är likväl tydligt, att detta förfaringssätt ur koncentrationsprincipens synpunkt icke är helt tillfredsställande.

Anses åklagaren icke äga rätt till åtalsjustering, kan han, om rätten icke tillåter ändring av talan,²⁵ under handläggningen i första instans nedlägga åtalet. Denna utväg möter väl i och för sig inga betänkligheter²⁶ men är icke möjlig, sedan dom fallit.²⁷ I sistnämnda fall, liksom om åklagaren väl tidigare fått kännedom om den falska bokföringen men icke begagnar sig av sin möjlighet att återkalla åtalet, kan resultatet av ett förbud mot åtalsjustering bli, att den tilltalade genom laga kraftvunnen dom fälles till ansvar för enkel förskingring. Därest avviseringsregeln i 30:9 RB icke antages lägga hinder i vägen, kommer åklagaren nu att omedelbart väcka nytt åtal för grov förskingring. Den tilltalades möjligheter att försvara sig torde härigenom knappast bli bättre tillgodosedda, än om åklagaren i den första processen företagit en åtalsjustering, eftersom den tid, den tilltalade får till sitt förfogande, icke behöver bli längre i det senare fallet än i det förra. Snarast ter det sig väl för honom som en olägenhet att behöva utstå två rättegångar i stället för en. Även ur åklagarens och domstolens synpunkt synes detta förfaringssätt innebära en otymplig och ur processekonomisk synpunkt olämplig omgång. Det torde emellertid framför allt kunna ifrågasättas, om det är tillfredsställande, att domstolen meddelar en dom, som redan vid dess meddelande kan på goda grunder antagas vara oriktig, även om man utgår från att resultatet kommer att korrigeras genom dom över nytt åtal, som sätter den tidigare domen ur kraft. Antager man, att

²⁵ Att taleändring i det konkreta fallet icke medgives, är en förutsättning för det närmast följande resonemanget.

²⁶ Detta torde sålunda icke böra anses utgöra ett sådant nedläggande av åtalet i brist på bevis att den tilltalade är skyldig till brottet, som jämlikt 20:9 RB skall under vissa omständigheter på yrkande av den tilltalade föranleda frikännande dom. Jfr PLB s. 263.

²⁷ Se 20:9 RB.

avvisningsregeln i det givna exemplet förhindrar nytt åtal, blir resultatet naturligtvis ännu betänkligare.

Det sagda må belysas genom ytterligare ett exempel. En person har på avbetalning köpt ett dragspel och fullgjort ett par avbetalningar. Sedermera utbytes dragspelet mot ett större dylikt, varvid köparen gottskrives de gjorda avbetalningarna. Sedan därefter viss meningsskiljaktighet rörande det nya dragspelets egenskaper uppstått mellan kontrahenterna, uppsökes köparen av en representant för säljaren. Besöket slutar med att representanten återtager dragspelet. Representanten åtalas nu på grund härav för egenmäktigt förfarande, och åtalet bifalles i underrätten. I HovR:n göres emellertid gällande, att representanten icke egenmäktigt återtagit dragspelet, utan att detta skett med köparens medgivande, som dock lämnats under inflytande av en falsk uppgift av representanten, att denne genom att vända sig till utmätningsman kunde utan vidare återfå dragspelet. Förfarandet bör därför enligt åklagarens mening nu bedömas som bedrägeri.

Det kunde synas olämpligt, att åklagaren tillåtes i HovR:n justera sin talan i angivet hänseende. Detta skulle bl. a. kunna innebära, att HovR:n som första instans prövade omständigheter, som underrätten icke bedömt. Å andra sidan förefaller emellertid föga rimligt, att HovR:n vägrar fästa avseende vid åklagarens först i vadeinlagan gjorda påståenden. Om köparens sist framställda version av händelseförloppet är riktig, innebär det ju, att en dom för egenmäktigt förfarande är felaktig. Vare sig man antager, att den kan korrigeras genom nytt åtal eller att detta förhindras av 30:9 RB, torde det, såsom förut framhållits, icke kunna anses tilltalande, att domstolen underlåter att pröva det nya påståendet och därigenom medverkar till ett resultat, om vars riktighet den har anledning att hysa tvivel. Det lämpligaste förfaringssättet synes vara, att HovR:n — därest det anses oförenligt med instansordningsprincipen, att åklagarens nya påstående provas först i denna instans — undanröjer domen och återförvisar målet till underrätten.^{28 29}

Det är givet, att de olägenheter, som enligt vad förut anförts uppstå

²⁸ Något uttryckligt stadgande, som innefattar befogenhet till undanröjande och återförvisning annat än vid rättegångsfel, återfinnes icke i RB. En dylik befogenhet förutsättes emellertid såsom given i motiven till 50:28 RB, vartill hänvisas i motiven till 51:26–30 RB. Se PLB s. 527, jfrt med s. 539.

²⁹ Man kunde möjligen tänka sig, att HovR:n, därest den efter prövning av det nya påståendet funne detta riktigt, inskränkte sig till att ogilla åtalet för egenmäktigt förfarande. Detta förfaringssätt är så till vida icke betänkligt som det ju är riktigt, att den tilltalade icke skall dömas för egenmäktigt förfarande, om han gjort sig skyldig till bedrägeri. Även enligt detta alternativ måste emellertid HovR:n pröva frågan om bedrägeri och det synes då praktiskt lämpligare att åklagaren också äger påkalla dom för sådant brott.

genom en begränsning av möjligheten till åtalsjustering, kunna undanröjas genom att rätten i det konkreta fallet tillåter åklagaren att ändra sin talan. Det kan emellertid ifrågasättas, om det icke är så viktigt att förhindra meddelande av oriktiga domar, att rätten i dessa fall icke ens bör äga befogenhet att avvisa den åtalande partens krav på korrigering eller komplettering av åtalet.

I det föregående har antagits, att den omständighet, varmed åklagaren önskar justera sin talan, inverkar på riktigheten av den blivande domen. Det kan emellertid också tänkas, att han önskar åberopa en omständighet, som icke har denna betydelse men som kommer det åtalade händelseförloppet att framstå såsom brottsligt även i annat hänseende, varigenom sålunda brottskonkurrens, vanligen ideell sådan, blir för handen. En person har exempelvis åtalats för otukt med minderårig, och åklagaren gör under rättegången gällande, att otukten haft karaktären av våldtäkt. I detta fall synas skälen för tillåtligheten av åtalsjustering icke vara fullt lika starka, enär det nya påståendet icke omedelbart inverkar på bedömandet av det först åtalade brottet. Eftersom de båda ansvarsyrkandena grunda sig på helt eller delvis samma händelseförlopp, synes det emellertid förenat med betydande praktiska fördelar, att de behandlas i ett sammanhang. Visserligen kan även här en praktisk lösning uppnås genom att rätten tillåter ändring av talan, men vägande skäl för att låta rätten diskretionärt bedöma, huruvida en utvidgning av åtalet får ske eller icke, synas knappast ens i denna situation kunna anföras.

Är det sagda riktigt, innebär det, att befogenheten till åtalsjustering synes böra göras avsevärt vidsträcktare än domstolens rätt till prövning *ex officio*. Enligt de ovan anförda synpunkterna bör *befogenheten till åtalsjustering* i själva verket omfatta *samtliga omständigheter, som inverka på bedömandet av riktigheten av den dom, som kan komma att givas över åtalet*, ävensom omständigheter som föranleda, att helt eller delvis samma händelseförlopp framstår som brottsligt även i annat hänseende än ursprungligen antagits.³⁰

En så vidsträckt möjlighet till åtalsjustering behöver icke komma i konflikt med den tilltalades intresse av att kunna försvara sig, om han tillförsäkras rätt till nödigt uppskov, en synpunkt som torde vara tillgodosedd genom 46:2 p. 5 och 6 RB. Däremot kommer den i viss mån i

³⁰ Ätminstone i viss omfattning är en befogenhet till åtalsjustering i sistnämnda hänseende förutsatt i motiven till 45:5 RB, då det säges, att åklagaren kan "anföra nya omständigheter, som göra det i stämningen angivna händelseförloppet brottsligt även i annat hänseende än han i stämningen uppgivit...". PLB s. 472.

konflikt med koncentrationsprincipen. Det sistnämnda torde emellertid icke utgöra någon väsentlig olägenhet. Koncentrationsprincipen bör ju icke betraktas som självändamål utan som medel för vinnande av materiellt riktiga resultat. När, såsom i de anförda fallen, ett strängt fasthållande vid principen, att uppskov skola undvikas, skulle kunna leda till felaktiga resultat, är det naturligt, att principen får vika. Härvidlag förtjänar erinras om att rätten i brottmål icke på något stadium av processen äger vägra åklagaren att införa ny betydelsefull bevisning. Härigenom äventyras otvivelaktigt rättegångens koncentration i lika hög grad, som när det gäller införandet av här avsedda rättsfakta. Något vägande skäl att i förevarande hänseende göra en skillnad mellan ny bevisning och nya sådana rättsfakta torde m. a. o. icke föreligga. I båda fallen är ju f. ö. genom reglerna om fortsatt och ny huvudförhandling och de olika stadgandena om bevisomedelbarhet väl sört för att rätten vid avgörandet har processmaterialet aktuellt.

V. Den föregående utredningen har givit vid handen, att de ändamålssynpunkter, som göra sig gällande vid avgränsningen av å ena sidan domstolens befogenhet att ex officio frånga åtalets ordalydelse och å andra sidan åklagarens befogenhet att utan rättens tillstånd korrigera eller komplettera stämningsansökningens gärningsbeskrivning, äro så heterogena, att dessa båda befogenheter icke lämpligen kunna givas samma omfång. Man synes m. a. o. icke uppnå ändamålsenliga resultat, om termen gärning gives samma innebörd i 30:3 och 45:5 RB. En konsekvens härav blir, att vid denna undersökning av ändamålssynpunkter avvisningsregelns gärningsbegrepp måste konfronteras med befogenheten till prövning ex officio och rätten till åtalsjustering var för sig. Här skall först beröras förhållandet mellan avvisningsregeln och rättens befogenhet att ex officio pröva omständighet, som icke åberopats av åklagaren.

Enligt vad som anförts i det föregående, torde sistnämnda befogenhet böra begränsas mycket snävt. Vad domstolen äger pröva kommer enligt den här framförda uppfattningen att i allt väsentligt sammanfalla med vad åklagaren uttryckligen underställt dess bedömande. Det är därför ett ganska opraktiskt spörsmål, om rättskraften kan begränsas snävare än domstolens prövningsrätt.³¹ Mera betydelsefull är frågan, om rätts-

³¹ Frågan torde främst aktualiseras i de sällsynta fall, då rätten av förbiseende underlåtit att taga ställning till ett åtalat förhållande. Enligt *Hurwitz*, s. 808, bör i sådant fall domens rättskraft omfatta även detta förhållande. I svensk praxis finnes ett fall, som måhända kan anses tyda på en motsatt uppfattning, nämligen NJA 1945 s. 173. En person hade åtalats för att i en deklaration ha lämnat oriktiga uppgifter, utan någon närmare precisering av de avsedda uppgifterna. Han dömdes av underrätten

kraften kan omfatta omständigheter, som domstolen med hänsyn till åklagarens precisering av sin talan icke ägt bedöma, och följaktligen heller icke prövat.³²

Det kunde vid första påseende synas rimligt att besvara denna fråga nekande. Stundom har som nämnts t. o. m. framförts uppfattningen att rättskraften endast bör omfatta vad rätten verkligen prövat, helt bortsett från dess eventuella befogenhet att beakta även andra omständigheter.³³ Emellertid tala vägande ändamålssynpunkter mot denna uppfattning. Om varje aldrig så obetydlig ny omständighet kunde föranleda nytt åtal, skulle avvisningsregeln otvivelaktigt förlora åtskilligt av sitt värde.³⁴ Sålunda skulle den tilltalades trygghet tillgodoses på ett ytterst ofullständigt sätt, och regeln skulle heller icke fylla sin funktion att tvinga åklagare och målsägande till omsorgsfull utredning angående straffrättsligt sammanhängande rättsfakta.³⁵ Begränsar man, på sätt i det föregående rekommenderats, domstolens befogenhet till prövning ex officio till att avse korrigeringar och kompletteringar av helt bagatellartad karaktär, blir det också tydligt att rättskraften måste kunna omfatta omständigheter, som domstolen varken prövat eller varit befogad att åberopa ex officio. Såvitt avser en speciell situation, uttalas denna uppfattning även i förarbetena till RB. Om nämligen åklagaren inskränker sin talan beträffande samma gärning — i vilket fall rätten icke lär vara befogad att pröva de omständigheter, åklagaren avstått från att

beträffande en viss uppgift i deklarationen. HovR:n, där endast den tilltalade besvarade sig, fann denna uppgift icke vara av beskaffenhet att föranleda ansvar men dömde den tilltalade för en annan uppgift i samma deklaration, varom under rätten icke hade uttalat sig. HD yttrade, att underrettens utslag måste anses utgöra ett frikännande i sistnämnda hänseende, varför HovR:n icke ägt ingå i prövning härav. Möjligen innebär HD:s formulering, att det avgörande är, huruvida i det konkreta fallet kan utronas, om domstolen prövat den ifrågavarande omständigheten eller icke. Det kan emellertid också tänkas, att HD:s ståndpunkt är den, att en viss omständighets förbigående med tystnad alltid bör behandlas på samma sätt som ett frikännande beträffande denna omständighet. Sistnämnda tolkning, som överensstämmer med *Hurwitz'* uppfattning, synes vara den praktiskt mest tilltalande. Jfr lagrådets ovan s. 77 citerade uttalande angående avsättning och suspension.

³² För det fall, att rätten med överskridande av sin befogenhet dömt för förhållanden, som icke åberopats av åklagaren, torde anledning saknas att i denna del fränkänna domen rättskraft. Jfr *Hurwitz* s. 808.

³³ Jfr ovan s. 110. Enligt denna uppfattning bör tydligen res judicata icke heller antagas i de i not 31 avsedda fallen.

³⁴ Jfr *Dillén* s. 346.

³⁵ Det förtjänar erinras om att man icke heller i tvistemål anslutit sig till en så restriktiv begränsning av rättskraftens omfång. Om exempelvis svaranden i en rättegång angående krav på grund av skuldebrev gjort gällande, att skuldebrevet tillkommit genom tvång, men invändningen ogillats, kan han otvivelaktigt icke i ny rättegång påstå befrielse från betalningsskyldighet på grund av svek vid skuldebrevets tillkomst, oaktat frågan om svek tidigare icke varit uppe till bedömande. Jfr t. ex. *Ekelöf*, *Civilprocessen* s. 264 och där angivna rättsfall samt *Agge*, *Civildomens rättskraft* s. 174 f. och *Olivecrona* s. 222.

åberopa — följer enligt motiven till 45:5 RB "av reglerna om domens rättskraft, att sedan dom givits över åklagarens fullföljda talan, den tilltalade är skyddad mot nytt åtal även såvitt angår de moment i gärningen, beträffande vilka åklagaren avstått från ansvarsyrkande".³⁶

VI. I det föregående har konstaterats, att man icke torde kunna uppnå ändamålsenliga resultat genom en likartad tolkning av gärningsbegreppet i 30:3 och 30:9 RB. Det återstår härafter att undersöka förhållandet mellan avvisningsregeln och befogenheten till åtalsjustering.

I detta hänseende kan först och främst fastslås, att något nödvändigt samband mellan dessa båda regler icke torde bestå därutinnan, att rättskraften skulle behöva omfatta samtliga de omständigheter, beträffande vilka åklagaren i den tidigare rättegången ägt komplettera eller korrigera sitt åtal utan rättens tillstånd. Åklagaren kan i och för sig mycket väl ha ägt åberopa vissa omständigheter, utan att dessa — om han underlåtit att åberopa dem — behöva anses omfattade av rättskraften.

Det omvända spörsmålet, nämligen om rättskraften kan omfatta omständigheter, som åklagaren med hänsyn till tolkningen av gärningsbegreppet i 45:5 RB icke ägt åberopa utan rättens tillstånd, synes icke få nämnvärd praktisk betydelse, om möjligheten till åtalsjustering göres så vidsträckt som i det föregående rekommenderats. Enligt de synpunkter, som ligga till grund för rättskraftsinstitutet, torde nämligen knappast kunna ifrågasättas att giva rättskraften ett vidare omfång än som i det föregående förfäktats beträffande möjligheten till åtalsjustering. Om man däremot, såsom synes förutsatt i förarbetena till RB, begränsar möjligheten till åtalsjustering snävare än enligt den här företrädde uppfattningen, måste undersökas, hur denna begränsning återverkar på rättskraftens omfång.

Frågeställningen kan lämpligen belysas av rättsfallet SvJT 1920 rf. s. 22, det veterligen enda fall i rättsfallssamlingarna, där åklagarens åberopande av ny omständighet med hänsyn till den ursprungliga uppfattningen av åtalet förklarats icke kunna upptagas till prövning. Handlanden Albert Andersson hade åtalats för att vid tre angivna tillfällen ha försålt kaffe och risgryn till pris, som han bort inse vara uppenbart oskäligt. Under rättegången yrkade åklagaren vid ett tillfälle, då Andersson ej var personligen tillstädes,³⁷ ansvar å denne för det nämnda för-

³⁶ PLB s. 472.

³⁷ Enligt 11:34 st. 3 ÄRB erfordrades ej stämning i brottmål för att vid rätten väcka talan mot någon, som själv var tillstädes. Den vidsträckt möjlighet till utvidgning av åtal, som härigenom tillerkänts åklagaren, torde delvis förklara, att spörsmål om tillåtligheten av åtalsjustering enligt äldre rätt icke synas ha framkallat några nämnvärda svårigheter i praxis.

säljningar av kaffe skett annorledes än i den ordning, som av folkhushållningskommissionen bestämts. HR:n fällde till ansvar i båda de åtalade hänseendena. HovR:n undanröjde emellertid utslaget, i vad det avsåg det sist framställda yrkandet, enär detta "icke i stämningen upptagits samt Andersson icke själv vid rätten tillstädesvarit, när det framställdes". Sedan HovR:ns utslag vunnit laga kraft, instämde åklagaren Andersson ånyo med yrkande om ansvar för det han annorledes än i den ordning, som av folkhushållningskommissionen bestämts, försålt förut berörda kaffepartier. HR:n meddelade även denna gång fällande utslag. HovR:n undanröjde likväl utslaget med motivering, att "Andersson i annat mål, vilket avgjorts genom HovR:ns lagakraftvunna utslag d. 30 dec. 1918, av allmän åklagare åtalats för ifrågavarande försäljningar av kaffe och dömts till ansvar därför jämlikt förut berörda lag d. 19 juni 1917, samt vid sådant förhållande åklagarens i nu förevarande mål förda talan om ytterligare ansvar för samma försäljningar såsom även i annat avseende brottsliga icke bort av HR:n till prövning upptagas ...".

Utgången av detta rättsfall kan förklaras på olika sätt. En möjlighet är, att det första hovrättsutslaget återspeglar en annan uppfattning om rättskraftens omfång än den som kommit till uttryck i HovR:ns senare avgörande. Denna tolkning är emellertid sannolikt icke den riktiga, eftersom tre av HovR:ns ledamöter voro desamma i båda målen och utslagen voro enhälliga.³⁸ Av samma skäl är det icke heller troligt, att HovR:n i det senare målet ansett yrkandet ha bort prövas i det tidigare. Det sannolikaste alternativet torde sålunda vara, att HovR:n ansett rättskraftens omfång sträcka sig längre än åklagarens befogenhet till muntlig åtalsjustering.³⁹

En motsvarande tillämpning av RB:s bestämmelser vore väl icke fullt så orimlig, som den vid första påseende kan förefalla. Om man strängt fasthåller vid synpunkten, att en åklagare redan i stämningsansökningen bör uppgiva alla straffrättsligt relevanta omständigheter, som böra beaktas i ett sammanhang, är det måhända icke otänkbart, att han genom underlåtenhet härvidlag kan anses ha försuttit sin möjlighet att i samma eller annan rättegång åberopa den utelämnade omständigheten. Prak-

³⁸ I det första avgörandet deltog, enligt vad som inhämtats ur akten, ledamöterna *Hasselrot, Bruzelius, Ahlgren, Fagerlin* och *Lundblad*, i det senare ledamöterna *Bruzelius, Ahlgren, Bjerstedt* och *Lundblad*. Det kan tilläggas, att det senare utslaget meddelades den 21 nov. 1919, sålunda icke fullt elva månader efter det förra.

³⁹ Antagligen har man ansett, att åtalsjustering i det tidigare målet kunnat ske genom en tilläggsstämning. Härifrån kan emellertid för belysning av gällande rätt bortses, eftersom enligt RB åtalsjustering otvivelaktigt icke erfordrar stämning.

tiskt tillfredsställande torde emellertid denna standpunkt icke kunna anses vara. Härigenom ställas krav på förundersökningens grundlighet och tillförlitlighet, som knappast kunna anses rimliga. Så som det svenska brottmålsförfarandet är konstruerat med tyngdpunkten lagd på huvudförhandlingen inför rätta, måste man räkna med att det åtalade förfarandet under huvudförhandlingen icke alltför sällan kan komma att framstå i ett eller annat hänseende annorlunda än det angivits i stämningen, även om förundersökningen bedrivits aldrig så energiskt. Att för sådana fall föreskriva, att vissa nya omständigheter icke få beaktas vare sig genom åtalsjustering i det anhängiga målet eller genom nytt åtal, synes vara att otillbörligt eftersätta effektivitetssynpunkten i straffrättsskipningen. Härpå torde det anförda rättsfallet, även om med all sannolikhet enligt nu gällande rätt det första målet skulle ha fått en annan utgång, utgöra ett gott exempel. Det sagda synes utgöra en tillräcklig grundval för uppställandet av den allmänna principen, att *rättskraften icke bör utsträckas till omständigheter, som enligt en tolkning av gärningsbegreppet i 45:5 RB icke kunnat åberopas genom åtalsjustering i det tidigare målet.*

Även om man icke, på sätt i det föregående förfäktats, anser åklagarens möjlighet till åtalsjustering i och för sig böra göras så vidsträckt, att den överhuvud icke lär komma i konflikt med den avgränsning av rättskraftens omfång, som i och för sig kan anses önskvärd, synes den uppställda principen icke försäkra några mera betydande komplikationer inom rättskraftsläran. Man lär nämligen kunna påstå, att de ändamålssynpunkter, som hänföra sig till avvisningsregeln, måste dominera vid bestämmande av gränsen för åtalsjustering, i den mån denna tillika begränsar rättskraftens omfång.⁴⁰ Medan en alltför restriktiv tillämpning av avvisningsregeln medför bestående konsekvenser, bl. a. i form av otrygghet för tilltalade, som kunna antaga för rättsordningens funktion allvarlig karaktär, kunna nämligen de tänkbara olägenheterna av en vidsträckt möjlighet till åtalsjustering i stor utsträckning neutraliseras genom andra processuella arrangemang, som i det föregående berörts, exempelvis uppskov och återförvisning. Skall m. a. o. gärningsbegreppet givas en överensstämmande tolkning i 45:5 och 30:9 RB, synas de synpunkter, som hänföra sig till möjligheten av åtalsjustering, böra vika, i den mån ändamålssynpunkterna vid de olika instituten komma i konflikt med varandra.

VII. Resultatet av den föregående undersökningen ur ändamålssynpunkter av förhållandet mellan å ena sidan avvisningsregeln i 30:9

⁴⁰ Jfr *Höpfner* II s. 152 ff.

RB och å andra sidan 30:3, 45:1 och 45:5 RB kan sammanfattas på följande sätt.

Såvitt gäller 45:1 RB synes ingen invändning kunna riktas mot att gärningsbegreppet i detta lagrum (alltså beträffande litispensens) tolkas på samma sätt som enligt 30:9 RB. Det synes däremot icke möjligt att undvika stötande resultat, om gärningsbegreppet bestämmes på samma sätt i 30:3 och 30:9 RB. Antingen kommer härigenom domstolen att tillerkännas en så vidsträckt befogenhet att ex officio pröva omständigheter, som icke åberopats av åklagaren, att man kommer i konflikt med den ackusatoriska principen, eller också tvingas man till en alltför snäv begränsning av rättskraftens omfång. Beträffande förhållandet mellan 30:9 och 45:5 RB (befogenheten till åtalsjustering) har konstaterats, att det icke är nödvändigt att tolka gärningsbegreppet enligt det förra lagrummet lika vidsträckt som möjligen kan anses önskvärt enligt det senare. Något nödvändigt samband mellan rättskraft och befogenhet till åtalsjustering torde icke bestå härvidlag.⁴¹ Däremot förefinnes ett sådant samband i så måtto, att det leder till otillfredsställande resultat, om gärningsbegreppet gives en vidsträcktare tolkning enligt 30:9 än enligt 45:5 RB.

I detta läge inställer sig det mycket vanskliga spørsmålet, om lagtextens avfattning och lagredaktörernas i motiven till de ifrågavarande lagbestämmelserna uttryckta intentioner skola anses lägga hinder i vägen mot att termen gärning i enlighet med det anförda icke gives en likartad tolkning i samtliga nämnda lagbestämmelser, och särskilt om gärning enligt 30:3 RB kan tolkas snävare än enligt övriga lagrum, däribland 30:9 RB. Det är möjligt, att ett nekande svar på denna fråga kan anses innebära ett överskridande av gränserna för teleologisk lagtolkning. Vad först gäller användandet av begreppet gärning i de olika lagrummen, är det visserligen i hög grad önskvärt, att ett uttryck gives samma innebörd i alla förekommande sammanhang. Ett absolut oeftergivligt krav är detta emellertid knappast.⁴² Särskilt när det gäller rättsregler av så komplicerad natur som de förevarande, där nyanserna svårigen kunna fångas i ett ord eller en enkel formel, torde man icke vara berättigad att draga vittgående slutsatser av lagtextens formulering.

Större anledning till tvekan ger då det förhållandet, att lagredak-

⁴¹ Huruvida de ändamålssynpunkter, som hänföra sig till vardera institutet, rent faktiskt kunna komma att leda till en motsvarande bestämning av gärningsbegreppet, har däremot lämnats öppet.

⁴² RB saknar i själva verket icke exempel på olikartad innebörd av samma uttryck. Jfr *Hassler* i SvJT 1940 s. 154 ff. Såvitt avser motsvarande problem inom civilprocessrätten synes *Ekelöf* ifrågasätta, att uttrycket sak icke behöver givas en överensstämmande tolkning i 13:3 och 17:11 RB. Jfr *Ekelöf*, Ändring av talan s. 30 f.

törerna, såsom ovan utvecklats, åsyftat en likartad tolkning av gärningsbegreppet i de olika sammanhangen. Ej heller härav synes man emellertid nödvändigtvis vara bunden. Det kan icke vara rimligt att kräva, att svåröverskådliga och outredda frågor som de här behandlade rättsinstituten och samspelet mellan dem erbjuda, skola kunna uttömmande och invändningsfritt behandlas inom ramen för ett lagstiftningsarbete av RB:s omfattning. Större betydelse än en fullständig anslutning till enstaka uttalanden i motiven torde då böra tillmätas synpunkten, att lagstadgandena givas den tolkning, som bäst överensstämmer med den nya lagstiftningens grundläggande principer. Ur denna synpunkt torde, såsom ovan utvecklats, ett gemensamt gärningsbegrepp för såväl 30:3 som 45:1, 45:5 och 30:9 RB icke vara ändamålsenligt.

Av skäl som i det föregående utvecklats kommer den följande undersökningen av gärningsbegreppet enligt 30:9 RB att väsentligen taga sikte endast på de synpunkter, som hänföra sig till avvisningsregelns praktiska funktion. Skulle domstolarna likväl anse sig nödsakade att laborera med ett för samtliga ovan behandlade lagrum gemensamt gärningsbegrepp, synes undersökningen kunna vara av värde åtminstone så till vida som den belyser en väsentlig del av de heterogena synpunkter, som därvid kräva beaktande.

Kap. 6

Avvisningsregelns beroende av reglerna om domstols behörighet och om åtalsrätt

I det föregående har konstaterats, att rättskraften bör kunna sträcka sig längre än domstolens prövningsrätt i det tidigare målet, såvitt denna begränsats genom åklagarens precisering av sin talan. Genom åklagarens befogenhet att justera sitt åtal, eventuellt på föranstaltande av domstolen genom dess materiella processledning, har ansetts tillräckligt gjort för att omständigheter icke prekluderas redan på den grund att de av förbiseende icke upptagits i stämningsansökningen. Däremot har det befunnits icke tillfredsställande att utsträcka rättskraften även till omständigheter, beträffande vilka åklagaren med hänsyn till tolkningen av gärningsbegreppet i 45:5 RB icke ägt att på angivet sätt justera sin talan.

Det återstår emellertid att undersöka betydelsen för rättskraftens omfång av andra begränsningar i domstolens rätt att pröva resp. den åtalande partens befogenhet att påkalla rättens prövning, än som på grund av reglerna i 30:3 och 45:5 RB hänföra sig till stämningsansökningens gärningsbeskrivning. De begränsningar, som härvidlag komma i betraktande, föranledas av reglerna om domstols behörighet, dvs. dess kompetens i sakligt, funktionellt och lokalt hänseende, och av reglerna om åtalsrätt, dvs. främst om medgivande av överåklagare såsom åtalsföretsättning och om angivelse- och målsägandebrott.

§ 1. Reglerna om domstols behörighet

Om åtal för ett brott väckts vid domstol, som icke finner sig behörig, skall åtalet, vare sig den bristande behörigheten hänför sig till den sakliga, funktionella eller lokala kompetensen, avvisas genom slutligt beslut.¹ Eftersom avgörandet icke får formen av dom, följer redan av ordalagen i 30:9 RB, att nytt åtal kan väckas vid annan domstol. Det är också uppenbart, att detta är en välgrundad ståndpunkt.

Låt oss emellertid antaga, att en handling innefattar flera brott, vilka enligt reglerna om domstols behörighet icke kunna åtalas vid samma domstol. Det kan i sådant fall icke vara rimligt, att dom över det ena brottet förhindrar åtal för det eller de övriga. Beivrande av samtliga brott kan ju då överhuvud icke komma till stånd på annat sätt än genom flera åtal vid skilda domstolar.² Emellertid är en dylik reglering av frågorna om domstols behörighet tydligen föga tilltalande vare sig ur processekonomisk synpunkt eller med hänsyn till den tilltalades intresse att få frågan, huruvida han skall straffas för visst förfarande, slutgiltigt bedömd i ett sammanhang. Såvitt gäller förhållandet mellan de allmänna domstolarna i den ordinära processen torde forumreglerna i 19 kap. RB heller icke lägga något hinder i vägen mot en önskvärd enhetlig behandling. Svårigheter uppstå först, om av flera konkurrerande brott något skall beivras inför domstol, vars kompetens begränsats till vissa slag av mål.³ I ett flertal rättsfall har emellertid antagits, att krigsdomstol ägt bedöma brott av beskaffenhet att i och för sig tillhöra allmän domstols upptagande, då det brottsliga förfarandet tillika innefattat tjänsteförsummelse av krigsman.⁴ I ett fall har tullmåls-

¹ Jfr 30:1 RB.

² Jfr *Eckhoff* s. 309 och där anförd litteratur.

³ Här må emellertid anmärkas, att dylika konflikter i viss utsträckning förebyggas genom stadganden, att till straff för överträdelse av viss författning, vilka i och för sig böra bestraffas av särskild domstol, icke skall dömas, om gärningen enligt allmän lag eller annan särskild författning är belagd med svårare straff. Ett exempel på sådana stadganden, som sålunda utesluta brottskonkurrens, utgör den i rättsfallet NJA 1931 s. 466 aktuella 232 § tullstadgan. — I krigslagstiftningen uteslutes brottskonkurrens i stor utsträckning enligt 26:17 och 18 SL. Jfr SOU 1946:83 s. 117 f.

⁴ Se sålunda NJA 1941 B 285, 1943 s. 424 och 1945 s. 75 (förfalskning och brukande av falsk handling), 1937 B 1017 och 1942 s. 25 (förselser mot vägtrafikstadgan) samt 1942 s. 427 (rattfylleri). I NJA 1943 s. 517 upptogs däremot icke förfalskningsbrott vid krigsdomstol, då det icke innefattade förbrytelse i tjänsten. (Sistnämnda förhållande återopas särskilt i rättsfallets rubrik.) Jfr NJA 1943 s. 490. Se även MO:s ämbetsberättelse 1943 s. 145 ff. och s. 246 f. samt 1946 s. 204. Numera följer redan av bestämmelser i 12 kap. militär rättegångslag 30 juni 1948, att gemensamt forum finnes för åtal avseende civilt och militärt brott i idealkonkurrens. Jfr SOU 1946:91 s. 116.

domstol på yrkande av tullåklagare ådömt ansvar jämlikt 25:16 och 22 SL för förfarande, som tillika innefattade brott mot tullstadga.⁵ I den mån dessa avgöranden kunna anses giva uttryck åt en allmän princip, enligt vilken brott, förövade genom samma handling, alltid kunna åtalas vid ett gemensamt forum,⁶ föranleda tydligen reglerna om domstols behörighet ej heller vid brottskonkurrens några komplikationer för rättskraftslärans del. Om i något fall gemensam handläggning enligt dessa regler icke skulle kunna åvägabringas, synes däremot böra beaktas, att rättskraftens omfång icke utformas så, att beivrande av samtliga brott icke kan ske.

Det hittills förda resonemanget har utgått från förutsättningen, att domstolen i den första rättegången hållit sig inom gränserna för sin behörighet. Vi kunna emellertid tänka oss, att domstolen överskridit sin kompetens genom att ingå i prövning av ett åtal, som rätteligen bort avvisas. Bör detta förhållande påverka bedömandet av domens rättskraft? Det har visserligen stundom hävdats, att en förutsättning för res judicata måste vara, att domstolen hållit sig inom gränserna för sin kompetens.⁷ Denna uppfattning torde emellertid knappast förtjäna bifall. Den tilltalades trygghet synes här som eljest kräva, att en laga kraftvunnen dom, som framstår som ett slutgiltigt bedömande av ansvarsfrågan,⁸ verkligen visar sig definitiv.⁹

§ 2. Reglerna om åtalsrätt

I. Bland reglerna om åtalsrätt må uppmärksamheten först fästas på de i ett flertal nyare lagstadganden uppställda reglerna om medgivande

⁵ NJA 1919 s. 211. (Domstolen synes emellertid i och för sig ha varit behörig i egenskap av ordinarie forum beträffande åtalet för tjänstefel.) I några äldre rättsfall har däremot tullåklagare icke ansetts behörig att föra talan om ansvar för brott mot SL. Se sålunda NJA 1895 s. 430, 1898 B 379 och 1901 s. 220. I dessa fall synes dock ej ha varit fråga om brottskonkurrens. Att tullmålsdomstol på yrkande av allmän åklagare ansetts kunna ådöma ansvar för brott mot SL framgår bl. a. av NJA 1900 s. 482. — Numera torde på grund av olika straffrättsliga och straffprocessuella stadganden i tullagstiftningen kompetensspörsmål av detta slag i allmänhet icke välla några svårigheter.

⁶ Om något av brotten i och för sig skall beivras vid särskild domstol, torde, liksom i de anförda rättsfallen, denna och icke allmän domstol böra upptaga samtliga brott.

⁷ I anglosachsisk rätt synes denna grundsats allmänt antagas. Se beträffande engelsk rätt *Harris—Wilshere* s. 453 och *Bower* s. 64 ff. samt beträffande amerikansk rätt *Abbott* s. 190 ff. och *Freeman* s. 1351 ff. Även för svensk rätt synes denna synpunkt icke ha varit främmande, när det gällt disciplinära förfaranden. Jfr *Trygger*, Straffprocessrätt s. 23 f. och *Thulin* s. 68 f. ävensom NJA 1931 s. 539, där emellertid möj-

av överåklagare såsom förutsättning för åtal för vissa brottstyper.¹⁰ Föreligger icke dylikt medgivande, kan domstol heller icke kvalificera det åtalade förfarandet såsom sådant brott, trots att den enligt 30:3 RB principiellt är obunden av yrkande beträffande brottets rättsliga beteckning eller tillämpligt lagrum.¹¹

De rättskraftsspörsmål, vartill ifrågavarande inskränkningar i åtalsrätten ge anledning, kunna belysas av följande fall ur praxis.¹²

A och hans fästmö B hade åtalats, A för det han stulit några värdeföremål, däribland en ring. Denna hade han givit till B under uppgift, att han hittat den. B underlät att vidtaga åtgärder för att återställa ringen till dess ägare och behöll den i stället för egen räkning. Sedermera försökte hon sälja den, vilken omständighet emellertid icke åberopades av åklagaren, som förmenade, att B redan genom sitt mottagande av ringen i avsikt att behålla den gjort sig skyldig till häleri. RR:n, som dömde A för stöld, fann att B:s förfarande icke kunde bedömas såsom häleri men möjligen som olovligt förfogande. Åklagaren förklarade sig emellertid sakna anledning att införskaffa åtalsmedgivande, då förfarandet enligt hans mening otvivelaktigt borde bedömas som häleri. RR:n frikände därför B. Utslaget överklagades av åklagaren, som i HovR:n, där han företedde medgivande av förste stadsfiskalen till åtal för olovligt förfogande, yrkade ansvar i första hand för häleri och i andra hand för olovligt förfogande. HovR:n dömde för sistnämnda brott.

I det refererade rättsfallet uppkom icke något resjudicatspörsmål, eftersom åtalsmedgivande införskaffades i HovR:n. Vi kunna emellertid antaga, att så icke skett, och att även HovR:n ogillat åtalet genom utslag, som sedermera vunnit laga kraft. Sakliga skäl kunna otvivelaktigt anföras för att nytt åtal av åklagaren efter införskaffande av åtalsmedgivande borde avvisas på grund av res judicata. Det kan starkt

ligen en tolkning e contrario av stadgandet i 206 § SLK medverkat till utgången. Se angående rättsfallet MO:s ämbetsberättelse 1931 s. 15 ff. och 1932 s. 13 ff.

⁸ Undantag bör måhända göras, om avgörandet endast på grund av ett mindre korrekt skrivsätt fått formen av ogillande dom, ehuru det är uppenbart, att domstolen icke ansett sig behörig.

⁹ Denna uppfattning synes allmänt ha accepterats i fransk rätt; jfr *Garraud* VI s. 195 med hänvisningar. Även tysk praxis synes gå på samma linje. Se t. ex. rättsfallen RGSt 55 s. 100 och 56 s. 351.

¹⁰ Se t. ex. 14:45, 20:12, 21:11, 22:10 och 24:6 SL. Denna åtalsförutsättning uppställas vanligen såsom ett alternativ till angivelse, varom närmare nedan s. 129 f.

¹¹ Se från tiden före RB:s ikraftträdande NJA 1947 s. 582 och s. 658. Jfr NJA 1945 s. 347 och JO:s ämbetsberättelse 1949 s. 64 ff. 30:3 RB torde trots sin generella formulering icke vara avsedd att medföra någon förändring i detta hänseende.

¹² Se Svea HovR:s utslag den 14 april 1948 i mål mellan allmän åklagare och E. Östergren.

ifrågasättas, om det är en rimlig ståndpunkt, att den tilltalade skall behöva utstå två olika rättegångar blott därför att åklagaren varit så säker på riktigheten av sin lagtolkning, att han trots RR:ns frikännande icke brytt sig om att inhämta åtalsmedgivande och alternativt yrka ansvar för olovligt förfogande. Även om åklagaren sökt men vägrats åtalsmedgivande, kunde det förefalla rimligt att avvisa nytt åtal på den grund att överklagarens ståndpunktstagande betraktades såsom bindande för honom. Emellertid torde avvisningsregeln icke vara tillämplig i nämnda situationer, därför att en domstol, som finner det åtalade förfarandet utgöra brott, som fordrar åtalsmedgivande, vilket icke föreligger, torde böra giva sitt avgörande formen av avvisning genom slutligt beslut.¹³ Det kan visserligen synas egendomligt, att en åklagare, som under åberopande av vissa fakta yrkat ansvar för brott, som icke fordrar åtalsmedgivande — i det antagna exemplet häleri — icke skulle få sin talan upptagen till prövning. I realiteten innebär också avvisning i den föreliggande situationen en längre gående saklig prövning än ogillande. Åtalet kan nämligen avvisas endast under förutsättning att domstolen funnit fullt utrett, att förfarandet utgör olovligt förfogande, medan det för ogillande är tillräckligt, att domstolen funnit förfarandet icke kunna bedömas såsom häleri eller annat brott, som icke fordrar åtalsmedgivande, varvid alltså kan lämnas öppet, huruvida förfarandet, därest åtalsmedgivande förelegat, kunde ha föranlett dom för olovligt förfogande. Vidare kan erinras om principen, att högre instans icke bör ingå i saklig prövning av åtal, som underrätten avvisat. I förevarande fall är det klart, att HovR:n på klagan av åklagaren måste ha kunnat döma för häleri, om den funnit förfarandet böra bedömas som sådant brott.

Likväl torde de anförda synpunkterna, ehuru i och för sig beaktansvärda, icke vara avgörande. Det är en inom processrätten vedertagen grundsats, att parts eller domstols bristande behörighet markeras genom avvisning av talan. Huruvida avvisning skall ske eller icke torde icke rimligen kunna anses beroende av om den bristande behörigheten framgår omedelbart av partens formulering av sin talan eller visar sig först efter en ingående undersökning. Att avgörandet får formen av slutligt beslut, på vilket avvisningsregeln i 30:9 RB icke är tillämplig, torde också trots de ovan framförda betänkligheterna te sig tämligen tillfredsställande, eftersom det onekligen vore föga tilltalande, att en person undginge ansvar, ehuru både åklagare och domstol varit ense

¹³ *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 185, *Beckman* i SvJT 1944 s. 308 och *Thornstedt* i SvJT 1944 s. 685 samt NJA 1947 s. 658. Jfr NJA 1947 s. 582 (hovrättsledamöterna *Alexandersons* och *Addes* votum).

om förfarandets brottslighet och meningsskiljaktigheten endast hänfört sig till frågan om tillämpligt lagrum.^{13a}

Den omständigheten att ett avgörande fått formen av dom, synes icke böra medföra att rättskraftsfrågan bedömes annorlunda än om avvisning skett, därest av omständigheterna framgår, att endast frånvaron av åtalsmedgivande varit utslagsgivande. Har behörighetens begränsning icke aktualiserats i målet utan åtalet bifallits eller ogillats, därför att de åberopade rättsfakta icke funnits styrkta eller förfarandet icke ansetts straffbart torde däremot rättskraftens omfång böra bestämmas oberoende av behörighetens faktiska begränsning i det tidigare målet.

II. I stort sett motsvarande synpunkter som beträffande åtalsmedgivande synas kunna anläggas beträffande angivelse som åtalsförutsättning. Har åklagare utan angivelse yrkat ansvar på en person för angivelsebrott, är det tydligt, att åtalet skall avvisas,¹⁴ och avvisningsbeslutet förhindrar ej enligt 30:9 RB nytt åtal, om angivelse sedermera göres. Om åklagare åtalat ett förfarande såsom brott under allmänt åtal men rätten finner, att det bör bedömas såsom angivelsebrott, torde åtalet likaledes böra avvisas, om åklagaren icke företer angivelse. Låt oss emellertid antaga, att rätten bifallit åklagarens talan eller funnit förfarandet icke straffbart och ogillat åtalet genom dom, som vunnit laga kraft. Frågan blir då, om förfarandet sedermera efter angivelse kan prövas såsom angivelsebrott. Vid ett mera oreflekterat bedömande kan ett jakande svar ligga nära till hands. Till en början bör man emellertid beakta, att åklagaren jämlikt 22:2 RB varit skyldig att underätta målsäganden om den förundersökning, som resulterat i det första åtalet. Har målsäganden därvid på direkt fråga förklarat sig icke vilja göra angivelse, synes detta kunna betraktas som en disposition jämförlig med de i 20:12 RB nämnda, vilka förhindra målsägande att senare väcka åtal eller göra angivelse till åtal. Även om han icke på förfrågan uttryckligen avstått från angivelse men underlåtit att göra någon invändning mot åtalet torde hans passivitet kunna tolkas på

^{13a} En möjlighet, som måhända kan förtjäna överbärande, vore att uppdelat avgörandet i dels ogillande dom dels ock avvisning genom slutligt beslut, såvitt gäller brott, för vilket en åtalsförutsättning saknas.

¹⁴ I detta sammanhang kan bortses från spörsmålet, i vilken utsträckning rätten bör lämna åklagaren tillfälle att inhämta angivelse, innan avvisning sker. Uppenbarligen är spörsmålet opraktiskt, då i allmänhet ej ens förundersökning får inledas beträffande angivelsebrott, utan att behörig angivelse föreligger. Jfr 23:1 RB och 1 § förundersökningskungörelsen. Större betydelse har motsvarande fråga vid åtalsmedgivande. Se härom *Thornstedt* i SvJT 1944 s. 684 ff.

samma sätt.¹⁵ Har målsäganden gjort angivelse, ehuru åklagaren förklarat sig anse förfarandet utgöra annat brott, som icke fordrar angivelse, torde målsäganden böra tillvarataga sina intressen genom att föra talan jämte åklagaren och eventuellt fullfölja talan mot dom över det allmänna åtalet. Då samma faktiska förfarande utgör gemensam grund för både målsägandens och åklagarens yrkanden, synas några betänkligheter mot ett sådant tillvägagångssätt knappast kunna resas. Att vägra målsäganden att i samband med åklagarens talan yrka ansvar för förfarandet såsom angivelsebrott och i stället hänvisa honom till särskild rättegång vore däremot mindre tillfredsställande.

Större tvekan har man anledning att hysa för det fall, att åklagaren icke underrättat målsäganden om förundersökningen. Det kan ju synas orimligt, att målsägandens åtalsrätt skulle kunna prekluderas, utan att han ens satts i tillfälle att utöva den. Emellertid synas de uppenbarligen mycket sällsynta fall, varom här är fråga, knappast påkalla särskilt hänsynstagande vid utformningen av rättskraftens omfång. Då åklagare och målsägande ha olika meningar om vilket brott en misstänkt gjort sig skyldig till, är åklagarens uppfattning av lätt insedda skäl i flertalet fall den som har de största utsikterna att vinna bifall i en process. Redan med hänsyn härtill torde det vara motiverat att tillåta omprövning av ansvarsfrågan endast om målsäganden befinnes ha verkligt fog för sin åsikt, ur vilken synpunkt resningsvägen avgjort är att föredraga. Är det riktigt, såsom i det föregående antagits,¹⁶ att straffsanktionen endast i mycket ringa grad har till uppgift att bereda den av brottet kränkte upprättelse, torde en dylik inskränkning i hans åtalsrätt heller icke böra betraktas såsom ett obehörigt åsidosättande av hans berättigade intressen. Det kan tilläggas, att lagens uppställande av angivelse såsom förutsättning för åtal för vissa brott icke lär bero på att målsäganden skulle ha ett särskilt starkt intresse av dessa brotts beivrande utan tvärtom oftast på att han kan antagas finna med sitt bästa förenligt, att åtal med ty åtföljande offentlighet icke äger rum.¹⁷

Motsvarande synpunkter som beträffande angivelsebrott synas muta-

¹⁵ Jfr 20:13 st. 2 RB, där för det fall, att genom brott förfördelad person avlidit, samma verkan som uttrycklig utfästelse att ej angiva eller åtala tillägges, att av omständigheterna framgår, att den avlidne ej velat angiva eller åtala brottet. — För undvikande av missförstånd bör måhända understrykas, att det sagda icke betyder, att en preklusion i de anförda fallen skulle kunna grundas på en analogisk tolkning av 20:12 och 13 RB. Resonemanget innebär endast, att målsägandens intressen i dessa fall icke påkalla speciellt hänsynstagande vid bestämmande av rättskraftens omfång och sålunda icke nödvändiggöra en snävare begränsning av gärningsbegreppet än som eljest eventuellt kan anses önskvärd.

¹⁶ Se ovan s. 83.

¹⁷ Jfr *Hedenskog* s. 188 ff., *Dillén* s. 87 och *Palmgren* s. 60.

tis mutandis kunna anläggas i det fall, att målsäganden gör gällande, att en handling, som beivrats såsom brott under allmänt åtal, i själva verket bör bedömas såsom målsägandebrott. Beträffande målsägandebrotten är det emellertid i första hand en annan problemställning, som påkallar uppmärksamheten. Med hänsyn till att målsägandens åtalsrätt enligt 20:8 RB är subsidiär vid andra brott än målsägandebrott uppkommer vid dessa brott knappast frågan, huruvida allmänt åtal kan prekluderas genom dom över enskilt åtal. Vid målsägandebrott, där någon prövning av åklagarmyndigheten icke föregår väckande av enskilt åtal, uppställer sig däremot frågan, om dom över enskilt åtal förhindrar allmän åklagare att väcka talan för samma brottsliga handling under förmenande, att den utgör brott under allmänt åtal. Vi tänka oss exempelvis, att A under en jakt avlossat ett skott, som träffat och svårt skadat B. B väcker åtal med yrkande om ansvar å A för vållande till kroppsskada, och A fälles till ansvar jämlikt 14:17 SL. Sedermera framkomma emellertid omständigheter, som göra det sannolikt, att A haft uppsåt att döda B. Om vi tills vidare utgå från att den avvikelse med hänsyn till det subjektiva momentet, som här föreligger, i och för sig icke anses tillräcklig för att upphäva gärningsidentiteten, blir frågan, om icke blott B utan även allmän åklagare är förhindrad att söka rättelse i domen genom nytt åtal. Det kan naturligen synas otillfredsställande, att åklagarens åtalsrätt prekluderas på grund av målsägandens åtgöranden, på vilka han icke haft möjlighet att inverka. Emellertid torde situationer av detta slag bli ytterligt sällsynta i praktiken. Det viktigaste korrektivet är härvidlag liksom i de förut behandlade fallen, att åtalet i den tidigare rättegången skall avvisas, om rätten finner, att en brist i den åtalande partens behörighet föreligger. Är det icke fullt klart men kan ifrågasättas under handläggningen, att förfarandet icke utgör målsägandebrott, kunde man möjligen tänka sig, att åklagaren underrättades om åtalet och att han på begäran tillätes inträda i processen. Några lagregler, på vilka ett dylikt tillvägagångssätt kan stödjas, finnas visserligen icke, och man torde även ur principiell synpunkt — särskilt med hänsyn till den ackusatoriska principen — kunna rikta vissa invändningar däremot. Måhända äro emellertid dessa betänkligheter icke av den styrka, att de överväga förfaringssättets praktiska fördelar. Är detta riktigt, minskas i hög grad risken för att åklagarens åtalsrätt skall prekluderas på grund av bristfällig utredning av målsäganden. Även såvitt angår de sist behandlade fallen synes med hänsyn till det anförda — om än med viss tvekan — bestämmandet av rättskraftens omfång kunna ske utan speciellt hänsynstagande till åtalsreglerna.

III. Den föregående utredningen har avsett fall, då bifall till det senare åtalet skulle förutsätta, att den åtalande parten i den tidigare rättegången icke varit behörig. Därvid har antagits, att åtalsreglerna i sådana situationer icke inverka på bedömande av frågor om gärningsidentitet. Avgörande för detta ståndpunktstagande har i första hand varit, att domstol, som konstaterar en brist i behörigheten, skall avvisa åtalet med påföljd att 30:9 RB icke blir tillämplig i händelse av nytt åtal.

I detta hänseende gestaltar sig läget väsentligen annorlunda i vissa fall av brottskonkurrens. Om vi i det följande utgå från antagandet, att det stundom kan anses i och för sig önskvärt, att dom över åtal för ett brott förhindrar åtal för ett annat brott, som förövats genom samma handling, vill det synas, som om åtalsreglerna kunna medföra vissa komplikationer.¹⁸ Vad först beträffar det fall, att den första rättegången avsett allmänt åtal, är att märka, att åklagare enligt stadgande i 20:4 RB är behörig att föra talan även för angivelsebrott utan angivelse och för målsägandebrott, om sådant brott förövats genom samma handling som brott under allmänt åtal. Här kan sålunda avvísning på grund av bristande behörighet icke ifrågakomma.

Låt oss nu antaga, att dom över brottet under allmänt åtal anses böra bilda res judicata gentemot åklagaren i förhållande till de konkurrerande brotten.¹⁹ Är det då rimligt, att preklusion skall inträda även beträffande enskilt åtal för dessa brott?

Det ligger nära till hands att vid besvarandet av denna fråga utgå från den i 30:9 RB klart fastslagna principen, att målsägande i allmänhet blir bunden av dom, som meddelats på talan av åklagare. Med utgångspunkt härifrån kan man fråga sig, om det finnes någon anledning att anse åklagaren men icke målsäganden böra vara bunden i nu ifrågavarande fall. En anledning härtill skulle kunna anses vara, att risken i dessa fall är större för att målsägandens åtalsrätt prekluderas utan att han fått möjlighet att utöva den genom att föra talan jämte

¹⁸ Detta torde knappast gälla beträffande åklagares sakliga kompetens. På samma sätt som särskild domstols behörighet i praxis utvidgats vid idealkonkurrens synes nämligen även särskild åklagares behörighet i sådana fall ha ansetts omfatta även brott, för vilka han eljest ej skulle ha ägt föra talan. Jfr ovan s. 125 f. med noterna 4 och 5.

¹⁹ Den praktiska betydelsen härav synes vara ganska begränsad. Sannolikt innefattar nämligen stadgandet i 20:4 RB icke behörighet att åtala målsägandebrott eller angivelsebrott utan angivelse annat än när det sker i *samma rättegång* som åtal för brott under allmänt åtal, begånget genom samma handling. Res judicata i förhållande till åklagaren skulle följaktligen här endast innebära, att han icke, i senare rättegång kunde med stöd av angivelse väcka åtal för angivelsebrott.

åklagaren och eventuellt ensam fullfölja talan. Det måste nämligen anses föreligga en större fara för att vid förundersökning icke observeras, att målsägande finnes vid ett annat brott än det, på vilket utredningen ursprungligen inriktats, och att denne därigenom icke får underrättelse om förundersökningen och därmed möjlighet att tillvarata sina intressen, än då fråga icke är om brottskonkurrens. Denna synpunkt synes emellertid knappast vara av mera avsevärd styrka. Utformningen av 30:9 RB torde f. ö. icke tillåta en tolkning, som i förvarande hänseende medför en skillnad mellan åklagares och målsägandes ställning.

Större vanskligheter uppkomma, om den åtalande parten i den första rättegången icke varit behörig beträffande samtliga brott. Vi tänka oss t. ex., att en person åtalat ett målsägandebrott, varmed ett annat målsägandebrott mot annan person konkurrerar ideellt. Spörsmålet synes framför allt få praktisk betydelse vid ärekränkning av flera personer genom samma yttrande, och kan lämpligen belysas genom följande rättsfall.²⁰

W. Wilson hade på åtal av Gunhild Jacobsén fällts till ansvar för åtskilliga ärekränkande yttranden. Bland dessa hade ingått uttalandet, att han "skulle låta hela världen förstå, att Gunhild och Mimmi (Gunhilds mor) levde på otukt". Sedan utslaget vunnit laga kraft anhängiggjordes åtal mot Wilson av änkan Mimmi Jacobsén för det nyssnämnda yttrande innefattade ärekränkning jämväl mot henne.²¹ Utan avseende vid invändning om res judicata blev Wilson även i anledning av detta åtal fälld till ansvar för ärekränkning.

Detta avgörande kan vid första påseende förefalla naturligt nog. Det vore, kunde man tycka, uppenbart orimligt, att dom över åtal av en person för ett mot denne förövat brott skulle kunna förhindra åtal av en annan person för ett annat, mot den sistnämnde förövat brott, låt vara att brotten begåtts genom samma handling. Fullt så enkelt är emellertid knappast bedömandet. Låt oss exempelvis antaga, att någon genom samma yttrande ärekränkt ett större antal personer. Eftersom ärekränkning får anses vara ett brott, som i särskilt hög grad är ägnat att uppväcka hämndkänslor hos den kränkte, kan ingalunda bortses från risken, att upprepade åtal anställas av de olika målsägandena i

²⁰ NJA 1920 s. 577.

²¹ Mimmi Jacobsén gjorde visserligen gällande, att yttranden av samma innebörd fällts upprepade gånger, dels till Mimmi Jacobsén ensam, dels till hennes dotter ensam och dels till dem båda gemensamt. Något stöd för detta påstående förbragtes dock icke i målet, och det var exakt samma yttrande, som ådrog Wilson ansvar i båda målen.

speciellt syfte att trakassera inculpaten.²² Härigenom kan denne komma att utsättas för lidande, som icke står i rimlig proportion till det straff, vartill han genom ärekränkingsbrotten gjort sig förfallen. Med hänsyn till sådana situationer vore det knappast orimligt, om laga kraftvunnen dom förhindrade prövning av nytt åtal, varigenom de olika målsägandena tvingades att framställa sina ansvarsyrkanden i ett sammanhang. Man får å andra sidan icke åsidosätta lojala målsägandes berättigade intressen av att kunna beivra mot dem begångna målsägandebrott.²³ För att icke antagande av res judicata skall få denna konsekvens, måste åtminstone krävas en laglig garanti för att underrättelse om väckt åtal lämnas personer, som äro målsägande i förhållande till brott, förövade genom samma handling. I all synnerhet som en dylik garanti enligt gällande rätt icke finnes, synes man oaktat de ovan framförda betänkligheterna såsom allmän princip böra uppställa regeln, att domens rättskraft icke kan omfatta ett med det bedömda konkurrerande brott, om det konkurrerande brottet på grund av begränsningar i åtalsrätten icke kunde ha avdömts i den tidigare rättegången.^{24 25}

²² Det synes f. ö. ej helt otroligt, att så var fallet just i 1920 års rättsfall. Någon annan rimlig anledning till att mor och dotter icke framställde sina ansvarsyrkanden i samma rättegång, vilket eljest borde ha varit åtskilligt fördelaktigare för dem, synes i varje fall icke kunna utläsas ur handlingarna i fallet. I detta sammanhang må anmärkas, att rättsfallet i NJA icke refereras ur resjudicatasynpunkt och att de närmare omständigheterna icke framgå av referatet. Detta innebär troligen, att utgången av målet ansetts ganska självklar. Måhända kan man emellertid icke helt utesluta eventualiteten, att det befunnits mindre lämpligt att speciellt understryka möjligheten av att i trakasseringsyfte anställa flera rättegångar mot samma person för skilda ärekränkingsbrott, förövade genom samma handling.

²³ Vid ärekränkingsbrott mot flera personer, bestående i beskyllning för brott, kan en gemensam handläggning av åtal för brotten stundom också vara mindre lämplig, om den tilltalade beträffande något av åtalen vill föra sanningsbevisning genom att i sin tur väcka åtal för brottet.

²⁴ Jfr *Hagströmer* I s. 773 f. — Denna princip synes allmänt ha iakttagits i Norge och Danmark. Se beträffande norsk rätt *Eckhoff* s. 310 ff. med hänvisningar till rättsfall och litteratur samt *Stang* s. 76. Beträffande dansk rätt må hänvisas till *Hurwitz* s. 813 f. — I tysk praxis synes bedömandet ha utfallit annorlunda. Jfr t. ex. RGSt 3 s. 384, 7 s. 437, 23 s. 307 samt 59 s. 197. Jfr däremot inom doktrinen *Binding*, *Abh.* II s. 323 ff. och *Kohlrausch* s. 61.

²⁵ Om man överhuvud anser res judicata kunna antagas i fall av ideellt konkurrerande brott under allmänt åtal, kan visserligen ifrågasättas, huruvida principens tillämpning är förenlig med utformningen av 30:9 RB, enligt vilket lagrum avgörandet endast ankommer på frågan om gärningens identitet. Är det t. ex. möjligt, att ärekränkning av två olika ämbetsmän i och för deras ämbete utgör en gärning (ärekränkingsbrotten ligga här jämlikt 16:15 SL under allmänt åtal), medan ärekränkning av två olika personer genom samma yttrande, som icke avser ämbete eller tjänst, utgör två gärningar (i detta fall äro brotten målsägandebrott)? Ett jakande svar på denna fråga kan synas ur språklig synpunkt ganska diskutabelt. Sannolikt torde man emellertid icke böra anse lagtextens utformning förhindra ett olikartat bedömande av fallen, därest det anses av sakliga skäl påkallat.

Kap. 7

Betydelsen av resningsbestämmelserna i 58:3 RB för avvisningsregelns tolkning

Ett lagrum, som måste anses vara av största betydelse för tolkningen av gärningsbegreppet enligt 30:9 RB, är stadgandet om resning till men för den tilltalade i 58:3 RB. Oaktat termen gärning icke förekommer i sistnämnda lagrum, är det nämligen tydligt, att dess tillämpningsområde måste sammanfalla med tillämpningsområdet för 30:9 RB. Är det fråga om annan gärning än som prövats genom laga kraftvunnen dom, vore det ju meningslöst att tillämpa 58:3 RB, eftersom nytt åtal utan vidare kan prövas i första instans. Är det däremot fråga om samma gärning, får nytt åtal enligt 30:9 RB icke upptagas till prövning. I detta fall är 58:3 RB tillämplig, vilket innebär, att omprövning av den tidigare domen till men för den tilltalade kan erhållas genom resning under vissa i lagrummet uppställda, strängt begränsade förutsättningar. Föreligger någon brist i dessa förutsättningar, kan enligt 30:9 och 58:3 RB fråga om ansvar för samma gärning, som prövats genom laga kraftvunnen dom, överhuvud icke omprövas till men för den tilltalade.

Iakttagelsen, att tillämpningsområdet för 58:3 RB sammanfaller med tillämpningsområdet för 30:9 RB, innebär, att utformningen av förstnämnda stadgande och de synpunkter, på vilka det vilar, utgöra viktiga hjälpmedel vid bedömandet av om samma gärning enligt 30:9 RB skall anses för handen eller icke. Kan man med hänsyn till avfattningen av 58:3 RB och de synpunkter, som föranlett stadgandets utformning, antaga, att en viss situation faller in under lagrummets tillämpningsområde, innebär antagandet tillika, att res judicata föreligger. Kan man å andra sidan säga sig, att det icke finnes någon anledning att i en viss

situation tillåta omprövning av ansvarsfrågan *endast* under de förutsättningar, som angivas i 58:3 RB, finnes heller intet skäl för antagande av res judicata. Vid en teleologisk tolkning av 30:9 RB måste därför tydligen undersökas, hur långt tillämpningsområdet för 58:3 RB bör utsträckas.

I detta sammanhang bör erinras om den förut berörda, teoretiskt möjliga tolkningen av 30:9 RB, att rättskraften omfattar endast vad som genom domen verkligen prövats, och att därför varje avvikelse med hänsyn till rättsfakta eller deras kvalificering kan föranleda nytt åtal. Redan tidigare har framhållits, att en så snäv tillämpning av avvísningsregeln skulle leda till otillfredsställande konsekvenser. Uppfattningen att denna tolkning icke är godtagbar, vinner också stöd av ordalagen i 58:3 RB. Lagrummet uppställer nämligen såsom en resningsförutsättning återopandet av "omständighet eller bevis", som tidigare icke förebragts, och det vill synas, som om "omständighet" i denna sammanställning vore en pleonasm, om därmed icke avsåges rättsfaktum.¹ Tilläggas kan, att tillkomsten av ett nytt rättsfaktum enligt äldre rätt i åtminstone ett fall föranlett tillämpning av 17:32 ÅRB.² Därest varje nytt rättsfaktum ansetts möjliggöra nytt åtal, hade ju ingen anledning funnits att tillämpa detta stadgande. Slutligen må nämnas, att i såväl dansk som norsk rätt "Genoptagelse" ansetts möjlig vid avvikelser med hänsyn till rättsfakta, trots att lagreglerna om "Genoptagelse" i motsats mot det svenska stadgandet uttryckligen nämna endast ny bevisning såsom grund för återupptagande.³

Det ovan anförda torde berättiga oss att utgå från att 58:3 RB måste vara tillämplig i åtminstone vissa avvikelssituationer. Frågeställningen blir då, efter vilka riktlinjer man har att avgöra, om en avvikelssituation faller in under 30:9 RB och därmed även under 58:3 RB eller om den faller utanför båda dessa lagrums tillämpningsområde. Detta problem blir icke liktydigt med spörsmålet, huruvida omprövning av ansvarsfrågan i en viss typsituation överhuvud är påkallad eller icke, såsom frågeställningen gestaltar sig i vissa rättssystem, där resning till

¹ Såsom bl. a. framhållits av *Hassler* i SvJT 1940 s. 155, ligger det närmast till hands att antaga, att "omständighet" avser relevant faktum över huvud, då intet tyder på att en begränsning till endast omedelbart eller endast medelbart relevanta fakta åsyftats. I den angivna sammanställningen torde de medelbart relevanta fakta täckas av ordet "bevis", och "omständighet" synes få självständig betydelse endast om det åsyftar omedelbart relevanta fakta, rättsfakta. Jfr angående termerna omständighet och bevis *Ekelöf* i Tfr 1945 s. 226 och Civilprocessen s. 21. — Argumenteringen kan emellertid naturligen icke betraktas såsom i och för sig bindande, särskilt med hänsyn till att RB icke kännetecknas av en genomgående konsekvent terminologi.

² Se NJA 1913 s. 352, varom närmare nedan s. 210.

³ Se 976 § Rpl. och *Hurwitz* s. 812 samt 415 § Strpl. och *Eckhoff* s. 307 f.

men för tilltalad icke är möjlig. Problemet blir i stället, såsom förut antytts, att avgöra, *i vilka situationer det finnes skäl att för omprövning kräva förhandenvaron av de i 58:3 RB angivna resningsföresättningar*.⁴ För att erhålla en grundval för lösningen av detta problem blir det nödvändigt att närmare analysera betydelsen av de olika resningsföresättningar. Dessa skola därför i det följande undersökas var för sig med särskild hänsyn till frågan, i vilka situationer de synpunkter göra sig gällande, som föranlett deras uppställande.^{4a}

I. En föresättning för resning hänför sig till den *straffkvantitet*, som den tilltalade påstås ha undgått genom den tidigare domen. Sålunda fordras alltid, att det påstådda brottet kan förskylla straffarbete, och, om den tidigare domen var fällande, dessutom, att bifall till det nya ansvarsyrkandet skulle medföra tillämpning av en väsentligt strängare straffbestämmelse. Denna föresättning ger uttryck åt en avvägning mellan å ena sidan intresset av straffsanktionens effektivitet och å andra sidan intresset av den tilltalades trygghet. Den bakomliggande synpunkten — här benämnd straffmättssynpunkten — måste vara, att det allmänna intresset av att brott beivras icke är så starkt, att det påkallar omprövning av en felaktigt frikännande eller till för lindrigt straff fällande dom, med mindre den straffkvantitet den tilltalade eventuellt undgår, om domen blir bestående, är någorlunda betydande. Den tilltalades intresse av att tryggt kunna betrakta det tidigare avgörandet såsom definitivt har m. a. o. ansetts väga tyngre än önskemålet, att varje förövat brott blir bestraffat och bestraffat tillräckligt strängt.

Det vill synas, som om straffmättssynpunkten gör sig gällande icke blott, när en begäran om omprövning grundar sig på ny bevisning för redan prövade rättsfakta, utan även i åtminstone vissa fall, när den grundar sig på en avvikelse med hänsyn till rättsfakta eller deras kvalificering. Vi kunna exempelvis tänka oss, att en person, som olovligen

⁴ Problemställningen kan också angivas på följande sätt. Därest res judicata vid en viss typ av avvikelssituationer icke antages, blir konsekvensen, att nytt åtal utan vidare kan upptagas till prövning. Antager man däremot res judicata, blir den praktiska konsekvensen, att omprövning av ansvarsfrågan är utesluten, om resningsföresättningar i det konkreta fallet icke äro uppfyllda, men kan äga rum, om dessa föresättningar äro för handen. Huruvida res judicata bör antagas eller icke blir, i den mån lagtextens avfattning icke lämnar klar ledning, beroende på vilken av dessa båda konsekvenser som är ur praktisk synpunkt mest tillfredsställande. — Det bör däremot understrykas, att avgörande för frågor om res judicata naturligtvis icke kan vara, huruvida resningsföresättningar i ett konkret fall äro för handen eller icke. Jfr *Welamson* s. 462 f. (Vissa där gjorda uttalanden, enligt vilka resningsreglernas utformning över huvud skulle sakna betydelse i resjudicialäran, kunna emellertid, såsom framgår av det anförda, icke anses hållbara.)

^{4a} Från föresättningar för resning enligt 58:3 p. 1 RB kan i detta sammanhang helt bortses.

tillgripit en cykel, åtalats jämlikt 20:1 SL för stöld med alternativt yrkande om ansvar för grovt egenmäktigt förfarande jämlikt 20:6 st. 2 SL. Rätten, som icke finner tillägnelseuppsåt styrkt, dömer den tilltalade jämlikt sistnämnda lagrum. Ny bevisning om tillägnelseuppsåtet kan här icke föranleda resning, eftersom 20:1 SL icke är en väsentligt strängare straffbestämmelse än 20:6 st. 2 SL. Låt oss därefter förändra exemplet så, att åklagaren i den första rättegången icke påstått tillägnelseuppsåt utan endast yrkat ansvar jämlikt 20:6 st. 2 SL, som även tillämpats. En ansökan om resning, som grundar sig på påståendet, att den tilltalade haft tillägnelseuppsåt och därför bör dömas för stöld, kan tydligen heller icke bifallas av samma skäl som i det förra exemplet.

Anser man nu, att avvikelserna med hänsyn till tillägnelseuppsåtet föranleder antagande av annan gärning och sålunda möjliggör prövning av nytt åtal, förefaller det, som om straffmättssynpunkten sättes ur spel. Den tilltalade har då blivit felaktigt dömd, men han har icke undkommit en så betydande straffkvantitet, som förutsattes för resning till hans nackdel. Likväl blir han ånyo ställd till ansvar för tillgreppet av cykeln. Härigenom synes man i viss mån komma i konflikt med den intresseavvägning som tagit sig uttryck i kravet på viss straffkvantitet såsom resningsförutsättning i 58:3 RB.

Man kunde måhända vilja ifrågasätta att vid bedömande av frågor om gärningsidentitet tillämpa straffmättssynpunkten så, att annan gärning antoges, för den händelse den tilltalade skulle kunna komma att undgå en betydande straffkvantitet genom upprätthållande av den tidigare domen.⁵ Detta betraktelsesätt torde emellertid med hänsyn till utformningen av 58:3 RB icke vara acceptabelt. Om detta lagrum, såsom förut antagits, överhuvud kan vara tillämpligt på vissa avvikelser med hänsyn till rättsfakta, finnes nämligen ingen anledning att från dess tillämpningsområde utesluta vissa avvikelser enbart därför, att de medföra en väsentligt strängare påföljd. Tvärtom angives ju uttryckligen i lagrummet, att det är tillämpligt i dylika situationer, då det uttalas, att resning kan beviljas på grund av nya omständigheter, som föranleda tillämpning av en väsentligt strängare straffbestämmelse. Anses exempelvis vårdslös deklARATION och falskdeklARATION utgöra samma gärning, måste detsamma gälla vållande till annans död och mord. Den enda skillna-

⁵ Eftersom frågan om res judicata enligt lagen skall bedömas på samma sätt vid fällande och frikännande dom, finge man härvid icke utgå från en uppskattning av den konkreta straffkvantitet, som den tilltalade kunde antagas undgå, om domen bleve bestående — denna måste ju alltid bli större vid frikännande dom — utan från en jämförelse mellan de i de båda rättegångarna ifrågasatta straffbestämmelsernas svårhetsgrad.

den mellan dessa båda avvikelssituationer, om avvikelsen med hänsyn till det subjektiva momentet föreligger renodlad, är, att den tilltalade, såvida dom över åtal för culpöst brott blir bestående, kan undgå en betydligt större straffkvantitet i det senare fallet än i det förra. Denna skillnad är förvisso högst betydande, eftersom resning normalt icke torde kunna erhållas efter fällande dom i det förra fallet men däremot väl i det senare, såvitt angår nu ifrågavarande resningsförutsättning. Den omständigheten, att den eventuellt undandragna straffkvantiteten är betydande, får sålunda betydelse inom det område, som betecknas som samma gärning och alltså täckes av domens rättskraft, nämligen vid tillämpning av 58:3 RB. Någon anledning att antaga annan gärning enbart på den grund, att den tilltalade genom upprätthållande av den tidigare domen skulle kunna komma att undgå en betydande straffkvantitet, torde däremot icke finnas.

I detta sammanhang skall icke göras något försök att närmare angiva straffmåtssynpunktens räckvidd. Det anförda torde emellertid berättiga till påståendet, att det är nödvändigt att giva gärningsbegreppet enligt 30:9 RB en vidsträckt tolkning, om man vill undvika att komma i konflikt med den intresseavvägning, som kommit till uttryck i den ifrågavarande resningsförutsättningen.

II. En annan förutsättning för resning är, att de nya omständigheter eller bevis, som åberopas, *sannolikt* skulle ha lett till en sådan för den tilltalade svårare utgång, som avses med den nyss behandlade resningsförutsättningen, därest de förebragts i den tidigare processen. Sannolikhetskravet är naturligen uppställt i första hand med tanke på situationer, då de åberopade rättsfakta äro desamma som prövats i den tidigare rättegången. Att utan vidare tillåta omprövning vid åberopande av tidigare icke förebragt bevisning skulle, såsom redan tidigare framhållits, innebära en i praktiken tämligen obegränsad möjlighet att få laga kraftvunna domar underkastade prövning. Å andra sidan vore det betänkligt, om omprövning aldrig skulle tillåtas, därest det i belysning av senare framkommen bevisning förefaller klart, att den tilltalade sluppit för lindrigt undan. Genom uppställande av sannolikhetskravet har lagen gått en medelväg, så till vida som det för erhållande av resning icke räcker med vilken ny bevisning som helst men å andra sidan icke kräves, att den nya bevisningen i förening med den tidigare förebragta skall vara fullt övertygande.

Det spörsmål, vartill den ifrågavarande resningsförutsättningen med hänsyn till tolkningen av 30:9 RB ger anledning, kan formuleras på följande sätt. Finnes anledning att för omprövning kräva viss styrka

hos den åberopade bevisningen även vid avvikelser med hänsyn till rättsfakta och i så fall i vilka sådana situationer?

Vi kunna först och främst antaga, att ett nytt åtal grundar sig på en *gärningsbeskrivning, som i faktiskt hänseende är oförenlig med det tidigare åtalets*. En person har exempelvis först åtalats för häleri, bestående i att han emottagit ett stulet föremål av en okänd man under sådana förhållanden, att han måste antagas ha insett, att föremålet åtkommits genom brott. I nytt åtal påstås, att den tilltalade själv olovligen tillgripit föremålet från dess ägare. Var den tidigare domen fällande, skulle bifall till det nya åtalet förutsätta, att bevisningen i den tidigare rättegången lett domstolen till ett materiellt oriktigt resultat. Det synes därför i denna situation lika väl som i fall då begäran om omprövning endast grundar sig på ny bevisning vara befogat att som förutsättning för omprövning kräva, att det göres sannolikt, att den nya bevisningen är mera tillförlitlig än den tidigare förebragta, eller m. a. o. att den senare versionen av händelseförloppet har bättre skäl för sig än den ursprungliga.

Var den tidigare domen frikännande, torde synpunkter av detta slag vanligen icke göra sig gällande med fullt ut samma styrka. Att den tidigare rättegången icke lett till det resultat, som åsyftas med begäran om omprövning, innebär ju då åtminstone regelmässigt icke att domstolen blivit missledd av bevisningen.⁶ Även i sådana fall, där sålunda bifall till nytt åtal icke skulle komma att strida mot den tidigare domen, synes det emellertid vara befogat att för omprövning kräva sannolika skäl för att den nya versionen är riktig. Skulle det visa sig, att den tilltalade icke heller enligt det nya påståendet kan fällas till ansvar, har han ju utsatts för två materiellt sett obefogade rättegångar. Medan det i allmänhet icke kräves någon särskild styrka hos den åtalande partens bevisning för att han skall få öppna en rättegång, kan ett sådant krav förefalla ganska rimligt, om hans påstående innebär, att ett tidigare åtal mot samma person grundat sig på en felaktig uppfattning om händelseförloppet.

Vi kunna härefter antaga, att ett nytt åtal icke grundar sig på ett händelseförlopp, som direkt strider mot det som ursprungligen åtalats, utan att avvikelsen består i tillkomsten av *ytterligare rättsfakta, som åberopas vid sidan av de tidigare bedömda*. En person har exempelvis först åtalats för förskingring. I nytt åtal göres gällande, att han för

* Så kan dock naturligen vara fallet, om domstolen funnit det åtalade yttre händelseförloppet styrkt men frikänt den tilltalade exempelvis på grund av brist i det subjektiva rekvisitet.

att dölja förskingringen fört falska räkenskaper och därför bör dömas för grov förskingring. Därest det första åtalet lett till fällande dom, skulle ett bifall till det nya åtalet icke innebära, att det tidigare avgörandet grundats på otillfredsställande bevisning för därigenom prövade rättsfakta. Eftersom de nya rättsfakta icke tidigare prövats och heller icke positivt stå i strid mot den uppfattning om händelseförloppet, som kommit till uttryck i den tidigare domen, kunde det synas, som om något särskilt krav på bevisningens styrka icke borde uppställas för omprövning av ansvarsfrågan. I viss mån kan man väl dock här liksom i det närmast föregående exemplet säga, att den tilltalade icke skall behöva stå till svars i två olika etapper, med mindre en särskild garanti föreligger för att det är ett välgrundat påstående, att ansvarsfrågan genom den första domen icke blivit uttömmande reglerad.

Låt oss därefter utgå från antagandet, att domen i den första rättegången blivit frikännande. I sådant fall kan det trots tillkomsten av nya rättsfakta, som åberopas vid sidan av de tidigare bedömda, ofta vara tydligt, att ett nytt åtal icke kan leda till fällande dom, med mindre domstolen kommer till annat resultat vid prövningen av de tidigare bedömda rättsfakta.⁷ Det synes då vara i hög grad befogat att kräva, att samtidigt ny bevisning uppdagats, som innefattar sannolika skäl för att denna prövning bör utfalla annorlunda än tidigare. Följande exempel må belysa det sagda. A har åtalats för misshandel, bestående däri, att han vid ett dansbaneslagsmål tilldelat B ett knivhugg, som tillfogat denne svår kroppsskada. A invänder, att flera personer deltagit i slagsmålet och att han icke själv tillfogat B knivhugget, och han frikännes i högsta instans, enär åklagaren icke anses ha styrkt sitt påstående. Någon tid efteråt avlider B av skadorna efter knivhugget. Det vore i detta läge uppenbarligen föga rimligt, att A skulle kunna åtalas inför underrätt och fällas till ansvar för dråp eller misshandel med dödlig utgång. Mot ett dylikt åtal kunde A med fog invända, att HD fastslagit, att det icke styrkts, att han tilldelat B något knivhugg, och att den omständigheten, att B avlidit, icke på minsta sätt inverkar på detta förhållande. För det påstådda knivhugget vid dansbaneslagsmålet bör A på nytt kunna ställas till ansvar och dömas endast under förutsättning, att vid prövning av resningsansökan konstateras, att ny bevisning gör sannolikt, att det verkligen var han, som utdelade knivhugget.

⁷ Alltid behöver detta emellertid icke vara förhållandet. En person har exempelvis åtalats för ett brott, som icke är straffbelagt på försöksstadiet, och blivit frikänd, emedan domstolen funnit de åtalade fakta icke innefatta överskridande av brottets perfektionspunkt. Bifall till nytt åtal, grundat på ytterligare fakta, varigenom brottet påstås ha fullbordats, kommer icke i strid mot den tidigare domen.

I enlighet med det ovan anförda synes det sålunda vara anledning att för omprövning av ansvarsfrågan kräva sannolika skäl för att det sist framställda påståendet är grundat, såväl då detta innefattar en version av händelseförloppet, vilken positivt strider mot den ursprungligen prövade, som då det innebär, att ytterligare rättsfakta borde ha prövats i den tidigare rättegången för att ansvarsfrågan skulle ha kunnat bedömas riktigt.

De skäl, som framförts för denna ståndpunkt, äro emellertid av olika styrka allt efter utgången av den tidigare processen.^{7a} Om domen i det förra fallet (vid oförenliga gärningsbeskrivningar) blivit fällande eller i det senare fallet (vid nya rättsfakta, åberopade såsom tillägg till de förut prövade) blivit frikännande, skulle ett bifall till nytt åtal åtminstone regelmässigt komma att strida mot det tidigare avgörandet. För dessa fall synes det stå i klar överensstämmelse med de synpunkter, som föranlett den ifrågavarande resningsföresättningen, att en omprövning, som kan leda till en dylik konflikt mellan två domar, icke tillåtes annat än efter en prövning i resningsväg av de åberopade bevisens beskaffenhet. Om däremot domen i det förra fallet blivit frikännande och i det senare fallet fällande, äro skälen för att kräva viss styrka hos den åberopade bevisningen icke lika starka. En väsentlig skillnad föreligger nämligen här i så måtto att en bifallande dom över nytt åtal åtminstone regelmässigt icke kommer i direkt strid mot det tidigare avgörandet. Det har visserligen i det föregående antagits, att den tilltalade även i sådana fall bör kunna kräva att icke ånyo ställas till ansvar med mindre det göres sannolikt, att korrigeringen eller kompletteringen av gärningsbeskrivningen verkligen är befogad och icke ett löst grundat påstående. Det är emellertid möjligt, att denna argumentering icke är övertygande och sålunda icke i och för sig tillräcklig för att motivera resning såsom enda möjlighet till omprövning. Det skall sålunda icke förnekas, att det åtminstone ur formell synpunkt kan förefalla ganska egendomligt att resning skall behöva sökas även i fall, då en bifallande dom över nytt åtal icke skulle komma att strida mot den tidigare domen.

Emellertid lär det, såsom tidigare flerstädes framhållits, icke vara möjligt att besvara frågan om gärningsidentitet olika, allt efter som den tidigare domen blivit fällande eller frikännande. Vad det kommer an på är ju, huruvida den gärning, som genom domen *prövats*, sålunda oberoende av hur prövningen utfallit, är densamma som avses i nytt åtal. Man kan således icke vid bedömande av huruvida 30:9 RB är till-

^{7a} Detta uttalande innebär, såsom av det föregående framgår (se ovan noterna 6 och 7), en viss schematisering, som emellertid påkallats av framställningstekniska skäl.

lämplig eller icke taga hänsyn till frågan, om ett bifall till nytt åtal i det konkreta fallet skulle komma att strida mot den tidigare domen. Ty huruvida så blir fallet eller icke, sammanhänger i de angivna fallen vanligen just med om den tidigare domen blivit fällande eller frikännande.

Om man anser — och härtill torde man ha goda skäl — att man icke bör tillåta meddelande av en dom i anledning av nytt åtal, vilken på angivet sätt kommer i konflikt med en tidigare dom, synes man ha att välja mellan två alternativ. Det ena är att tolka uttrycket gärning i 30:9 RB så vidsträckt att redan *möjligheten* till motstridande domar är utesluten, oavsett hur prövningen i den första rättegången utfallit. Om man, på sätt i det föregående antagits, finner den tilltalades trygghetsintresse rimligen kräva sannolika skäl såsom förutsättning för omprövning även i fall, då en dylik konflikt mellan domar icke skulle uppkomma vid bifall till det nya ansvarspåståendet, synes detta alternativ böra godtagas.

Det andra alternativet, som kan ifrågasättas, om man icke tillmäter sist anförda synpunkt avgörande vikt, utgör antagandet av en *positiv rättskraftsfunktion*. Enligt detta alternativ skulle — såvitt avser de synpunkter, som hänföra sig till nu ifrågavarande resningsförutsättning — nytt åtal kunna upptagas till prövning i de förut anförda exemplen angående häleri och stöld resp. angående förskingring och grov förskingring. En fällande dom i hälerifallet skulle då utöva en positiv rättskraftsfunktion, som förhindrade bifall till det nya åtalet, eftersom genom domen fastslagits, att den tilltalade mottagit föremålet av en okänd man och sålunda enligt domen icke kan ha olovligen tillgripit det från dess ägare. En frikännande dom i den första rättegången på den grund, att det icke ansetts styrkt, att den tilltalade på sätt påståtts mottagit föremålet, skulle däremot icke hindra bifall till det nya åtalet. I förskingringsexemplet skulle en fällande doms positiva rättskraftsfunktion icke utgöra hinder för bifall till åtal för grov förskingring. Däremot skulle dylikt åtal icke kunna bifallas, om den tilltalade frikänts från åtalet för enkel förskingring exempelvis på den grund, att det icke ansetts styrkt, att han överhuvud tillägnat sig några under redovisningsskyldighet anförtrödda medel.

Det sistnämnda alternativet synes — om man icke på sätt i det föregående förfäktats anser den tilltalades trygghetsintresse förtjäna skydd i så hög grad som blir fallet enligt det förstnämnda alternativet — innefatta en i och för sig tämligen rationell reglering av rättskraftsspörsmålen. Av vad som tidigare i detta arbete uttalats angående den positiva

rättskraftsfunktionen enligt RB torde emellertid framgå, att detta lösningsalternativ icke kan antagas vara åsyftat av lagredaktörerna. I förarbetena till RB har man ju ställt sig principiellt avvisande gentemot tanken på en positiv rättskraftsfunktion hos dom i brottmål och utgått från att 30:9 RB skall praktiskt taget uttömmande reglera frågan om brottmålsdomens rättskraft. Enligt det nu ifrågavarande alternativet skulle däremot 30:9 RB kompletteras med en allmän regel om positiv rättskraftsfunktion hos dom i brottmål av vidsträckt omfattning och avsevärd praktisk betydelse.⁸

III. En ytterligare förutsättning för resning är, att den resningsökande parten gör sannolikt, att han icke tidigare kunnat åberopa omständighet eller bevis, varpå resningsansökningen grundas, eller att han har *giltig ursäkt* för sin underlåtenhet härvidlag. Denna förutsättning korresponderar tydligen mot avvisningsregelns antagna syfte att utgöra incitament för den åtalande parten i ett brottmål att driva utredningen med omsorg och energi, så att domstolen får ett fullständigt och tillförlitligt material för sitt bedömande. Endast om han i detta hänseende iakttagit vad på honom ankommit, kan han erhålla resning, därest övriga förutsättningar härför äro för handen. Även i fall, där det mot bakgrunden av ny bevisning framstår såsom uppenbart, att den tilltalade sluppit för lindrigt undan, har sålunda omprövning ansetts icke böra tillåtas — och detta även om den tilltalade härigenom undkommer en högst avsevärd straffpåföljd — för den händelse den onöjaktiga bevisning, som förebragts i den tidigare rättegången, är att tillskriva försummelse av den åtalande parten. Liksom resning icke kan grundas på att domstolen begått ett misstag vid sin rättstillämpning⁹, kan sådan heller icke erhållas, om det är den åtalande parten som genom underlåtenhet att förebringa bevisning, som stått honom till buds, föranlett att den tidigare domen icke lett till ett materiellt riktigt resultat.

Med utgångspunkt från det sagda kan det spörsmål, som här intresserar, ställas på följande sätt. Finnes någon anledning att tillerkänna den åtalande parten en möjlighet att erhålla omprövning, om han gjort sig

⁸ Det förtjänar framhållas, att *Agge* vid sina undersökningar av brottmålsdomens negativa rättskraftsfunktion utgått från antagandet, att denna kompletteras av en positiv funktion. (Se *Agge*, Processföremålet s. 39 f. och i SvJT 1937 s. 631 ff.) Härigenom torde till en väsentlig del förklaras, att *Agge* i allmänhet förordat en snävare begränsning av den negativa funktionens tillämpningsområde än som i det följande kommer att förfäktas. Den följande undersökningen skall nämligen i anslutning till PLB:s ståndpunktstagande i första hand taga sikte på möjligheten att åvägbringa en rationell reglering av rättskraftsspörsmålen i brottmål utan antagande av en positiv rättskraftsfunktion.

⁹ Se härom nedan s. 149 not 17.

skyldig till en försummelse vid utredningen, som icke hänför sig till bevisningen för ursprungligen antagna rättsfakta utan i stället medfört, att det händelseförlopp, för vilket den misstänkte rätteligen bort ställas till ansvar, beskrivits på ett oriktigt eller ofullständigt sätt?

Det förefaller tämligen uppenbart, att denna fråga icke bör besvaras jakande. För vinnande av materiellt riktiga resultat är det tydligen önskvärt, att åklagare och målsägande vid äventyr av preklusion tvingas att åberopa icke blott all bevisning, som skäligen kan antagas vara av betydelse, utan även alla rättsfakta som böra bedömas i ett sammanhang för att en korrekt straffrättslig värdering av den tilltalades påstådda brottslighet skall kunna uppnås.

Låt oss t. ex. antaga att A, som är kassör i ett affärsföretag, anmäles av företagets innehavare till åtal för att han förskingrat för företagets räkning omhändertagda medel. Åklagaren underlåter, trots att utredningen borde ha givit anledning härtill, att verkställa en undersökning av företagets bokföring, av vilken omedelbart skulle ha framgått, att kassören fört falska räkenskaper för att dölja förskingringen. A åtalas och dömes jämlikt 22:1 SL för förskingring, ehuru, därest den falska bokföringen varit känd, straffbestämmelsen för grov förskingring säkerligen skulle ha tillämpats. Risker för ett dylikt vårdslöst bedrivande av utredningen med materiellt oriktigt resultat som följd skulle säkerligen ökas, om gärningsbegreppet enligt 30:9 RB gäves en tolkning, som möjliggjorde för åklagaren att när som helst i nytt åtal åberopa den falska bokföringen som stöd för ett yrkande om skärpning av det tidigare utdömda straffet med tillämpning av 22:3 SL. Vad särskilt beträffar målsägandens ställning i situationer av liknande slag bör uppmärksammas risken för anställande av upprepade åtal i trakasserings-syfte. Även om utnyttjande av en sådan möjlighet dess bättre säkerligen skulle tillhöra de sällsynta undantagsfallen, torde detta vara en faktor, som icke bör helt lämnas ur räkningen.

IV. I samband med behandlingen av resningsförutsättningarna och deras betydelse för avviseringsregelns tolkning synes det vara av intresse att något beröra spörsmålet, huruvida det är möjligt att utan resning undanröja en laga kraftvunnen fällande straffdom på den grund att den anses oriktig och ersätta den med en strängare dom i anledning av nytt åtal. I detta hänseende är att observera ett uttalande i motiven till 30:9 RB. PLB uttalar sålunda, att "om den brottslighet, för vilken straff senare ådömes, helt täcker den tidigare åtalade brottsligheten, torde det svårare straffet träda i stället för det tidigare ådömda; har detta redan verkställts, bör det avräknas å det slutligen

ådömda”.¹⁰ Efter ordalagen vore det möjligt att tolka uttalandet så, att det endast avsåge fall av brottskonkurrens, då med tillämpning av reglerna i 4 kap. SL gemensamt straff ådömes för ett åtalat brott och ett brott, för vilket den tilltalade tidigare fällts till ansvar genom laga kraftvunnen dom. Vore detta uttalandets innebörd, skulle det emellertid icke utsäga annat än vad som uttryckligen föreskrivits i 4:3 SL. Med hänsyn till det sammanhang, vari yttrandet förekommer, torde det icke råda något tvivel om att det avser situationer, då den tilltalade enligt straffrättens regler icke skall ådömas ansvar både för det åtalade brottet och annat brott, för vilket han genom laga kraftvunnen dom tidigare fällts till straff. Uttalandets innebörd måste sålunda vara, att en fällande straffdom kan upphävas utan resning i vissa situationer, om domstol vid prövning av nytt åtal finner domen vara materiellt oriktig.¹¹

Det kan vara skäl att något dröja vid spørsmålet, i vad mån den form för upphävande av oriktiga fällande straffdomar, som här förutsättes, har stöd i lag eller äldre praxis.¹²

Laga kraftvunna fällande straffdomar ha tidigare kunnat upphävas dels genom återbrytande av dom jämlikt 31 kap. ARB och dels genom återupptagande av brottmål jämlikt 17:32 ARB, vilka stadganden från den 1 januari 1940 ersatts av de nya bestämmelserna om särskilda rättsmedel. I båda dessa fall var det naturligt, att den tidigare domen kunde sättas ur kraft, eftersom förfarandet just hade karaktären av ett fortsättande av den tidigare rättegången utan hinder av den laga kraftvunna domen.^{12a} Möjlighet att undanröja straffbestämningen i en tidigare dom har vidare funnits och finnes alltjämt på grund av reglerna om gemensamt straff vid brottskonkurrens.¹³ Någon annan utväg för undanröjande av en fällande straffdom i syfte att åvågabringa en

¹⁰ PLB s. 343. Jfr *Strahl*, Påföljder för brott s. 178.

¹¹ Detta antagande bestyrkes av att PLB omedelbart före det citerade yttrandet uttalat, att om ”i ett mål prövats yrkande om ansvar för vållande till annans död, utgör denna prövning icke hinder för att i ett senare mål pröva ett yrkande om ansvar för mord, oaktat yrkandet delvis grundats på en handling, som redan i förra målet bedömts”. PLB s. 342 f.

¹² Huruvida man med det citerade uttalandet avsett att införa en nyhet eller icke, kan med ledning av den knapphändiga formuleringen icke säkert avgöras. Sannolikt är dock, att ståndpunkten skulle ha motiverats ytterligare, om man ansett tillvägagångssättet sakna klart stöd i äldre rätt.

^{12a} Jfr beträffande tillämpning av 17:32 ARB NJA 1913 s. 352. Till detta rättsfall hänvisar emellertid *Strahl*, Påföljder för brott s. 178, när det gäller möjligheten att undanröja en tidigare fällande dom, eventuellt med avräkning av verkställt straff, genom dom i anledning av nytt åtal. (Noterna 4 och 5 å s. 178 i *Strahls* framställning synas ha blivit omkastade.)

¹³ Se numera särskilt 4:3 och 4:4 SL.

strängare bestraffning har varken enligt äldre eller nu gällande rätt anvisats av lagen.^{13a}

Ett visst stöd för uppfattningen, att det även tidigare ansetts möjligt att, såsom PLB förutsatt, undanröja en tidigare fällande dom genom en ny strängare dom i annan rättegång även då bestämmelserna om brottskonkurrens icke äro tillämpliga, erbjuder ett rättsfall, nämligen NJA 1891 s. 213. En person hade för vållande till annans död dömts till 50 kronors böter. Sedan utslaget vunnit laga kraft och böterna erlagts, åtalades han för att ha uppsåtligen förorsakat dödsfallet. Åtalet upptogs till prövning, och den tilltalade dömdes till döden för mord. Samtidigt dömdes han för ett vart av åtskilliga andra brott till frihetsstraff, eller att i en bot mista livet. Vid denna utgång är det förklarligt, att frågan om hur man skulle förfara med den verkställda oriktiga domen icke tilldrog sig något intresse. Teoretiskt skulle man väl ha kunnat tänka sig, att ett mot bötesbeloppet svarande antal dagar avräknats från frihetsstraffet, men en dylik åtgärd hade ju varit meningslös, eftersom frihetsstraffet konsumerades av dödsstraffet. En eventuell restitution av böterna torde väl — bortsett från att det snarast skulle ha tett sig tämligen makabert att förordna om återbetalande av 50 kronor till en man, som samtidigt dömdes till döden — med rätta ha betraktats som orättmätig, eftersom han likväl i och för sig förskyllt högre straff än lagens maximum. Rättsfallet ger sålunda icke något exempel på att den tidigare domen undanröjts, men bedömandet av frågan om res judicata är onekligen ett indicium på att man skulle ha ansett sig befogad att upphäva den tidigare domens verkställighet eller eventuellt förordna om avräkning av verkställt straff, därest påföljden enligt den nya domen endast utgjorts av ett tidsbestämt frihetsstraff. Rättsfallet är emellertid ur flera synpunkter så egenartat och dessutom av så gammalt datum, att det knappast tillåter några vittgående slutsatser angående praxis' inställning.¹⁴

^{13a} Från särskilda stadganden om förändring av ådömd reaktion vid de olika skyddsåtgärderna, t. ex. 3 § lagen 18 juni 1937 om förvaring och internering i säkerhetsanstalt, kan i detta sammanhang bortses.

¹⁴ Se angående rättsfallet närmare nedan s. 188 ff. I detta sammanhang må emellertid framhållas, att det även ur en annan synpunkt är belysande för förhållandet mellan reglerna om särskilda rättsmedel och nytt åtal. I 17:32 ÅRB stadgades, att återupptagande av brottmål icke fick äga rum, om tidigare ådömt straff gått i verkställighet. Enligt den vid tidpunkten för rättsfallets avgörande förhärskande åsikten torde samma förutsättning ha ansetts gälla återbrytande av dom jämlikt 31:3 ÅRB. (Se ovan s. 68.) Denna förutsättning för omprövning, som saknar motsvarighet i gällande resningslagstiftning, torde få anses ha givit uttryck åt synpunkten, att tilltalad, som dömts till för lindrigt straff, åtminstone sedan straffet verkställts skulle vara fredad från omprövning av ansvarsfrågan. Det vill synas, som om denna intresseavvägning mellan effektivitet och trygghet på en omväg åsidosatts genom

Ett annat fall, som i detta sammanhang är av intresse, är NJA 1931 s. 466. I detta fall hade två personer, som med våld hindrat en tulltjänsteman från att verkställa tullvisitation, dömts till böter jämlikt 213 § tullstadgan, ehuru 232 § samma stadga föreskriver, att till straff enligt denna författning — utom i visst fall, varom icke var fråga — icke får dömas, om förseelsen enligt allmän lag eller särskild författning är belagd med strängare straff. Sedermera väcktes åtal för samma förfarande med yrkande om ansvar jämlikt 10:5 SL. Ehuru man här uppenbarligen icke hade att göra med brottskonkurrens, tillämpade HD:s majoritet (tre JR) 4:9 SL. Härigenom erhöi man uttryckligt stöd av lag för åtgärden att avräkna vad de tilltalade kunde ha utstått av det jämlikt tullstadgan ådömda straffet från det slutligen ålagda.

1931 års rättsfall är ur åtskilliga synpunkter anmärkningsvärt. Det är nämligen uppenbart, att 4:9 SL, liksom fallet är med nuvarande 4:3 SL, tog sikte på brottskonkurrens, dvs. fall, då en person begått flera brott, för vilka han förskyllt straff. Uppfattningen, att stadgandet skulle ha varit tillämpligt vid lagkonkurrens, då någon ursprungligen felaktigt dömts enligt det lindrigare lagrummet, har veterligen icke vare sig gjorts gällande inom doktrinen eller kommit till uttryck i något annat avgörande i praxis. Den uttryckliga tillämpningen av 4:9 SL förefaller därför egendomlig. En sannolik förklaring synes vara, att man icke ansett sig befogad att undanröja det laga kraftvunna utslaget utan stöd av lag och därför tillämpat 4:9 SL, som för där avsedda fall gav en dylik befogenhet.¹⁵ Till stöd för denna uppfattning kan anföras, att de ledamöter av minoriteten, som fällde till ansvar men utan tillämpning av 4:9 SL eller grunderna för lagrummet, heller icke avräknade det tidigare utdömda straffet. Den ene av dessa, JR *Wedberg*, nedsatte det av HovR:n utdömda straffet, som fastställdes av majoriteten, med ett mot det tidigare ådömda bötesbeloppet svarande antal dagar. Den andre, JR *Sundberg*, utdömde samma straff som majoriteten men utan avräkning och utan att uttryckligen framhålla, att han ansett våldet å tulltjänstemannen förskylla högre straff än det, varom HD:s övriga

antagandet, att res judicata icke var för handen. Ett JR ansåg sig också mot bestämmelserna i 17:32 ARB icke kunna upptaga det nya åtalet till prövning. — En annan sak är, att den ifrågavarande bestämmelsens avvägning av de olika synpunkterna knappast var rimlig. Ur denna synpunkt synes den nuvarande resningslagstiftningen, enligt vilken resning kunde ha beviljats i ett fall som det i 1891 års rättsfall, innefatta en avvägning, som bättre överensstämmer med rättsmedvetandet.

¹⁵ Ur denna synpunkt synes det emellertid ha varit rimligare att nöja sig med att tillämpa grunderna för lagrummet, eftersom det är högst diskutabelt, om lagkonkurrens kan pressas in under stadgandets ordalag och det i varje fall är klart, att det utformats med tanke på helt andra situationer. En ledamot i HD, JR *Leijonhufvud*, åberopade också grunderna för 4:9 SL.

ledamöter — bortsett från JR *Forsberg*, som antog res judicata —
voro ense.^{16 17}

Med utgångspunkt från den ifrågasatta tolkningen av 1931 års rättsfall kan man fråga sig, om det kan anses riktigt att analogiskt tillämpa 4:3 SL — vilket lagrum, såvitt nu är i fråga, motsvarar den genom 1938 års lagstiftning om sammanträffande av brott upphävda 4:9 SL — när det gäller att undanröja en straffdom, som anses oriktig. Ger lagrummet eller dess motsvarighet i äldre rätt stöd för antagandet, att en dylik analogi är berättigad? I detta hänseende kan framhållas, att man allmänt synes ha förutsatt, att tillämpning av 4:3 SL, liksom fallet tidigare var beträffande 4:9 SL, icke får föranleda en längre gående prövning av den tidigare bedömda brottsligheten än som oundgängligen fordras för ådömande av gemensamt straff.¹⁸ Någon möjlighet till omprövning av frågan, om den tilltalade tidigare bort fällas till ansvar eller vilket lagrum som borde ha tillämpats, synes sålunda icke ha ifrågasatts. Uppfattningen, att en dylik omprövning icke kan anses tillåten, vinner även stöd av att domstolen i den rättegång, där fråga om gemensamt straff uppkommer, ej ens beträffande själva straffbestämningen, såvitt avser det tidigare bedömda brottet, ansetts helt obunden i vare sig praxis eller doktrin.¹⁹

Det vill mot bakgrunden av det anförda synas, som om undanröjande av en laga kraftvunnen straffdom genom dom i annan rättegång på den grund, att den anses innefatta ett oriktigt avgörande av frågan om den

¹⁶ Att denne ledamot liksom de övriga ansett de tilltalade icke rätteligen böra straffas enligt både tullstadgan och SL framgår av en med JR *Sundbergs* namn i maskinskrift undertecknad PM i akten.

¹⁷ Även detta rättsfall belyser ur en annan synpunkt förhållandet till resning. Av en jämförelse mellan förutsättningarna för resning till förmån för den tilltalade och resning till hans nackdel framgår, att resning i sistnämnda syfte icke får grundas på att den tidigare domens rättstillämpning strider mot lag, även om rättstillämpningen är flagrant felaktig. Detsamma torde ha gällt enligt äldre rätt. I det föreliggande fallet var emellertid förhållandet just, att det förra utslaget i uppenbar strid mot 232 § tullstadgan hade fällt de tilltalade jämlikt tullstadgan i stället för att avvisa åtalet. Den avvägning mellan effektivitet och trygghet, som kommit till uttryck i resningsbestämmelsernas utformning, innebärande, att rena misstag i domstolarnas rättstillämpning icke skola föranleda, att tilltalad behöver utstå två rättegångar, utan att han skall slippa undan, om han på grund av felaktig rättstillämpning blivit för lindrigt dömd, synes härigenom ha blivit åsidosatt.

¹⁸ Jfr beträffande äldre rätt *Stjernberg*, Straffrättsliga studier s. 109 samt beträffande nu gällande rätt uttalande av dåvarande tjänsteförrättande MO *Regner* (vilken jämte *Bergendal* utarbetat det betänkande, varpå 1938 års lagstiftning om sammanträffande av brott grundar sig) i MO:s ämbetsberättelse 1945 s. 232. Såvitt gäller norsk rätt har en motsvarande standpunkt intagits av *Hagerup*, Straffepoces II s. 24.

¹⁹ En sänkning av det först utmätta straffet har sålunda icke ansetts möjlig. Se NJA 1936 s. 97 och SvJT 1934 rf. s. 7 samt *Hagströmer* I s. 774 not 1. Ett förordnande i den första domen om avräkning av häktningstid har heller icke ansetts kunna rubbas. Se *Stjernberg* och MO:s ämbetsberättelse a. st.

tilltalades ansvar, åtminstone i flertalet fall icke kan grundas på en analogisk tillämpning av 4:3 SL. I fall, då nya rättsfakta tillkommit såsom en komplettering av dem, för vilka den tilltalade tidigare ådömts straff (sålunda i fall, då de båda gärningsbeskrivningarna icke äro i faktiskt hänseende oförenliga), synes man visserligen kunna påstå, att situationen är ganska likartad den som förutsättes i 4:3 SL. Om t. ex. en person ådömts ansvar för förskingring och sedan i anledning av nytt åtal efter upptäckten att han fört falska räkenskaper dömts för grov förskingring med avräkning av vad han kan ha utstått av det först ådömda straffet, kan man sålunda möjligen säga, att domstolen endast kombinerat den första rättegångens resultat med de nya rättsfakta utan att ingå i saklig prövning av vad som bedömts i den tidigare rättegången. Men detta förfaringssätt, som utgår från antagandet, att de båda åtalen röra olika gärningar, förutsätter också på grund av avfattningen av 30:9 RB, att åtalet för grov förskingring skall kunna upptagas till prövning, om den första rättegången resulterat i en frikännande dom. I detta fall är det uppenbart, att domstolen — om man icke antager en positiv rättskraftsfunktion, varigenom åtalet redan från början blir utsiktslöst — måste ingå i en sådan omprövning av bedömandet i den tidigare rättegången, som enligt vad ovan anförts förutsatts vara förbjuden vid tillämpning av 4:3 SL.²⁰

Det förefaller sålunda, som om det stöd, som nämnda lagrum eventuellt kan anses erbjuda för PLB:s ifrågavarande uttalande, inskränker sig till sådana fall, då domstolen oavsett utgången av den tidigare processen kan undgå att sakligt pröva de fakta, som tidigare bedömts.²¹ Endast i sådana fall är en konflikt med den intresseavvägning, som ligger bakom kravet på sannolika skäl såsom resningsförutsättning utesluten. Även i dessa fall måste man emellertid vid resjudicatafrågans bedömande beakta de synpunkter, som föranlett uppställandet av övriga i det föregående behandlade resningsförutsättningar.

V. Den föregående utredningen har endast haft till syfte att belysa betydelsen för tolkningen av 30:9 RB av de synpunkter, som kunna

²⁰ Här må anmärkas, att *Eckhoff*, s. 304, ansett nytt åtal icke kunna upptagas till prövning, om de båda gärningsbeskrivningarna ömsesidigt utesluta varandra och den tidigare domen var fällande, eftersom den tilltalade härigenom skulle "bli straffet to ganger for samme forhold". Om man emellertid på sätt som sker vid tillämpning av 4:3 SL förordnar om avräkning av vad den tilltalade kan ha utstått av det först ådömda straffet, synes någon risk för dubbelbestraffning icke föreligga. Ur denna synpunkt synas sålunda några betänkligheter mot tillämpning av 4:3 SL icke kunna anföras.

²¹ Så kan möjligen anses vara förhållandet i vissa fall av lagkonkurrens. Se härom nedan s. 218 ff.

antagas ligga bakom resningsbestämmelsernas utformning. Tydligt är, att ett närmare angivande av de olika synpunkternas räckvidd och styrka fordrar en ingående undersökning av olika slag av avvikelssituationer. De påståenden i detta hänseende, som gjorts i det föregående, ha sålunda karaktären av hypoteser, vilkas bärkraft det blir den följande undersökningens uppgift att utvisa.

Kap. 8

Utländsk rätt

Läran om domens rättskraft är en materia, som föga lämpar sig för en ingående reglering i lag. Rättskraftsprincipen i brottmål har också i många länder överhuvud icke direkt lagfästs, och där så skett har lagstadgandet vanligen givits en mycket allmänt hållen avfattning. Visserligen kunna åtskilliga andra regler, främst kanske sådana som motsvara de svenska resningsreglerna, föranleda skiljaktigheter i förutsättningarna för bedömande av en resjudicatafråga, men i stort sett äro dessa förutsättningar ofta tämligen likartade i utländsk och svensk rätt. Med hänsyn härtill har det synts lämpligt att i viss utsträckning redovisa uttalanden i utländsk rättslitteratur och avgöranden i utländsk praxis i anslutning till behandlingen av olika avvikelssituationer. Såsom en bakgrund för bedömande av det på detta sätt redovisade materialet torde emellertid böra givas en kortfattad samlad framställning av några i förevarande hänseende betydelsefulla regler i vissa utländska rättsordningar.

I *Finland* har som bekant en länge planerad allmän reform av rättegångsväsendet av främst politiska och ekonomiska skäl ännu icke kunnat genomföras. I avvaktan på ett gynnsammare läge för den allmänna omdaning av domstolsförfarandet har man slagit in på de partiella reformernas väg.¹ Bland dylika reformer förtjänar särskilt nämnas, att bevisrätten undergått en genomgripande förändring genom lag 29 juli 1948 om ändring av 17 kap. rättegångsbalken, i samband varmed bestämmelser i 32 § av detta kapitel om ställande under framtiden för brott och om återupptagande av brottmål² — motsvarande tidigare gällande svenska stadganden i 17:32 ÄRB — ha upphävts. En ändring av

¹ Se härom *Kuuskoski* s. 612 ff.

² Jfr *Wrede-Sjöström* s. 245 och 265.

reglerna om återbrytande av laga kraftvunna domar är under övervägande.³ Gällande bestämmelser härom, vilka återfinnas i 31 kap. rättegångsbalken, motsvara den svenska rätten före 1939 års lagstiftning om särskilda rättsmedel.⁴ Något stadgande, som uttryckligen reglerar frågan om brottmålsdomens rättskraft, finnes icke.

Ej heller den *norska* rätten innehåller någon uttrycklig bestämmelse om brottmålsdomens rättskraft, men principen framgår bl. a. indirekt av stadganden om "gjenoptagelse". Till den tilltalades nackdel kan sådan äga rum enligt 415 § Strpl., som på väsentliga punkter liknar motsvarande svenska stadgande.⁵ Rättskraftens omfång antages i doktrinen ganska allmänt sträcka sig lika långt som domstolens befogenhet i den tidigare rättegången att i anledning av åtalet utsträcka sin prövning.⁶ Denna befogenhet regleras, såvitt gäller rättegången vid lagmansrett, i 342 § Strpl., som på grund av hänvisning i 366 § samma lag gäller även andra domstolar, och anknytes till "det i tiltalebeslutningen omhandlede forhold".⁷ Befogenheten för den åtalande parten att korrigera eller utvidga åtalet är genom stadgande i 291 § Strpl. snävt begränsad.⁸

³ Se *Kuuskoski* s. 615.

⁴ Jfr *Wrede-Sjöström* s. 265 f.

⁵ I de delar, som här främst intressera, uppställer lagrummet följande förutsättningar: "1. når det på grunn av hans egen avgitte tilståelse eller andre senere fremdratte beviser fremstiller sig som utvilsomt, at han har begått den straffbare handling eller en vesentlig grovere straffbar handling enn den, hvorfor han er dømt; — — — . Når den straffbare handling, som påståes forøvet, ikke kan straffes strengere enn med fengsel i 3 år, kan dog gjenoptagelse alene finne sted, når grunnen er, at tiltalte har gjort sig skyldig i et straffbart forhold." — Att märka är även, att upptäckten av nya fakta kan medföra en utsträckning av den vanliga rättsmedelsfristen. Jfr *Stang* s. 214.

⁶ Se ovan s. 108 f.

⁷ Stadgandet har följande lydelse: "Gjenstand for spørsmålene er det i tiltalebeslutningen omhandlede forhold. Om tilstedeværelsen av omstendigheter, som kan bringe forholdet inn under en annen straffebestemmelse enn efter tiltalebeslutningen, spørres der, når retten finner føie dertil. Er en sådan omstendighet under forhandlingen påstått å være tilstede, skal dette altid skje, når forlangende derom fremsettes. Ved forholdets henførelse under straffeloven er retten ubundet av de fremsatte påstander. Henføres det under en annen straffebestemmelse enn i tiltalebeslutningen, må der alltid gis partene særlig anledning til å uttale sig, hvorhos tiltalte på forlangende må tilståes en passende utsettelse, når dette skjønnes ønskelig for forsvaret."

⁸ Lagrummet, som på grund av hänvisning i 423 § Strpl. även gäller enskilt åtal, lyder som följer: "Påtalemyndigheten eller den på det offentliges vegne møtende kan under hovedforhandlingen ved anmerkning på tiltalebeslutningen 1. rette feiltagelser med hensyn til benevnelser, tidsangivelser, fremstillingen av handlingens kjennemerker efter loven og lignende omstendigheter, og 2. med rettens samtykke utvide titalen til andre straffbare handlinger enn de i tiltalebeslutningen omhandlede, såfremt det ikke kan lede til anvendelse av en strengere straffebestemmelse, og tiltalte enten har samtykket deri eller har avgitt en fullstendig og troverdig tilståelse. Skulde titalen som følge av den foretatte rettelse eller utvidelse ikke kunne møtes ved det motbevis eller forsvaret, som tiltalte har hatt opfordring til å forberede sig på, kan han forlange en passende utsettelse."

Den *danska* lagstiftningen innehåller lika litet som den *finska* och *norska* något stadgande, som motsvarar 30:9 RB. Om "Genoptagelse" till men för den tilltalade innehåller 976 § Rpl. en bestämmelse, som ganska nära ansluter sig till motsvarande svenska och norska stadganden.⁹ Om förhållandet mellan åtal och dom, som även i dansk doktrin framhålles såsom vägledande för bedömandet av rättskraftens omfång¹⁰, ger 908 § Rpl. bestämmelser, som liksom de norska anknyta prövningsrätten till det "Forhold", som omfattas av åtalet.¹¹ Om korrigerig och utvidgning av åtal meddelas i 833 § Rpl. bestämmelser som, såvitt gäller tiden efter "Domsforhandlingens" påbörjande, äro ganska restriktiva.¹²

Även den *tyska* lagstiftningen reglerar brottmålsdomens rättskraft endast indirekt genom bestämmelser om "Wiederaufnahme". Till men för den tilltalade kan "Wiederaufnahme" beviljas enligt föreskrifter i 362 § StPO. Möjligheterna härtill äro emellertid mera begränsade än enligt motsvarande stadganden i nordisk rätt. Med undantag för fall, då en oriktig dom meddelats på grund av förfalskad bevisning eller annat brottsligt förfarande, är sålunda den enda grunden en sedermera avlagd bekännelse av den tilltalade.^{12a} Rättskraftens omfång anses indirekt reglerat

⁹ De förutsättningar, som här intressera, föreligga, om Rigsadvokaten framställer begäran "1. naar det ifølge en Tiltaaelse, Tiltalte senere har afgivet, eller andre Beviser, der senere er kommet for Dagen, maa antages, at han har begaaet Forbrydelsen; — — — Under tilsvarende Betingelser kan Genoptagelse finde Sted, hvor Tiltalte paastaas at have gjort sig skyldig i en væsentlig større Forbrydelse end den, hvorfor han er domfældt." — Framhållas bör, att även i dansk rätt upptäckt av nya rättsfakta kan medföra en utsträckning av den ordinära rättsmedelsfristen. Jfr *Hurwitz* s. 520.

¹⁰ Jfr *Hurwitz* s. 808.

¹¹ Såvitt nu är i fråga har lagrummet följande lydelse: "Retten kan ikke domfælde for noget Forhold, der ikke omfattes af Tiltalen. Derimod er Retten ikke udelukket fra at henføre det paatalte Forhold under en anden Strafbestemmelse end den, Statsadvokaten har paastaaet anvendt, eller fra at afvige fra Tiltalen med Hensyn til de med Forbrydelsen forbundne Biomstændigheder (Tid, Sted o. desl.), alt under Betingelse af, at det med Sikkerhed skønnes, at Tiltalte, ogsaa under Forudsætning af saadan Afvigelse fra Tiltalen, har haft fyldestgørende Adgang til Forsvar. Finder Retten, at dette ikke er Tilfældet, eller nærer den Tvivl i saa Henseende, skal den, forinden dens afvigende Bedømmelse lægges til Grund for Domfældelsen, give Parterne Lejlighed til at udtale sig og efter Omstændighederne tilstaa den til Varetagelse af Forsvaret fornødne Udsættelse."

¹² Stadgandet lyder som följer: "Vil Statsadvokaten inden Domsforhandlingen enten udvide Tiltalen til andre straffbare Forhold end de i Anklageskriftet nævnte eller berigtige Angivelser i Anklageskriftet, maa dette ske ved Indlevering og Forkyndelse af yderligere eller nyt Anklageskrift. Under Domsforhandlingen kan Udvidelse af Tiltalen til andre straffbare Forhold ske med Rettens Samtykke, naar Tiltalte indvilger deri, saa og naar det Forhold, som der er Spørgsmaal om at inddrage, er begaaet under selve Domsforhandlingen. Udvidelsen sker efter Rettens Bestemmelse ved Tilføjelse paa Anklageskriftet eller Tilførsel i Retsbogen; det samme gælder om Berigtigelser, som Statsadvokaten under Domsforhandlingen foretager i Anklageskriftets Angivelser. Hvis Tiltalte ikke indvilger i Tiltalens Udvidelse, maa der imod ham rejses ny Sag, hvorved Straffelovens § 89 da finder Anvendelse."

av föremålet för domstolens prövning, som i 264 § StPO angives såsom "die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt". Sistnämnda stadgande, som i doktrin och praxis ansetts inrymma en mycket vidsträckt prövningsbefogenhet, kompletteras i följande § med bestämmelser om skyldighet för domstolen att underrätta den tilltalade, om den ifrågasätter tillämpning av ett annat straffstadgande än som angivits i "der Eröffnungsbeschluss",¹³ eller om den överväger att åberopa däri icke angivna, i lagen såsom särskilt försvårande uppställda omständigheter. I dessa fall skall den tilltalade vidare genom uppskov erhålla möjlighet att förbereda sitt försvar. Visar sig under huvudförhandlingens förlopp, att den tilltalade kan misstänkas för att ha begått annan gärning (Tat) än den som föranlett öppnandet av "das Hauptverfahren", kan enligt 266 § StPO även denna avdömas samtidigt på yrkande av åklagaren under förutsättning av den tilltalades medgivande.

Den *franska* Code d'instruction criminelle innehåller, såvitt avser rättegången inför cours d'assises i art. 360 en rättskraftsbestämmelse av följande lydelse: "Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait." Oaktat bestämmelsen efter ordalagen och efter sin placering i lagen endast gäller frikännande domar av cours d'assises, råder intet tvivel om att samma princip gäller domar av andra domstolar och även i fråga om strängare bestraffning av den som blivit fälld till ansvar. Något stadgande, som motsvarar de svenska bestämmelserna om resning till men för den tilltalade, finnes icke i fransk rätt. Reglerna om domstolens prövningsrätt och åklagarens befogenhet till åtalsjustering äro i fransk rätt ganska svåröverskådliga, delvis beroende på begränsningen av domstolarnas kompetens till vissa slag av brott, allt efter deras svårhetsgrad, och på att jury medverkar vid vissa domstolar men icke vid andra. Särskilt till sistnämnda förhållande och dess betydelse för domens rättskraft få vi anledning återkomma i det följande.

Enligt en gammal grundsats i *engelsk* common law, som även kommit till uttryck i skriven lag¹⁴, kan en person, som åtalats för samma

^{12a} Den första domen måste därvid ha varit helt frikännande. Vid fällande dom har sålunda ett sedermera avgivet erkännande, som "nur einen schwereren Gesichtspunkt der abgeurtheilten That betrifft", ansetts icke kunna föranleda återupptagande. Se RGSt 3 s. 399.

¹³ Se härom 203 § StPO samt v. *Hippel*, Strafprozess s. 497 ff.

¹⁴ Se The Criminal Procedure Act 1851 (14 & 15 V. c. 100) art. 28: "In any plea of autrefois convict or autrefois acquit it shall be sufficient for any defendant to state that he has been lawfully convicted or acquitted (as the case may be) of the said offence charged in the indictment."

"offence", som tidigare varit föremål för prövning, freda sig genom att framställa en "plea of autrefois convict" (om han blivit fälld) eller "autrefois acquit" (om han frikänts). Den tanke, varpå dessa båda pleas vila, uttryckes stundom med orden: "a man shall not be brought into danger for one and the same offence more than once", eller liknande.¹⁵ I *Förenta Staterna* har principen i nära överensstämmande ordalag lagfästas såväl i förbundsstatens konstitution¹⁶ som i ett flertal av de olika delstaternas författningar.¹⁷ Såsom rättspraxis i dessa båda länder utvisar, erbjuder principens närmare utformning en mängd problem, som sammanhånga med speciella egenheter i den anglosachsiska domstolsorganisationen och rättegångsväsendets allmänna struktur, och som sakna motsvarighet i svensk rätt.¹⁸

Det problem, som har det största intresset för svensk rätt, är, när nytt åtal skall anses avse samma "offence", för vilket den tilltalade tidigare dömts eller varit i fara att dömas.¹⁹ Även vid bedömande av denna

¹⁵ Se *Harris—Wilshire* s. 453, *Kenny* s. 561 och *Halsbury* IX s. 153. Jfr dock *Bower* s. 181.

¹⁶ Amendments 5: "Nor shall any person be subject for the same offence to be put twice in jeopardy of life and limb."

¹⁷ Se t. ex. *Abbott* s. 156 not 7.

¹⁸ Ett sådant problem må här antyd, eftersom det på allra senaste tid synes ha tilldragit sig ett avsevärt intresse. I engelsk rätt har en person, som åtalats och övertygats om ett brott, och som begått andra förbrytelser än den med anklagelsen avsedda (outstanding offences), ansetts äga möjlighet att genom erkännande av dessa samtidigt få dem "taken into consideration" i syfte att efter straffets avtjänande komma ut ur fängelset "with a clean sheet". (Jfr *Halsbury* IX s. 258.) Av uttalanden i ett färskt rättsfall, *R. v. Nicholson* (1947), framgår emellertid, att Court of Criminal Appeal ansett en sådan begäran att få ett "outstanding offence taken into consideration" icke förhindra nytt åtal för detta brott, under påstående att det antingen trots begäran härom icke blivit beaktat vid straffmätningen eller i varje fall ej blivit tillräckligt strängt bestraffat. Såsom framhålls i en artikel i *The Law Journal* den 26 mars 1948 s. 172 (Outstanding offences and *autrefois convict*), tyda dessa uttalanden på att det är förenat med avsevärd risk för den tilltalade att tillstå ett "outstanding offence". Blir hans begäran att få brottet "taken into consideration" icke bifallen, kan han med säkerhet påräkna att bli ställd till ansvar, så snart han avtjänat straffet för det åtalade brottet. Även om hans begäran blir bifallen, kan han emellertid icke vara trygg för nytt åtal, för den händelse straffmätningen enligt åklagaren varit för lindrig. — Framhållas bör, att i såväl *Förenta Staterna* som *England* under år 1948 (25 juni resp. 30 juli) antagits ny straffrättslig och straffprocessuell lagstiftning. Såvitt kunnat utrönas påverkar emellertid denna lagstiftning icke på någon väsentlig punkt de principiella spörsmål, som här äro av intresse.

¹⁹ Här må anmärkas, att man i amerikansk doktrin vanligen skiljer mellan å ena sidan pleas of former conviction eller former acquittal och å andra sidan pleas of former jeopardy. För en plea av det förra slaget torde fordras ett avgörande av domstol (åtminstone "verdict" av jury), medan för en plea av det senare slaget i princip synes tillräckligt, att ett straffprocessuellt förfarande i vissa former inlett mot den tilltalade även om förfarandet sedermera icke fortskridit till ett avgörande. På gränsdragningen mellan dessa olika pleas sakna vi anledning att närmare ingå, eftersom de väsentligen följa samma processuella regler och i varje fall frågan om "identity of offences" är densamma vid former jeopardy och former acquittal eller

fråga föreligga i flera hänseenden olika förutsättningar i anglosachsisk och svensk rätt. Särskilt kan nämnas, att frågans besvarande i viss mån gjorts beroende av den bekanta indelningen av lagöverträdelserna i brott av olika grad, vartill den svenska rätten saknar motsvarighet. Såsom det främsta kriteriet på "identity of offences" brukar framhållas att "the first information or indictment was such that the accused might have been convicted under it on proof of the same facts as those by which the second information was sought to be sustained".²⁰ En annan omständighet av betydelse är enligt *Abbott*, "whether there are distinct elements in one offense which are not included in the other, though both relate to one transaction", och en tredje "whether each separate statutory provision requires proof of additional facts which other does not".²¹ Till den närmare tillämpningen av dessa allmänna satser i några olika avvikelssituationer återkomma vi i det följande.

Slutligen förtjänar framhållas, att några regler, som motsvara de svenska bestämmelserna om resning till men för den tilltalade, såvitt kunnat utrönas, icke finnas i vare sig engelsk eller amerikansk rätt.²²

Bland iakttagelserna i den föregående översikten förtjänar särskilt understrykas, att några regler motsvarande de svenska reglerna om resning till men för den tilltalade icke finnas i vare sig fransk eller anglosachsisk rätt. I dessa länder kan en felaktigt frikännande eller till för lindrigt straff fällande dom överhuvud icke korrigeras annat än i den mån det kan ske genom nytt åtal. I Tyskland kan som nämnts "Wiederaufnahme" till men för tilltalad icke grundas på återopande av nya rättsfakta. Enligt de nämnda rättsordningarna blir sålunda frågan om res judicata i en avvikelssituation liktydig med spørsmålet, huruvida någon omprövning av ansvarsfrågan till men för den till-

conviction. Jfr *Abbott* s. 154 ("... the same rules of procedure apply to each") och *Freeman* s. 1364 ("An acquittal or a conviction, under an indictment for any offense, is a bar to any subsequent indictment substantially like the former, but its effect as res judicata in such a case is necessarily to a considerable extent lost sight of in the broader doctrine of former jeopardy."). Se även *Sieveking* s. 301.

²⁰ *Abbott* s. 169. Se även U.S.C.A Title 18 § 683 s. 176, *Wharton* s. 535, 558, *Kenny* s. 562 och *Freeman* s. 1370 ("... the most satisfactory test, and the one most easily applied, is to inquire whether evidence competent and sufficient to sustain conviction under the second indictment would have been equally competent and sufficient to support a conviction on the indictment under which the defendant has been acquitted"). En något annan uppfattning uttrycker *Bower*, s. 197, som finner det avgörande kriteriet vara "whether the accused, on the former prosecution, stood in peril of being convicted of the very crime or offence which is the subject of the present indictment or complaint, rather than whether the evidence sufficient to support the second charge would have been sufficient to warrant a legal conviction on the first". Jfr *Halsbury* IX s. 153.

²¹ *Abbott* s. 169 f.

²² Jfr *Hassler-Stjernstedt* s. 6.

talade överhuvud skall kunna åvägbringas. I svensk rätt och i länder med liknande resningsbestämmelser återstår däremot även vid antagande av res judicata en möjlighet till omprövning, nämligen genom resning i den mån förutsättningarna härför äro för handen. Detta förhållande torde böra särskilt hållas för ögonen vid jämförelser i det följande mellan rättskraftens omfång i utländsk och svensk rätt. Det innebär nämligen, att om rättskraften enligt svensk rätt i visst hänseende gives motsvarande omfång som i anglosachsisk, fransk eller tysk rätt, effektivitetssynpunkten hos oss likväl är bättre tillgodosedd än i nämnda rättsordningar, emedan möjligheten till omprövning i resningsväg kvarstår. Förhållandet kan också uttryckas så, att det enligt svensk rätt är möjligt att giva rättskraften ett vidsträcktare omfång utan att därigenom effektiviteten i straffrättsskipningen eftersättes i högre grad än i ifrågavarande utländska rättsordningar.

AVDELNING II

Olika slag av avvikelssituationer

Kap. 9

Disposition av framställningen

I det föregående ha diskuterats vissa allmänna riktlinjer för bedömande av frågor om gärningsidentitet. Såsom redan därvid förutskickats, är det emellertid tydligt, att hållbara resultat kunna vinnas först efter en grundlig undersökning av olika praktiska situationer. En dylik undersökning blir uppgiften i denna avdelning.

Framställningen kan därvid disponeras på åtskilliga olika sätt. En tänkbar möjlighet vore att anknyta dispositionen till den straffrättsliga konkurrensläran. Avvikelsesituationerna skulle då grupperas efter synpunkten, huruvida de brott, som avses i de båda åtalerna, äro reellt eller ideellt konkurrerande, eller om fråga endast är om lagkonkurrens eller annat alternativt rättsligt bedömande av fakta. Denna indelningsgrund har bl. a. den fördelen, att den åtminstone i någon mån ansluter sig till framställningar i utländsk litteratur och därigenom underlättar en jämförelse med utländsk rätt. Den har emellertid ur andra synpunkter befunnits mindre tillfredsställande, främst emedan den icke torde giva tillräcklig rättvisa åt betydelsefulla ändamålssynpunkter av processuell art och därigenom bl. a. i ganska stor utsträckning nödvändiggör upprepningar och hänvisningar.

En lämpligare metod har synts vara att i första hand planera framställningen efter förhållandet mellan det faktiska underlaget för domstolens prövning i de båda rättegångarna. Den straffrättsliga konkurrenslärans rättsfigurer och deras inverkan på resjudicatafrågornas bedömande torde visserligen icke böra helt lämnas ur sikte, men de ha synts utan större olägenhet kunna vinna beaktande inom ramen för den angivna primära indelningen.

Även med den huvudgrund för framställningens planering, som sålunda valts, äro åtskilliga olika sätt för dess genomförande tänkbara.

En lämplig utväg har befunnits vara att anknyta till de olika moment i brottsbegreppets uppbyggnad, för vilka översiktligt redogjorts ovan s. 87 ff. Man får därvid två huvudgrupper av faktiska avvikelser, nämligen dels sådana, som innebära en förändring av själva handlingsförloppets gestaltning eller bestå i tillkomsten av ytterligare handlingsmoment utöver de tidigare prövade (handlingsavvikelser), dels sådana som hänföra sig till fakta utanför handlingsförloppet. Till den senare gruppen höra främst avvikelser beträffande fakta ingående i den yttre situationen. Av praktiska skäl skola därmed sammanföras avvikelser, som hänföra sig till den faktiska kvalificeringen av fakta men icke innebära vare sig tillkomsten av nya handlingsmoment eller en förändring av den uppfattning om själva handlingsförloppet, som kommit till uttryck i det första åtalet.¹ En tredje grupp av avvikelser, som påkallar en särskild undersökning, utgöra de fall, där det faktiska underlaget för prövningen i de båda rättegångarna är praktiskt taget fullständigt identiskt, och där avvikelserna endast består i anläggandet av en icke tidigare prövad rättslig synpunkt på dessa fakta.

Det kunde synas naturligt att behandla de olika grupperna i den ovan angivna ordningen, eftersom handlingsavvikelserna måste anses vara de utan jämförelse praktiskt mest betydelsefulla. Emellertid torde detta grepp på uppgiften vara mindre lämpligt. En ändrad uppfattning om själva handlingsförloppet inriktar nämligen mycket ofta uppmärksamheten jämväl på andra fakta ingående i den yttre situation, under vilken förloppet utspelat sig, än dem som ursprungligen varit av betydelse. Likaså är det en vanlig företeelse, att en avvikelse med hänsyn till fakta — och särskilt då handlingsförloppet — får såsom konsekvens en ändrad rättslig subsumtion. Det sagda innebär, att fall, där en handlingsavvikelse föreligger, ofta förete drag från samtliga tre angivna grupper och sålunda innehålla ett större antal komplicerande faktorer än övriga grupper. Bedömandet av en dylik ”komplicerad avvikelse” blir uppenbarligen säkrare i samma mån som betydelsen av de olika faktorerna var för sig först gjorts till föremål för undersökning. Ett renodlande av de olika faktorerna är möjligt i så måtto att man först kan undersöka de fall, då avvikelserna endast hänför sig till den rättsliga värderingen av fakta och därefter till granskning upptaga avvikelser med hänsyn till fakta utanför handlingsförloppet. Först sedan sålunda betydelsen av dessa båda slag av avvikelser var för sig undersökts, synas handlingsavvikelserna lämpligen böra upptagas till behandling.

¹ Se ovan s. 90.

Det skall icke förnekas, att åtskilliga invändningar kunna riktas även mot den valda dispositionen. Särskilt må framhållas, att det, såsom den följande framställningen torde komma att utvisa, är ytterligt vanskligt att uppdraga en klar gräns mellan fall tillhörande de olika grupperna. Detta är emellertid en olägenhet som, såvitt kunnat utrönas, i större eller mindre grad är förbunden med varje disposition, som samtidigt ger någorlunda rättvisa åt de olika typsituationerna och de ändamålssynpunkter, som göra sig gällande i dessa. Det bör också understrykas, att indelningen är att betrakta som en arbetshypotes, uppställd i syfte att möjliggöra en överblick över materialet, och att avsikten icke är, att omedelbara praktiska slutsatser skola kunna dragas av en viss situations hänförande till den ena eller andra gruppen.

Kap. 10

Enbart rättsliga avvikelser

En avvikelse, som icke hänför sig till fakta utan endast till den rättsliga subsumtionen av fakta, som åberopats i tidigare rättegång, kan vara beskaffad på två olika sätt. Den kan innebära antingen att en rättslig kvalificering påstås skola träda *i stället* för den som varit aktuell i den tidigare processen, eller också att den åtalande parten gör gällande, att en rättslig synpunkt på förfarandet bör anläggas *vid sidan* av den som prövats i den tidigare rättegången. Fall av det förra slaget, som skola benämnas *alternativa* avvikelser, kännetecknas av att det nya åtalet utgår från en uppfattning om rättstillämpningen, som är positivt oförenlig med den, varpå det tidigare åtalet grundat sig. Fall av det senare slaget, för vilka valts beteckningen *kumulativa* avvikelser, innebära däremot, att ett och samma förfarande påstås kunna betraktas ur flera samtidigt tillämpliga rättsliga aspekter, framför allt såsom flera ideellt konkurrerande brott, av vilka något icke blivit föremål för prövning i den tidigare rättegången.

§ 1. Alternativa avvikelser

Problemet, huruvida rättskraften skall anknytas till den straffrättsliga rättsfiguren, så att varje alternativ avvikelse kan föranleda nytt åtal, eller om res judicata föreligger, då det faktiska underlaget för alternativa rättsliga synpunkter är identiskt, har flerstädes i *utländsk rätt* tilldragit sig stort intresse.

Den förstnämnda ståndpunkten kan räkna sina anor från den romerska quaestionsprocessen, där den synes ha sammanhängt med domstolarnas

begränsade kompetens.¹ Sin egentliga utgångspunkt har emellertid diskussionen under senare tid i en tolkning av art. 360 i den franska Code d'instruction criminelle, som i ett uppmärksammat avgörande år 1812 antogs av kassationsdomstolen. Stadgandet, som lyder: "Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait", gavs härigenom innebörden, att det endast var den åtalade gärningen, "sådan den kvalificerats", som omfattades av rättskraften.² Denna tolkning torde ha haft sin grund i det vid cours d'assises förekommande jurysystemet. Juryn äger nämligen icke pröva det åtalade förfarandet i hela dess vidd utan har endast att med ja eller nej besvara vissa av rättens ordförande framställda frågor.³ Någon motsvarande begränsning av prövningsrätten gäller icke vid tribunaux correctionels eller de simple police. Likväl synes i praxis sedermera rättskraften hos avgöranden av samtliga domstolar ha ansetts omfatta endast samma "fait juridique", däremot icke gärningen i och för sig, oberoende av dess rättsliga kvalificering.^{4 5} Inom doktrinen har emellertid denna ståndpunkt — enhälligt, utom såvitt gäller "acquittements" av cours d'assises — med skärpa kritiserats.⁶

Bortsett från nyss nämnda undantag i fransk rätt synes utländsk rätt numera över lag intaga ståndpunkten, att en enbart rättslig alternativ avvikelse icke kan föranleda prövning av nytt åtal.⁷

Svensk rättspraxis uppvisar ett par fall från tiden före RB:s ikraftträdande, som kunde synas tala för uppfattningen, att en avvikelse, som hänför sig enbart till den rättsliga subsumtionen av fakta, skulle kunna föranleda nytt åtal. I det ena av dessa fall, NJA 1916 s. 318,⁸ förelåg visserligen en ny faktisk omständighet, men anledningen till att res

¹ Se ovan s. 58 f. och där anförd litteratur.

² Se härom ovan s. 62 och där anförd litteratur.

³ Se Code d'instruction criminelle art. 337 ff. Jfr t. ex. *Garraud* IV s. 334 ff. Efter en lagändring av år 1941 har juryn förlorat sin tidigare självständiga ställning, och frågorna ställas numera av "le président" till "la cour" och juryn gemensamt. Jfr *Donnedieu de Vabres* s. 808 ff. och *Cuche* s. 393 ff.

⁴ Enligt vissa avgöranden fordras emellertid för prövning av nytt åtal tillika, "qu'un élément de fait nouveau soit introduit". Jfr *Donnedieu de Vabres* s. 884 ff., *Vidal* s. 795 ff., *Garraud* VI s. 231 ff., *Lacoste* s. 373 ff., *Hélie* I s. 655 ff. och *Cuche* s. 424 f. samt hos dessa författare anförda rättsfall.

⁵ Att märka är emellertid, att i fransk rätt även vissa avvikelser, som i själva verket tillika hänföra sig till fakta, exempelvis det subjektiva momentet, synas ha uppfattats såsom innebärande endast en "qualification nouvelle".

⁶ Jfr i not 4 anförd litteratur.

⁷ Se sålunda beträffande norsk rätt *Hagerup*, Straffeproses II s. 21, *Skeie* I s. 138 och *Eckhoff* s. 317, beträffande dansk rätt *Hurwitz* s. 814 och beträffande tysk rätt *Glaser* II s. 65, v. *Kries* s. 568 och 599, *Löwe* s. 508 f. samt hos dessa författare anförda rättsfall. Att anglosachsisk rätt intager samma ståndpunkt torde framgå redan av de allmänna kriterier för bedömande av "identity of offences", för vilka redogjorts ovan s. 157.

⁸ Se härom närmare nedan s. 177 f.

judicata icke ansågs för handen var enligt underrättens motivering, som icke ändrades av överinstanserna, att det nya åtalet icke innefattade samma yrkanden som det tidigare. Det andra fallet är det redan tidigare omnämnda rättsfallet NJA 1931 s. 466, som även i detta sammanhang påkallar en närmare granskning.⁹ En tulltjänsteman, Öhlin, som gått ombord på en motorbåt för att verkställa tullvisitation, hindrades från att fullfölja visitationen av motorbåtens ägare, E. B. Sjöblom, och en annan person, E. B. Söderman, vilka fattade tag i honom och kastade honom över bord ned i en vid sidan av motorbåten liggande jolle. Tullåklagare väckte åtal mot Sjöblom och Söderman vid tullmålsdomstol med yrkande om ansvar jämlikt 213 § tullstadgan jämförd med 22 och 24 §§ samma stadga för det de ”genom att våldföra sig å Öhlin hindrat honom från att fullgöra sitt uppdrag samt från motorbåten kastat honom ned i tullbåtens jolle”. I anledning av detta åtal dömdes Sjöblom och Söderman för att ha ”hindrat Öhlin från att fullgöra visitationen” till vardera 50 kronors böter, vilka sedermera erlades. Sedan utslaget vunnit laga kraft, åtalades Sjöblom och Söderman av allmän åklagare vid allmän domstol bl. a. för det de ”i avsikt att hindra Öhlin från att utföra visitationen kastat honom över båtens reling, därvid han fallit ned i jollen”.

Det handlingsförlopp, som beskrives i de båda åtalen, torde, såsom framgår av det anförda, kunna betraktas såsom fullständigt identiskt. I tullmålsdomstolens utslag åberopades visserligen endast, att Öhlin hindrats att fullgöra visitationen, men detta hindrande bestod just i att Öhlin kastats över bord ned i jollen. Man synes sålunda kunna påstå, att det nya åtalet baserade sig på exakt samma faktiska omständigheter som prövats i tullmålet, men att dessa fakta i det senare målet prövades ur en annan rättslig aspekt, nämligen såsom misshandel av tjänsteman i stället för såsom hindrande av visitation.¹⁰

I HR:n och HovR:n, där någon upplysning om det tidigare utslaget

⁹ Se angående rättsfallet ovan s. 148. Vissa av de i redogörelsen för rättsfallet lämnade uppgifterna framgå icke av referatet i NJA utan ha hämtats ur akten i målet.

¹⁰ En annan uppfattning har framförts av Agge, Processföremålet s. 36 not 2, enligt vilken en faktisk avvikelse skulle ha varit för handen så till vida som visserligen våldet låg inneslutet i den handling, som hindrat förrättningen, ”men en ytterligare fysisk effekt hade ju inträffat, nämligen misshandeln å tjänstemännen”. Detta är naturligen riktigt, såvitt gäller en abstrakt jämförelse mellan de åberopade bestämmelserna i tullstadgan och 10:5 SL. Ett straffbart hindrande av visitation kan ju ske utan misshandel. För straffbarhet jämlikt 10:5 SL krävdes sålunda ytterligare något utöver det minimum, som fordras för straffbart hindrande av tullvisitation. Men jämför man fakta i de båda målen, torde man som nämnts finna, att det var samma fakta som — betraktade ur olika synpunkter — innefattade på en gång hindrande av visitation och misshandel.

icke förelåg, dömdes de tilltalade jämlikt 10:5 SL till tre månaders fängelse. I samband med fullföljd till HD gjorde de tilltalade invändning om res judicata. Likväl fälldes Sjöblom och Söderman även av HD till samma straff för misshandeln, som underinstanserna utdömt. Såsom tidigare framhållits, tillämpade HD:s majoritet 4:9 SL och förordnade om avräkning från detta straff av vad de tilltalade kunde ha utstått av det jämlikt tullstadgan utdömda straffet.¹¹ Åberopandet av nämnda lagrum föranleder närmast till antagandet, att man ansett brottskonkurrens för handen. Agge¹² har emellertid med rätta påpekat, att brottskonkurrens otvivelaktigt icke förelåg, eftersom 232 § tullstadgan föreskriver, att till straff enligt denna författning icke — utom i visst fall, varom icke var fråga — får dömas, där förseelsen enligt allmän lag eller särskild författning är belagd med strängare straff. Straff ådömdes ju också av HD endast jämlikt SL, och det är, såsom i ett tidigare sammanhang anförts, sannolikt, att 4:9 SL tillämpats för att man därigenom skulle erhålla stöd av lag för avräkningen av det förut ådömda straffet. Om denna åsikt icke är riktig och tillämpningen av 4:9 SL berott på att HD ansett sig stå inför ett — låt vara egenartat — fall av brottskonkurrens, kan tydligen av rättsfallet överhuvud icke dragas några slutsatser beträffande de alternativa rättsliga subsumtionsavvikelserna. Är den ifrågavarande tolkningen däremot den riktiga, erbjuder rättsfallet onekligen ett visst stöd för uppfattningen, att en enbart rättslig alternativ avvikelse kan föranleda nytt åtal. I realiteten innebar ju HD:s avgörande undanröjande av ett tidigare utslag, varigenom de tilltalade fällts jämlikt ett för lindrigt straffstadgande i stället för att rätteligen avvísning av åtalet borde ha skett, och dess ersättande med ett annat utslag, varigenom en strängare straffbestämmelse tillämpades på samma fakta.

Intet av de båda anförda rättsfallen torde emellertid berättiga till några generella slutsatser angående vilken ståndpunkt praxis numera kan väntas intaga till här ifrågavarande spörsmål. Motiveringen till 1916 års rättsfall är sålunda uppenbarligen icke hållbar enligt RB, eftersom det icke kommer an på yrkandets utan på gärningens identitet. Såvitt gäller 1931 års rättsfall synes särskilt den egenartade konkurrenskonstruktionen mana till försiktighet i slutsatserna. I båda rättsfallen förelåg dessutom avsevärd meningsskiljaktighet. Beträffande praxis må slutligen nämnas, att i ett tidigare rättsfall, NJA 1913 s. 352,¹³ 17:32 ÅRB

¹¹ Se angående de olika ledamöterna av minoriteten ovan s. 148.

¹² Agge, a. st.

¹³ Se härom närmare nedan s. 210.

tillämpats vid åberopande av ett nytt rättsfaktum, som föranledde användning av ett annat och strängare lagrum än det ursprungligen tillämpade. Härav kan a fortiori slutas, att den rättsliga avvikelserna i och för sig icke ansetts tillräcklig för att möjliggöra nytt åtal.

För svensk doktrin skall i detta sammanhang icke närmare redogöras, eftersom de uttalanden, som belysa nu ifrågavarande spörsmål, i allmänhet taga sikte på mera komplicerade situationer och komma att utförligt redovisas i andra sammanhang. Det må här vara tillräckligt att fastslå, att veterligen icke någon svensk författare ifrågasatt en så snäv begränsning av rättskraftens omfång, att enbart rättsliga alternativa avvikelser skulle kunna möjliggöra nytt åtal.¹⁴

Den ståndpunkt, som doktrinen intagit och som motsvarar vad som i allmänhet ansetts gälla i utländsk rätt, synes ha mycket goda skäl för sig. Redan tidigare har framhållits, att en motsatt uppfattning enligt gällande rätt skulle förutsätta en tolkning av uttrycket gärning, som strider mot gärningsbegreppets användning i åtskilliga författningar.¹⁵ Vidare må erinras om att domstolen enligt 30:3 RB är befogad och även skyldig att oberoende av yrkande beträffande brottets rättsliga beteckning eller tillämpligt lagrum kvalificera det åtalade förfarandet på sätt den anser riktigt.¹⁶ Vilka lagrum som vid överläggning till dom prövats men förkastats lär oftast icke framgå av domen. Det måste därför många gånger vara praktiskt taget omöjligt att avgöra, om den rättsliga kvalificering, som åklagaren eller målsäganden i det nya åtalet gör gällande, verkligen innebär en för domstolen ny synvinkel, eller om den redan varit under prövning. I sistnämnda fall är det ju självklart, att nytt åtal icke kan prövas.

Den i 30:3 RB uttryckta regeln om domstolens obundenhet beträffande den rättsliga subsumtionen har emellertid åtskilliga undantag,

¹⁴ Ett uttalande beträffande tryckfrihetsprocessen synes här förtjäna omnämnande. I den svenska tryckfrihetsprocessen har juryns kompetens sedan gammalt omfattat endast bedömning av skriftens brottslighet enligt det av åklagaren eller målsäganden åberopade lagrummet. (Se numera 7 § i 1949 års lag med vissa bestämmelser angående rättegången i tryckfrihetsmål och SOU 1947:60 s. 296 f. Jfr beträffande äldre rätt motsvarande lagar 20 december 1946 och 9 april 1937 ävensom *Alexanderson* s. 133 f.). Likväl har *Alexanderson*, s. 226 f., gjort gällande, att "allt straffanspråk, grundadt å brottslighet, som konstitueras af den åtalade skriftens innehåll, och som föll under kändens åtalsrätt, är genom utslaget konsumeradt". — Det kan vara av intresse att jämföra *Alexandersons* uttalande med den franska praxis' ståndpunkt i jurymål. Uttalandet belyser särskilt, att rättskraften ansetts kunna sträcka sig längre än rättens befogenhet att i förhållande till åtalet utsträcka sin prövning.

¹⁵ Se härom ovan s. 93.

¹⁶ Samma regel gäller i tillämpliga delar i tvistemål, där också den rättsliga kvalificeringen av i käromålet åberopade grunder anses ur rättskraftssynpunkt irrelevant. Jfr *Olivecrona* s. 217 och *Ekelöf*, Civilprocessen s. 267 f.

som hänföra sig till begränsningar i den åtalande partens och rättens egen behörighet. Därest dessa begränsningar observeras, torde, såsom tidigare utretts,¹⁷ avgörandet böra givas formen av avvísning genom slutligt beslut, och 30:9 RB blir då icke tillämplig. Har rätten med över-skridande av sin behörighet ingått i saklig prövning av åtalet och av-gjort det genom dom, synes däremot res judicata böra antagas. I dessa fall — liksom vid övriga alternativa rättsliga avvikelser från prövningen i en tidigare dom — grundar sig ju det nya åtalet på uppfattningen, att domstolen genom felaktig rättstillämpning frikänt den tilltalade eller dömt honom jämlikt ett för lindrigt lagrum. Av 58:3 RB och förarbetena till lagrummet framgår emellertid, att resning till men för den tilltalade till skillnad från resning till hans förmån icke får beviljas på den grund, att den tidigare domen grundats på felaktig rättstillämpning.¹⁸ Den bakomliggande tanken är tydligen, att tilltalad, som kommit för lindrigt undan på grund av oriktig rättstillämpning skall få ”njuta sin befrielse tillgodo”. Det skulle föga rimma med denna intresseavvägning, om det vore möjligt att korrigera den felaktiga rättstillämpningen genom nytt åtal för samma fakta ur en annan rättslig synpunkt. Överhuvud lär det kunna påstås, att den tilltalades trygghet skulle i alltför ofullständig utsträckning tillgodoses, om det vore möjligt att erhålla prövning av nytt åtal på grund av en enbart rättslig alternativ avvikelse.

§ 2. Kumulativa avvikelser

De kumulativa rättsliga avvikelserna kännetecknas av att åklagare eller målsägande gör gällande, att en rättslig synpunkt på vissa fakta bör anläggas *vid sidan av* den synvinkel, under vilken samma fakta prövats i tidigare rättegång. Vi ha sålunda här att göra med sådana fall av idealkonkurrens, i vilka samtliga relevanta faktiska omständigheter redan från början åberopats av åklagaren, ehuru han icke yrkat ansvar för samtliga brott, som konstitueras av dessa fakta. Såsom exempel kan anföras, att en person åtalats för att olovligen ha överlätit ransonerad vara till visst angivet pris men att ansvar i den första rättegången påståtts allenast för ransoneringsbrott, ehuru priset för varan uppen-

¹⁷ Se ovan s. 124 ff.

¹⁸ Jfr PLB s. 576: ”Någon rätt att erhålla resning till den tilltalades nackdel på grund av uppenbart oriktig rättstillämpning har icke ansetts böra införas; för sådant fall synes allenast den ordinära fullföljden böra stå åklagaren eller målsäganden till buds.”

barligen överstigit fastställt normalpris. Frågan, om nytt åtal för brott mot prisregleringslagen i detta fall kan upptagas till prövning, är ett spørsmål, om en enbart rättslig kumulativ avvikelse kan föranleda nytt åtal.

Det är givet, att situationer av detta slag äro tämligen sällsynta. De resjudicatafall rörande idealkonkurrens, som komma under domstolarnas prövning, karakteriseras vanligen av att de omständigheter, som konstituera brottskonkurrensen, först senare blivit upplysta eller i varje fall icke uttryckligen ingått i det första åtalets gärningsbeskrivning. I litteraturen är det naturligen i första hand dessa praktiskt mera betydelsefulla situationer, som tilldragit sig uppmärksamheten. Icke minst i utländsk litteratur är det f. ö. vanligt, att samtliga fall av idealkonkurrens sammanföras till gemensam behandling ur resjudicatasynpunkt. En redogörelse för utländsk rätts ståndpunkt till nu ifrågavarande problem kan därför icke undgå att redovisa uttalanden, som jämväl taga sikte på andra idealkonkurrenssituationer än sådana som utgöra enbart rättsliga avvikelser och därför i viss mån sträcka sig utöver ramen för detta avsnitt. Oaktat denna systematiska onöjaktighet har det syntts önskvärt att i detta sammanhang i korthet redogöra för synpunkter i utländsk rätt på den ideella konkurrensens behandling i rättskraftshänseende, i den mån dessa synpunkter inbegripa även de enbart rättsliga avvikelserna.

I *norsk* litteratur ha åtskilliga olika meningar framförts. Enligt en uppfattning, som bl. a. företrädes av *Hagerup*¹⁹, är res judicata alltid för handen, om laga kraftvunnen dom föreligger över ett av flera ideellt konkurrerande brott, vilka, såvitt angår forum- och åtalsreglerna, kunnat beivras i ett sammanhang. *Skeie*²⁰ utgår i likhet med övriga här anförda norska författare från att rättskraften i princip sträcker sig lika långt som domstolens prövningsrätt i anledning av det tidigare åtalet. Vid idealkonkurrens anser han i motsats till *Hagerup* domstolen icke äga utsträcka sin prövning till annat brott än det av åklagaren påstådda, med mindre det innefattar en kränkning av samma intresse som detta. *Skeie* konstaterar också, att han i konsekvens härmed bort antaga, att det brott, som domstolen sålunda saknat kompetens att avdöma, sedermera kunde göras till föremål för separat åtal. Helt kan man emellertid enligt *Skeie* icke draga ut denna konsekvens, eftersom man icke får glömma, att "det er én kjensgjerning som binder disse rettsbrudd sammen, nemlig handlingen". Regeln bör därför vara res judicata, under

¹⁹ *Hagerup*, Straffepoces II s. 21 med not 16, jfr s. 115 och 120.

²⁰ *Skeie* I s. 137 f., jfr s. 103 ff.

föresättning, att åklagarmyndigheten "hadde adgang til" att åtala båda brotten samtidigt. *Skeies* uppfattning om domstolens prövningsrätt vid idealkonkurrens delas av *Eckhoff*.²¹ I motsats mot *Skeie* vill *Eckhoff* emellertid tillåta förnyat åtal, när de ideellt konkurrerande brotten "rammer krenkelser av forskjellige interesser", och han anser denna åsikt ha vunnit erkännande i praxis.²² Däremot bör res judicata föreligga, om "begge de ideelt konkurrerande forbrytelser er påtalt, og retten har adgang til å pådømme begge, men forsømmer dette". Dessamma anses vara fallet i de situationer, då bara ett brott är åtalat men rätten haft befogenhet att jämväl avdöma ett därmed ideellt konkurrerande brott (som alltså riktat sig mot samma intresse). Att res judicata föreligger i vissa, ehuru icke alla idealkonkurrenssituationer, där åtal för ett brott avgjorts genom laga kraftvunnen dom, antages även av *Salomonsen*,²³ som anser nytt åtal kunna följa, i den mån åklagarmyndigheten begränsat domstolens kompetens till något eller några av flera ideellt konkurrerande brott. Ett uttryckligt tillkännagivande av åklagarmyndigheten, att den åsyftar en dylik begränsning, uppställes emellertid av *Salomonsen* som "betingelse for, at domstolen paa denne maate kan bindes". Såvitt angår möjligheten till nytt åtal förutsätter *Salomonsen* vidare, att åklagarmyndigheten icke "villet binde sig i paatalerettens utøvelse og derigjennem frafaldt sin ret til nyt saksanlæg". Slutligen må nämnas en uppfattning, som framförts av *Scheel*,²⁴ enligt vilken laga kraftvunnen dom för ett brott aldrig hindrar åtal för en med det bedömda brottet ideellt konkurrerande förbrytelse.

I dansk doktrin ha de straffprocessuella resjudicataproblemen mest utförligt behandlats av *Hurwitz*. I likhet med de norska författarna ansluter sig *Hurwitz* i princip till uppfattningen, att rättskraften sträcker sig lika långt som domstolens prövningsrätt i det tidigare målet.²⁵ Då ett och samma handlingsförlopp hemfaller under flera konkurrerande straffbud, kan enligt *Hurwitz* domstolen i allmänhet tillämpa samtliga, även om ansvar yrkats endast i ett hänseende.²⁶ Härav torde följa, att enligt *Hurwitz*' mening res judicata är för handen, om samtliga relevanta fakta ingått redan i den ursprungliga gärningsbeskrivningen.²⁷

²¹ *Eckhoff* s. 313 ff.

²² Se härom hos *Eckhoff* s. 316 anförda rättsfall.

²³ *Salomonsen* I s. 424 ff., särskilt s. 434 f.

²⁴ *Scheel* s. 28 ff.

²⁵ *Hurwitz* s. 808, jfr s. 330 ff.

²⁶ *Hurwitz* s. 339 f.

²⁷ Ett undantag, som redan tidigare berörts, göres för det fall, att "det ideelt konkurrerande Forhold ikke har kunnet paadømmes under den gamle Sag paa Grund af manglende Paatalekompetence...". Se *Hurwitz* s. 813. Jfr ovan s. 134 not 24.

I *Tyskland* har RG konsekvent hävdad ståndpunkten, att *res judicata* föreligger i samtliga fall av idealkonkurrens, om dom över något av brotten vunnit laga kraft.²⁸ Såvitt angår här behandlade fall, där avvikelserna endast hänför sig till den rättsliga subsumtionen, synes även doktrinen enhälligt ha uttalat sig för antagande av *res judicata*.²⁹

Den *franska* rätten har icke ägnat problemet om idealkonkurrenssituationernas behandling i rättskraftshänseende någon större uppmärksamhet. Inom doktrinen kan spørgsmålet sägas ha skjutits i bakgrunden av den desto oftare debatterade frågan om tillåtligheten av nytt åtal vid en alternativ rättslig subsumtion. Där icke dessa båda företeelser helt sammanblandas, synes man regelmässigt utan närmare diskussion utgå från att de ur rättskraftssynpunkt böra behandlas på samma sätt. I litteraturen torde man i varje fall vara i stort sett ense om att förnyat åtal icke får upptagas till prövning, medan praxis uppvisar samma avvikande inställning som till problemet om de alternativa subsumtionsavvikelsernas betydelse.³⁰

Även beträffande nu ifrågavarande avvikelser kunna ett par *svenska* rättsfall synas tyda på att nytt åtal skulle kunna upptagas till prövning. Detta gäller först och främst det flerstädes tidigare behandlade rättsfallet NJA 1931 s. 466. Oavsett om HD här ansett något slag av brottskonkurrens föreligga eller icke, synes åberopandet i utslaget av 4:9 SL i viss mån antyda en möjlighet till prövning av ideellt konkurrerande brott, även om icke någon ytterligare faktisk omständighet tillkommit.³¹ Hit torde kunna hänföras även NJA 1920 s. 577, där samtliga faktiska omständigheter, som konstituerade ärekränkning av två kvinnor, innefattades i samma yttrande, som lagts till grund för åtal och fällande dom för det ena ärekränkingsbrottet.³² Utan hinder av att domen

²⁸ Se t. ex. hos *Löwe* s. 510 anförda rättsfall.

²⁹ Se t. ex. v. *Hippel*, *Strafrecht*, II s. 504 och s. 522 samt *Glaser* II s. 65 f. Undantag uppställas dock ofta för det fall, att den åtalande parten i den första rättegången icke haft kompetens att beivra förfarandet ur samtliga rättsliga synpunkter, eller eljest ett rättsligt hinder mot samtidigt avdömande av de konkurrerande brotten förelegat. Jfr ovan s. 134 not 24.

³⁰ Se t. ex. *Garraud* VI s. 230 not 14: "Quelles que soient les discussions, soulevées en doctrine et en jurisprudence, sur le concept du concours idéal, deux principes sont incontestés en ce qui concerne le point de vue de l'exception de chose jugée: ... 2° les mêmes règles sont applicables, d'une part au concours idéal et aux situations assimilées, d'autre part à l'alternative dans la qualification." — Se vidare ovan s. 165.

³¹ Såsom tidigare framhållits, är emellertid största försiktighet påkallad vid bedömning av detta avgörandes räckvidd. Bland de omständigheter, som göra, att fallet icke är rent, må här särskilt nämnas att de båda åtalen handlagts vid domstolar med olika saklig kompetens.

³² Det kunde möjligen ifrågasättas att hänföra detta rättsfall till handlingsavvikelserna med motivering, att bifall till det senare åtalet förutsatte ytterligare en faktisk

vunnit laga kraft prövades ett av den andra målsäganden väckt åtal för samma yttrande, betraktat som ärekränkning mot henne. Denna utgång får emellertid säkerligen främst tillskrivas åtalsreglerna, som förhindrade dom för båda brotten samtidigt på åtal av allenast den ena målsäganden.

Något rättsfall med motsatt utgång, där frågeställningen om en kumulativ rättslig avvikelsets relevans förelegat renodlad, finnes veterligen icke i svensk praxis.³³ I några hovrättsfall, för vilka skall redogöras i senare sammanhang,³⁴ har däremot res judicata antagits vid idealkonkurrens, trots att det nya åtalet jämväl grundade sig på i den tidigare gärningsbeskrivningen icke ingående faktiska omständigheter. Dessa avgöranden innebära a fortiori att en konkurrerande rättslig synpunkt i och för sig icke ansetts tillräcklig för att möjliggöra prövning av nytt åtal.

Sistnämnda ståndpunkt synes — om man bortser från betydelsen av kompetensbegränsningar på grund av reglerna om åtalsrätt och dom-

effekt, nämligen att jämväl den andra målsäganden faktiskt blivit kränkt av det mot dem båda riktade yttrandet. Något krav på en dylik effekt torde emellertid icke anses ingå bland ärekränkingsbrottens rekvisit. Se *Stjernberg*, Strafflagen kap. 16 s. 9: "För straffbarhet erfordras icke bevis om att vederbörandes medborgerliga anseende verkligen lidit skada eller att hans ärekänsla verkligen blivit sårad. Det är nog, att gärningen framstår såsom ägnad att nedsätta detta hans anseende eller kränka denna hans känsla." Jfr *Bergendal*, Lärobok s. 345.

³³ Detta kunde möjligen ifrågasättas vara innebörden av rättsfallet NJA 1911 s. 451. Jfr *Agge*, Processföremålet s. 36 not 2 och *Strahl*, Påföljder för brott s. 178 med not 2. J. Nilsson och M. Pettersson hade av Sveriges riksbanks avdelningskontor i Härnösand åtalats för att de i egenskap av styrelseledamöter i Fagerviks trävaruaktiebolag, som i oktober 1905 försatts i konkurs, i vissa angivna hänseenden gjort sig skyldiga till gäldenärsbrott. Åtalet ogillades genom utslag, som vann laga kraft. Under det målet mot Nilsson och Pettersson var anhängigt, väckte E. O. Jonsson m. fl. borgenärer i konkursen åtal mot bl. a. Nilsson och Pettersson på samma grunder, som riksbanken tidigare åberopat. HR:n upptog målet till prövning. I dess utslag, som gavs efter det utslaget i anledning av riksbankens talan vunnit laga kraft, fälldes Nilsson till ansvar, medan Pettersson frikändes. HovR:n och HD funno emellertid, att Jonssons och medparterers talan icke bort upptagas till prövning. — Vid en analys av detta rättsfall torde man finna, att något fall av brottskonkurrens överhuvud icke var för handen. Även om man uppfattar gäldenärsbrotten såsom förmögenhetsbrott och riktade mot konkursborgenärernas intresse av att erhålla betalning (jfr *Ekeberg-Strahl-Beckman* s. 295 ff. samt angående den tidigare diskussionen inom doktrinen *Brück* s. 8 ff.), synes den flerfaldiga förekomsten av det rekvisit, som innebär, att någon borgenär lidit skada, knappast i och för sig konstituera flerfaldig brottslighet. (Detsamma gäller naturligen i än högre grad, "om konkursförbrytelsens objekt anses vara själva konkursinstitutets helgd". Jfr *Agge*, a. st.) Antagandet av lika många brott som skadelidande borgenärer skulle otvivelaktigt leda till ganska irrationella resultat och synes i allmänhet icke heller ha ifrågasatts inom straffrättsdoktrinen. (Se t. ex. *Stjernberg*, Grundlinjer s. 295 och *Brück* s. 124 ff.) Någon annan omständighet, som skulle föranleda antagandet av idealkonkurrens synes svårigen kunna påvisas, helst som Jonsson och medparter uttryckligen förklarat, att de förde talan på samma grund som riksbanken.

³⁴ Se nedan s. 180 f.

stols behörighet — enhälligt omfattad inom den svenska doktrinen.³⁵

Till förmån för ståndpunkten, att nytt åtal skulle kunna upptagas vid samtliga avvikelser, som innebära idealkonkurrens, kunde man tänkas vilja åberopa bestämmelserna i 4:1 och 3 SL. 4:1 SL stipulerar ju gemensamt straff, om någon skall dömas för flera brott, vare sig dessa "begåtts genom samma handling eller genom skilda handlingar". 3 § i samma kapitel ger därefter närmare bestämmelser om utmätande av gemensamt straff, då samtidig lagföring icke äger rum. I avfattningen av sistnämnda lagrum finnes intet, som tyder på att det icke skulle vara tillämpligt beträffande idealkonkurrens. Detta förhållande torde emellertid icke berättiga till någon som helst slutsats i förevarande hänseende. Utformningen av stadgandet har ju sitt berättigande med hänsyn till den reella konkurrensen, och det torde ha saknats anledning att i lagtexten uttryckligen inrymma ett ställningstagande till den ideella konkurrensens behandling ur resjudicatasynpunkt. I varje fall kan av lagrummets avfattning icke dragas den slutsatsen, att nytt åtal skulle kunna prövas i alla fall av idealkonkurrens.³⁶

I själva verket synas skälen för antagande av res judicata vid åtminstone flertalet kumulativa rättsliga avvikelser vara mycket starka. I stort sett göra sig här samma synpunkter gällande som vid de alternativa subsumtionsavvikelserna. Sålunda förekommer, såsom tidigare framhållits, i ett flertal författningar uttryckssättet, att en "gärning innefattar flera brott".³⁷ En tolkning av gärningsbegreppet enligt 30:9 RB, enligt vilken varje kumulativ rättslig avvikelse kunde föranleda nytt åtal, skulle tydligen komma att strida mot denna terminologi. Vidare kan anföras, att domstolen, då de i gärningsbeskrivningen åberopade faktiska omständigheterna konstituerar flera brott, i allmänhet torde vara befogad och skyldig att tillämpa samtliga konkurrerande straffbud, även om ansvar endast yrkats i ett hänseende. Stadgandet i 30:3 RB, att rätten icke är bunden av yrkande beträffande "brottets rättsliga beteckning eller tillämpligt lagrum", kan visserligen föranleda någon tvekan härom, eftersom ordalagen otvivelaktigt föra tanken till ett alternativt bedömande av olika brottstyper, där man alltså har att

³⁵ Se *Hagströmer* I s. 771 ff., *Stjernberg*, Grundlinjer s. 316, *Agge*, Processföremålet s. 34 ff., *Olivecrona*, Straffprocessrätt (1943) s. 66 f. och *Bergendal*, Lärobok s. 98. Jfr SOU 1937:24 s. 41 not 1. Till en analys av doktrinen uttalanden få vi tillfälle att återkomma i det följande.

³⁶ Detta synes ej heller vara åsyftat i förarbetena till 1938 års konkurrenslagstiftning. Se SOU 1937:24 s. 41 not 1. Se beträffande motsvarande spörsmål enligt äldre rätt *Hagströmer* I s. 770 ff. och *Stjernberg*, Grundlinjer s. 316. Jfr dock angående finsk rätt *Grotenfelt* s. 190 f. och *Palme*, Det fortsatta brottet s. 135.

³⁷ Se ovan s. 93.

göra med ett enda brott. Eftersom vid idealkonkurrens enligt lagens terminologi i det övervägande flertalet fall föreligga flera brott,³⁸ förefalla idealkonkurrenssituationer icke gå in under lagrummet. En analogisk tolkning torde emellertid här vara påkallad. Om man väl anser åklagarens yrkande icke bindande, såvitt avser tillämpligt lagrum, synas några nämnvärda betänkligheter icke behöva möta mot att rätten ex officio tillämpar flera konkurrerande straffbud på åtalade fakta. Den ackusatoriska principen tillgodoses i båda fallen i lika mån genom att åklagarens åberopande av fakta sätter en gräns för rättens officialprövning. Det är visserligen av vikt för att utredningen skall bli tillförlitlig, att den tilltalade får kännedom om vilken eller vilka brottsbeskrivningar hans argumentering bör inriktas på. Men denna synpunkt gäller i lika hög grad, då rätten ifrågasätter tillämpning av ett lagrum i stället för det av åklagaren åberopade, som då fråga uppstår om att vid sidan därav tillämpa ett konkurrerande lagrum.

Är det sagda riktigt, följer därav, att det, liksom då åklagaren i nytt åtal gör gällande en alternativ rättslig synpunkt, många gånger ter sig vanskligt redan att avgöra, huruvida någon avvikelse verkligen föreligger i förhållande till vad som genom domen prövats. Att en rättslig synpunkt, som konkurrerar med den av åklagaren åberopade, i det första målet varit under övervägande men förkastats, torde visserligen vanligen med fördel kunna redovisas i domen, men man kan sannolikt icke utgå från att så blir fallet särdeles ofta.

Även om man i ett visst fall kan konstatera, att en konkurrerande rättslig synpunkt icke varit föremål för prövning, lär nytt åtal icke böra tillåtas för de fall, då domstolen varit behörig att i det första målet tillämpa samtliga straffbud. Dess underlåtenhet härvidlag blir då att betrakta som ett misstag i fråga om rättstillämpningen, för vars korrigerande endast den ordinära fullföljdsvägen ansetts böra stå till buds.³⁹

³⁸ Här må dock erinras om det fall, som tidigare avsågs i 4:1 mom. 2 SL, dvs. då en handling innefattar "brott, som i särskilda avseenden med olika straff belagt är". Jfr *Hagströmer* I s. 715 f.

³⁹ Se ovan s. 169.

Kap. 11

Avvikelser med hänsyn till fakta utanför handlingsförloppet

De avvikelser, som närmast skola behandlas, äro sådana avvikelser med hänsyn till rättsfakta, som icke beröra handlingsförloppet i trängre mening. Hit höra först och främst avvikelser med hänsyn till sådana fakta, vilka ingå i den yttre situation, som utgör handlingens bakgrund.¹ Med dessa avvikelser har det synts praktiskt lämpligt — även om systematiken ur logisk synpunkt kan föranleda vissa erinringar — att sammanföra avvikelser, som innebära en ändrad eller kompletterad faktisk kvalificering av handlingen utan att därför medföra vare sig en ändrad uppfattning om hur själva förloppet gestaltat sig eller tillfogandet av ytterligare handlingsmoment.

De ifrågavarande avvikelserna kunna på olika sätt inverka på det straffrättsliga bedömandet. I anslutning härtill kan man skilja mellan två olika grupper, allt efter som avvikelserna föranleder en alternativ eller kumulativ rättslig subsumtion.²

§ 1. Avvikelser medförande en alternativ rättslig subsumtion

Bland avvikelser av detta slag ha i *utländsk* doktrin särskilt uppmärksamats sådana som hänföra sig till egenskaper hos brottets

¹ Jfr Agge, Lärobok s. 130 f.

² Ett tänkbart, ehuru sannolikt tämligen opraktiskt fall är, att en avvikelse av nu ifrågavarande slag endast kan väntas föranleda en strängare straffmätning inom samma straffskala. Dylika fall synas kunna jämföras med fall tillhörande den förstnämnda gruppen.

objekt. En person har exempelvis dömts för stöld av ett imiterat smycke. Sedan domen vunnit laga kraft, visar sig, att smycket är äkta, varför den tilltalade med hänsyn till dess värde hade bort dömas för grov stöld. En dylik avvikelse kan enligt *Hurwitz* "naturligvis ikke begrunde, at ny Sag rejses om det samme Tyveri".³ Samma åsikt har bl. a. uttalats av *Skeie*, vilken som exempel på res judicata jämväl anför, att den skada A "har voldt på B's eiendom, har forringet denne med 6 000 kroners verdi (strl. § 292, 2 ledd), mens tiltalen og dommen anslo skaden til 2 000 kr. (§ 292, 1 ledd)".⁴

I *svensk* praxis har en avvikelssituation av det slag, som avses i förevarande avsnitt, förelegat i NJA 1916 s. 318. Försäljaren L. V. Glas åtalades av Cocos & Margarinaktiebolaget Svea för trolöshet mot huvudman, bestående i bl. a. underlåtenhet att enligt bestämmelse i kontrakt mellan bolaget och Glas redovisa vissa influtna penningbelopp. I samma rättegång framställdes yrkande om förpliktande för Glas att utgiva beloppen. Åtalet ogillades av RR:n, enär bolaget "icke i någon mån styrkt", att Glas gjort sig skyldig till trolöshet. Bolagets ersättningstalan blev däremot till viss del bifallen. RR:ns utslag fastställdes med någon jämkning av ersättningsbeloppet i HovR:n, vars utslag vann laga kraft. Sedan en del av den utdömda ersättningen avbetalats, verkställdes på ansökan av bolaget för den återstående delen utmätning hos Glas, vilken emellertid därvid befanns sakna utmättningsbara tillgångar. Med anledning härav väcktes nytt åtal mot Glas, denna gång med yrkande om ansvar för förskingring. RR:n upptog trots invändning om res judicata åtalet till prövning, enär det icke innefattade "samma yrkanden" som det tidigare åtalet. I denna del lämnades dess utslag av överinstanserna utan ändring, i HD dock med knapp majoritet.⁵

Utgången av detta rättsfall har tidigare kritiserats inom doktrinen⁶ och förefaller i hög grad diskutabel. Såsom framhållits av Glas under argumenteringen i målet och även åberopats av minoriteten i HD, var det ju samma förfarande från den tilltalades sida, som utgjorde grunden för båda åtalerna. Ur den tilltalades synpunkt måste hans intresse av att erhålla ett slutgiltigt avgörande av ansvarsfrågan härigenom te sig otillbörligt åsidosatt. Bolaget framhöll visserligen, att något yrkande om ansvar för förskingring omöjligen kunde ha framställts i den

³ *Hurwitz* s. 812.

⁴ *Skeie* I s. 136 f.

⁵ JR:n *Almén* och *Gustaf Carlson* fastställde HovR:ns frikännande utslag med motivering att det förfarande, som lagts Glas till last såsom förskingring, förut varit föremål för domstols prövning. Majoritetens utslag dikterades av tre ledamöter.

⁶ Se *Agge*, Processföremålet s. 26 not 1 och *Olivecrona*, Straffprocessrätt (1943) s. 66.

första rättegången, eftersom storleken av dess ersättningsanspråk då ännu icke blivit fastställt. I själva verket torde emellertid intet hinder ha mött mot att bolaget redan från början åtminstone alternativt yrkat ansvar å Glas för förskingring av det belopp, som bolaget samtidigt yrkade att utbekomma. Det är visserligen sant, att bevisning om insolvensen var lättare att förebringa, sedan man erhållit en exekutionstitel. Men möjlighet hade ju alltid funnits att först föra ersättningstalan och därefter i särskild rättegång yrka ansvar. I varje fall måste enligt nu gällande rätt frågan, huruvida bevisning kunnat förebringas eller icke, vara irrelevant för frågan om res judicata. Däremot kan omöjlighet att tidigare förebringa viss bevisning eller åtminstone giltig ursäkt härvidlag möjliggöra resning. Det är f. ö. ingalunda osannolikt, att utgången av rättsfallet blivit den motsatta, om 30:9 RB varit gällande. Enligt RR:ns av HD:s majoritet icke ändrade motivering upptogs åtalet, emedan det icke innefattade "samma yrkanden", som tidigare framställts. Härav kan ju icke dragas slutsatsen, att icke även majoriteten i HD ansett gärningen vara densamma.

Beträffande praxis må vidare i detta sammanhang nämnas rättsfallet NJA 1921 s. 620. En vid telegrafverket såsom ordinarie tjänsteman anställd person, K. A. Hjärpe, hade av RR dömts till straffarbete för stöld. Telegrafstyrelsen, som erhållit kännedom härom först sedan utslaget vunnit laga kraft, ansökte sedermera om återupptagande av målet jämlikt 17:32 ÄRB under åberopande av att den tilltalade med tillämpning av 25:20 SL⁷ bort dömas förlustig sin tjänst. Ansökningen avslogs emellertid av HovR:n, vars utslag motiverades med att sådana nya skäl och omständigheter, som förutsattes i 17:32 ÄRB, icke förebragts. Talan mot HovR:ns utslag fullföljdes till HD med instämmande av JK-ämbetet men föranledde ingen ändring. En av JK-ämbetet framställd anhållan, att, därest besvären icke skulle vinna bifall, tiden för överklagande av RR:ns utslag måtte åt allmän åklagare återställas, fann HD ej heller skäl att bifalla. HD:s standpunktstagande torde innebära, att dom på avsättning ej heller kunde erhållas genom nytt åtal, eftersom ingen antydan gavs om en sådan möjlighet.⁸ Är detta antagande riktigt, ger rättsfallet ett exempel på res judicata trots åberopande av en ny omständighet utanför handlingsförloppet (den tilltalades egenskap av tjänsteman), ehuru avvikelsen icke ifrågasattes med-

⁷ Enligt denna bestämmelse skulle tjänsteman, som dömdes till straffarbete, regelmässigt tillika dömas till avsättning. Bestämmelsen återfinnes numera i något modifierad form i 25:7 SL.

⁸ Jfr NJA 1917 s. 377, där i anledning av resningsansökan erinrades om möjligheten till återupptagande jämlikt 17:32 ÄRB.

föra en ändrad rättslig subsumtion utan endast ådömande av visst bistraff för samma brott.

Redan av vad ovan anförts i anslutning till 1916 års rättsfall torde ha framgått, att enligt vår uppfattning en avvikelse av nu förevarande slag icke bör anses tillräcklig för att upphäva gärningsidentiteten. En motsatt ståndpunkt synes innebära ett alltför ofullständigt tillgodo-seende av den tilltalades trygghetsintresse. Samtliga de synpunkter, som föranlett uppställande av de olika förut behandlade resnings-förutsättningarna i 58:3 RB, synas också peka på att omprövning av ansvarsfrågan bör kunna utverkas endast i den ordning och under de förutsättningar, som angivas i nämnda lagrum.⁹

§ 2. Avvikelser medförande en kumulativ rättslig subsumtion

De avvikelser, som skola behandlas i detta avsnitt, utgöra främst fall av idealkonkurrens, nämligen sådana där icke samtliga relevanta faktiska omständigheter ingått redan i den ursprungliga gärningsbeskrivningen men å andra sidan den eller de nya omständigheterna icke innebära vare sig en ändrad uppfattning om själva handlingsförloppets gestaltning eller tillfogandet av ytterligare handlingsmoment. De nya omständigheterna kunna sålunda sägas utgöra närmare bestämningar eller faktiska kvalifikationer av handlingsförloppet.

Beträffande den *utländska* rättens ståndpunkt kan i stort sett hänvisas till vad som anförts ovan i kapitel 10 under § 2. Denna framställning må dock här kompletteras med några uttalanden, som speciellt röra fall, då nya omständigheter återopas, vilka göra samma handlingsförlopp brottsligt jämväl i annat hänseende. Sålunda har *Hurwitz* uttalat, att det vore orimligt att antaga res judicata "hvis det ideelt konkurrerende Forhold slet ikke har foreligget oplyst under den gamle Sag".¹⁰ På samma linje går *Kohlrausch*, som formulerar sin ståndpunkt på följande sätt: "Der Satz ne bis in idem kommt in Fällen der Idealkonkurrenz nur dann zur Anwendung, wenn der Richter die Verhandlung und das Urteil auf das ideal konkurrierende Delikt hätte ausdehnen

⁹ Att närmare motivera detta påstående synes i detta sammanhang överflödigt. Vi få i det följande tillfälle att utveckla innebörden av denna argumentering.

¹⁰ *Hurwitz* s. 813 f.

müssen und können."¹¹ Som exempel anföres, att en person dömes för äktenskapsbrott, varvid det icke är känt, att den person, med vilken brottet förövades, tillika är en nära släkting till den dömde. Om släktskapen på detta sätt förblivit outredd i det första målet men sedermera klarlägges, bör enligt *Kohlrausch* nytt åtal för blodskaumbrott kunna följa.

I *svensk praxis* förelåg ett spörsmål av ifrågavarande slag i rättsfallet NJA 1894 s. 473. Handlanden J. Frisk i Glöte dömdes den 31 december 1890 genom sedermera laga kraftvunnet utslag till böter för olaga gård-farihandel. Den 1 december 1890 hade Frisk delgivits stämning för krutförsäljning utan tillstånd, åsyftande att en av de såsom gårdfarihandel åtalade försäljningarna avsett $\frac{1}{4}$ kg krut.¹² Sist nämnda åtal, som avgjordes i HR:n den 26 juni 1893, upptogs av samtliga instanser till prövning, ehuru det ogillades på materiella grunder. En reservant i vardera HovR:n och HD¹³ ansågo likväl, att res judicata förelåg.

Något avgörande, där HD antagit res judicata i fall av idealkonkurrens, finnes veterligen icke.¹⁴ Däremot har HovR i två fall av idealkonkurrens, SvJT 1920 rf. s. 22 och 1933 rf. s. 47, antagit res judicata, trots att nya omständigheter åberopats i de senare åtalen. I det senare rättsfallet hade en person på talan av allmän åklagare dömts jämlikt 18 § jaktstadgan 25 november 1927 för att ha deltagit i jakt efter årskalv av älg. Sedermera åtalades han av ägaren till den mark, på vilken jakten vid ifrågavarande tillfälle ägt rum, under påstående att han, som visserligen arrenderade marken, likväl icke ägt jakträtt därå, och att han vid nyssnämnda jakt fällt en älgko. Sistnämnda förhållande innebar ju tillfogande av ytterligare fysiska handlingsmoment, och avvikelser torde väl därför böra klassificeras som en handlingsavvikelse. A fortiori synes emellertid kunna antagas, att res judicata skulle ha befunnits för handen, om avvikelser endast hänfört sig till frågan, huruvida arrendeavtalet inrymde någon bestämmelse om jakträtt. Detta framgår f. ö. av HovR:ns motivering, enligt vilken målsäganden icke varit berättigad att mot den tilltalade "föra talan om ytterligare ansvar för samma jakt såsom även i annat avseende brottslig".

¹¹ *Kohlrausch* s. 63.

¹² Att en av försäljningarna avsett krut åberopades icke i den ursprungliga gärningsbeskrivningen men framgick däremot av ett vittnesmål redan under den första rättegången.

¹³ I HovR:n professor *Trygger* och i HD JR *Hammar skjöld*.

¹⁴ Däremot tyda naturligen de tidigare behandlade rättsfallen NJA 1920 s. 577 och 1931 s. 466 a fortiori på en möjlighet till nytt åtal, då avvikelser tillika hänföra sig till fakta. Såsom förut framhållits, torde emellertid de slutsatser, som kunna dragas av dessa rättsfall, vara ganska begränsade. Se ovan s. 166 ff. och 172 ff.

Mera tveksamt är till vilken grupp 1920 års rättsfall bör hänföras.¹⁵ Vari avvikelserna verkligen bestod framgår icke tydligt av referatet i SvJT och har heller icke kunnat klart utläsas av handlingarna i fallet. Med hänsyn till innehållet i den återopade författningen av den 16 februari 1917 torde emellertid kunna antagas, att avvikelserna bestod i att försäljningar av kaffe, som i den första rättegången prövats såsom innehållande prisocker, sedermera påstodas ha ägt rum utan att köparen avfordrats vederbörligt inköpsbevis. Sannolikt torde väl även en sådan avvikelse böra betraktas såsom en handlingsavvikelse. Liksom i 1933 års fall torde emellertid utgången av målet kunna anses stödja uppfattningen, att avvikelser, som endast hänföra sig till fakta utanför själva handlingsförloppet, icke kunna möjliggöra prövning av nytt åtal.

I svensk doktrin synes praktiskt taget enhälligt ha antagits, att res judicata föreligger vid avvikelser av nu ifrågakommande slag. *Hagströmer* framhåller såsom "communis opinio", att "hvad som tillsammans enligt straffrätten bildar ett enda brott (en brottsindivid) ej kan styckas ut på flere domar", varav anses följa, att vid sådan idealkonkurrens, som avsågs i 4:1 st. 2 SL i dess lydelse före den 1 januari 1939, res judicata är för handen, så snart dom fallit över den brottsliga handlingen.¹⁶ Och vidare gäller enligt *Hagströmer*, att när "det är fråga om effekter, som enligt lagens sätt att se saken äro gifna i och med vissa egenskaper hos själfva handlingen eller hos ett och samma därigenom framkallade faktum", måste "med dom öfver det ena brottet hela det brottsliga förhållandet anses såsom afdömdt".¹⁷ *Agge* anser, "att den fällda domens rättskraft hindrar en ny rättegång och tillämpningen av 4:9 SL, om det avdömda och nyupptäckta brottet konkurrera så, att det föreligger ett enda handlingsförlopp och en enda faktisk effekt men genom det gjorda en kränkning skett mot flera straffbud eller i flerfaldig måtto mot samma straffbud".¹⁸ Enligt *Stjernberg* bör res judicata först och främst antagas vid partiell ideell konkurrens, men han anser att man även får gå ett steg längre "och liksom praxis anse res judicata vara för

¹⁵ Se angående rättsfallet ovan s. 119 f.

¹⁶ *Hagströmer* I s. 771 f.

¹⁷ *Hagströmer* I s. 773. Jfr *Thyrén* s. 371 f.

¹⁸ *Agge*, Processföremålet s. 35. — En motsvarande åsikt torde kunna utläsas ur följande uttalande i det av *Bergendal* och *Regner* författade betänkande, varpå 1938 års lagstiftning om sammanträffande av brott grundade sig: "Beträffande idealkonkurrens märkes, att den tidigare domens rättskraft kan utgöra hinder för att överhuvud beakta en förut okänd rättslig kvalifikation av det förut prövade förloppet; t. ex. kan någon som dömts för våldtäkt ej genom ny dom få straffet höjt därför att den våldtagna var en anförvant som avses i 18 kap:s blodskamsbestämmelser." Se SOU 1937:24 s. 41 not 1. Jfr *Bergendal*, Lärabok s. 98 och *Strahl*, Påföljder för brott s. 178.

handen, även om det ej är fråga om partiell utan om fullständig ideell konkurrens men av det slag att det föreligger blott ett enda yttre i och för sig indifferent faktum, som ur olika synpunkter är kriminaliserat, t. ex. olovligt jagande på förbjuden mark och samtidigt på förbjuden tid".^{19 20}

Den ståndpunkt, som sålunda kan sägas vara allmänt omfattad i svensk doktrin, synes även ha kommit till uttryck i förarbetena till RB. Enligt motiven till 45:5 RB kan sålunda åklagaren "anföra nya omständigheter, som göra det i stämningen angivna händelseförloppet brottsligt även i annat hänseende än han i stämningen uppgivit, likasom han äger åberopa annat lagrum".²¹ Eftersom ordet gärning av lagredaktörerna ansetts böra tolkas på samma sätt i 45:5 och 30:9 RB,²² framgår härav, att rättskraften ansetts omfatta även en dylik omständighet.

Såvitt gäller fall, då omständigheten i fråga kunnat åberopas i den tidigare rättegången och underlåtenheten härvidlag kan läggas den åtalande parten till last såsom försummelse, synes någon tvekan om det berättigade i denna ståndpunkt knappast kunna råda. Hur ställer det sig däremot, om den ifrågavarande omständigheten icke förelegat uppläst och heller icke rimligen kunnat upptäckas, förrän domen vunnit laga kraft? Såsom tidigare anförts, har ju bl. a. av *Hurwitz* och *Kohlrausch* förfäktats, att det icke vore rimligt att antaga res judicata i en sådan situation. Att denna uppfattning åtminstone enligt svensk rätt skulle förtjäna bifall måste emellertid bestridas. Det är icke mera orimligt, att res judicata föreligger, trots att ett rättsfaktum, som skulle ha inverkat på utgången av processen, icke kunnat åberopas tidigare, än

¹⁹ *Stjernberg*, Grundlinjer s. 316. Beträffande praxis hänvisas till det ovan refererade rättsfallet NJA 1894 s. 473, som emellertid hos *Stjernberg* felaktigt påstås ha inneburit antagande av res judicata. Fakta i fallet äro dessutom oriktigt refererade, varför framställningen hos *Stjernberg* på denna punkt sannolikt beror på något misstag vid kompendiets redigering. Här må nämnas, att utgången av det ifrågavarande rättsfallet kritiserats av såväl *Hagströmer*, I s. 773 med not 1, som *Agge*, Processföremålet s. 36 not 2. Av det sagda framgår, att *Stjernberg* i princip torde dela nämnda författares åsikt.

²⁰ Möjligen ligger en mera restriktiv uppfattning om rättskraftens omfång bakom ett uttalande av *Olvecrona*, Straffprocessrätt (1943) s. 66 f., enligt vilket "en konsekvens av principen" (om domens rättskraft) "blir, att man vid ideell konkurrens inte får komma med ytterligare yrkanden, om man glömt att åberopa ett av de ideellt konkurrerande lagrummen". Av detta knapphändiga uttalande i ett kompendium, som f. ö. saknar motsvarighet i 1948 års straffprocesskompendium, synes man dock icke vara befogad att utläsa, att nytt åtal ansetts kunna prövas, om underlåtenheten att åtala det konkurrerande brottet icke berott på glömska utan på att vissa faktiska omständigheter icke förelegat upplästa i den tidigare rättegången.

²¹ PLB s. 472.

²² Se ovan s. 107 f.

att res judicata föreligger, trots att för målets utgång avgörande bevisning, som sedermera yppat sig, omöjligen kunnat förebringas i den tidigare rättegången. I båda dessa fall synes möjlighet till resning utgöra det naturliga korrektivet mot ett alltför långt drivet eftersättande av effektivitetssynpunkten.

Man kan emellertid med hänsyn till redigeringen av 58:3 RB hysa tvivel, huruvida lagrummet överhuvud är tillämpligt vid idealkonkurrens. Resning skall enligt andra punkten i detta lagrum beviljas vid brott av viss svårhetsgrad, om "omständighet eller bevis, som ej tidigare förebragts, åberopas och dess förebringande sannolikt skulle hava lett till att den tilltalade dömts för brottet eller detta hänförts under väsentligt strängare straffbestämmelse än den som tillämpats". Uttryckssättet tyder på att lagredaktörerna avsett endast två fall, nämligen antingen att den tilltalade i den första rättegången helt frikänts eller att han dömts enligt ett väsentligt lindrigare lagrum än det, som bort tillämpas. Efter ordalagen synes det fall, att den tilltalade i den första rättegången dömts för endast ett av flera ideellt konkurrerande brott, icke gå in under paragrafen. I förarbetena till lagrummet finnes emellertid intet som tyder på en avsiktlig uteslutning av idealkonkurrensfall, och man synes med tämligen stor sannolikhet kunna utgå från att vid utformningen av resningsbestämmelserna särskild uppmärksamhet icke ägnats åt idealkonkurrensens problem. Frågan blir då, om en analogisk tolkning av 58:3 RB i idealkonkurrenssituationer är berättigad.

Såvitt gäller förutsättningen, att för resning fordras giltig ursäkt för underlåtenheten att tidigare åberopa omständigheten i fråga, torde redan av det anförda framgå, att frågan bör besvaras jakande. Det är ju icke möjligt att anse frågan om gärningsidentitet beroende på om åklagaren eller målsäganden med tillbörlig uppmärksamhet skulle ha kunnat åberopa omständigheten i den tidigare rättegången eller icke. Anser man resningsbestämmelsen icke tillämplig, måste man sålunda upptaga nytt åtal till prövning även i fall, då det beror på rent slarv av den åtalande parten att icke det första åtalet avsett samtliga ideellt konkurrerande brott. En dylik ståndpunkt torde emellertid icke vara förenlig med den synpunkt, som föranlett den ifrågavarande resningsförutsättningen.

Även i vad avser kravet på sannolika skäl torde en analogisk tillämpning av 58:3 RB vara befogad. Eftersom i här aktuella avvikelssituationer hela det yttre handlingsförloppet är identiskt, kan man väl tänka sig fall, där det första åtalet ogillats på en grund, som jämväl utesluter bifall till talan för det konkurrerande brottet. I sådana fall synes man

icke böra tillåta nytt åtal, då en bifallande dom däröver kommer i strid mot det tidigare avgörandet. För omprövning bör i stället krävas konstaterande i resningsväg av sannolika skäl för att den grund, som föranledde det första åtalets ogillande, icke är hållbar. Såsom tidigare framhållits, kunna visserligen motstridande domar undvikas genom antagande av en regel om positiv rättskraftsfunktion, men en dylik reglering synes i varje fall icke vara åsyftad av lagredaktörerna.²³ I åtskilliga fall, då den tidigare domen var frikännande, liksom praktiskt taget alltid, om den var fällande, vilket senare lär vara det vanliga, då åklagare eller målsägande vill i efterhand beivra ett ideellt konkurrerande brott, gör sig visserligen kravet på sannolika skäl icke gällande med samma styrka. Men det lär svårigen kunna påstås, att effektivitetssynpunkten skulle eftersättas genom ett krav på sannolika skäl.

Även såvitt angår straffmåtssynpunkten synas skäl föreligga för en analogisk tillämpning av 58:3 RB. Om man utgår från att ideellt konkurrerande brott om möjligt böra beivras i ett sammanhang icke blott av processekonomiska skäl utan även av hänsyn till den tilltalade, synes man även här i överensstämmelse med den intresseavvägning, som kommit till uttryck i 58:3 RB, kunna låta den tilltalade slippa undan, därest den straffkvantitet han kan komma att undgå, därest domen blir bestående, icke är betydande. Är detta riktigt, torde 58:3 RB böra tillämpas så, att resning kan beviljas, därest den första domen var frikännande, om å det ideellt konkurrerande brottet kan följa straffarbete^{23a} och, därest den tidigare domen var fällande, den konkurrenslatitud, inom vilken det gemensamma straffet för båda brotten skall utmätas, dessutom är väsentligt strängare än straffskalan för det först bedömda brottet.

Sammanfattningsvis kan sålunda sägas, att res judicata i allmänhet²⁴ torde böra anses föreligga vid nu ifrågakvarande avvikelser och att beivrande av det ideellt konkurrerande brottet endast kan ske genom resning, om förutsättningarna i 58:3 RB äro för handen.²⁵

²³ Se härom ovan s. 31 ff. och 143 f.

^{23a} Avser resningsansökan båda brotten, torde dock få anses tillräckligt, att något av dem kan förskylla straffarbete.

²⁴ Även vid avvikelser av det slag, som här behandlas, torde man dock böra göra undantag från huvudregeln för fall, då på grund av reglerna om åtalsrätt och domstols behörighet de konkurrerande brotten icke kunna beivras i samma rättegång.

²⁵ Åsikten att resningsbestämmelserna äro analogiskt tillämpliga synes även vinna stöd av följande uttalande av *Hagströmer*, I s. 773, enligt äldre rätt angående tillämpningen av 17:32 ÅRB: "Visserligen är det, som sedan framdrages, i straffrättsligt afseende ett nytt brott, men processuellt lär det icke gälla såsom mer än 'nya omständigheter' (17:32 R.B.) vid det redan af dömda brottet."

Kap. 12

Handlingsavvikelser

Avvikelser vid en enstaka handling

Handlingsavvikelserna kunna lämpligen indelas i två huvudgrupper. Såsom en första huvudgrupp skola behandlas fall, där fråga endast är om *en* handling enligt den i detta arbete använda terminologien. I anslutning till den utredning angående handlingsbegreppet, som tidigare företagits,¹ avses därmed dels fall, då nya handlingsmoment åberopas vid sidan av tidigare prövade och dessa moment tillsammans motsvara rekvisiten i det lagrum, vars tillämpning ifrågasättes, och dels fall, då de båda gärningsbeskrivningarna äro i faktiskt hänseende oförenliga, dvs. då endast ett av de båda föreställda förloppen kan ha utspelats i verkligheten. Till en andra huvudgrupp skola sammanföras fall, då de nya momenten i och för sig uppfylla rekvisiten i den ifrågasatta brottsbeskrivningen och dessutom icke äro i faktiskt hänseende oförenliga med den ursprungliga gärningsbeskrivningen. De båda huvudgrupperna komma att betecknas avvikelser vid en enstaka handling resp. avvikelser vid flera handlingar.

Bland de till den första huvudgruppen hörande avvikelserna har synts lämpligt att skilja mellan avvikelser, som hänföra sig till det subjektiva momentet, till den yttre handlingen eller till effekten. Avvikelserna med hänsyn till den yttre handlingen ha vidare uppdelats i två underavdelningar, allt efter som avvikelserna i faktiskt hänseende är alternativ, dvs. de båda gärningsbeskrivningarna äro i faktiskt hänseende oförenliga, eller kumulativ, dvs. nya moment, som icke positivt strida mot den tidigare gärningsbeskrivningen, åberopas såsom

¹ Se ovan s. 94 ff.

tillägg till tidigare prövade fakta och påstås tillsammans med dessa motsvara rekvisiten i en brottsbeskrivning.

Avvikelser tillhörande den senare huvudgruppen skola indelas i två underavdelningar, allt efter som en annan brottsbeskrivning än den tidigare prövade ifrågasättes tillämplad eller det är samma brottsbeskrivning, som påstås tillämplig i båda rättegångarna. Det är i dessa situationer främst fall av lagkonkurrens, i den första gruppen heterogen lagkonkurrens och i den andra gruppen homogen lagkonkurrens, som tilldraga sig uppmärksamheten.

Härmed har i stora drag redogjorts för den plan, som framställningen av handlingsavvikelseerna kommer att följa. Det bör emellertid även här förutsäckas, att den skisserade dispositionen utgör en ganska schematisk indelning. Gränsen mellan situationer av de olika typerna är ingalunda skarp, stundom t. o. m. ytterligt flytande. Vad särskilt beträffar avvikelser vid en handling gäller, att en avvikelse många gånger icke kan isoleras till ett enda av de olika handlingsmoment, som upptagas till behandling var för sig. Dylika fall skola undersökas i anslutning till det moment, till vilket avvikelstens tyngdpunkt synes hänföra sig. Ett konsekvent genomförande av den valda dispositionen möter sålunda avsevärda svårigheter. Dylika torde emellertid knappast vara möjliga att undgå med någon indelning, som samtidigt ger rättvisa åt de skiftande ändamålssynpunkterna i olika typsituationer. Den omständigheten, att ändamålssynpunkter av delvis olika slag och delvis olika styrka göra sig gällande i de olika typfallen, har sålunda ansetts väga tyngre än de ovan anförda svårigheterna att särskilla gränsfall och blandformer.

§ 1. Det subjektiva momentet

En och samma yttre handling, eventuellt i förening med en effekt, kan ofta bli föremål för olikartad straffrättslig värdering allt efter beskaffenheten av det däremot svarande subjektiva momentet, dvs. den psykiska akt hos gärningsmannen, som utlöst den yttre handlingen. På grund härav kunna frågor om res judicata aktualiseras i anslutning till en förändrad uppfattning om det subjektiva momentets beskaffenhet.

Det synes lämpligt att först i korthet redovisa den *utländska rättens* ställning till dessa problem.

I ett *danskt* rättsfall, refererat i U 1936 s. 840, hade en person genom dom av underrätt den 28 mars 1934 fällts till ansvar för vållande till eldskada. Sedermera erkände den tilltalade, att han uppsåtligen anlagt elden. I anledning härav blev domen efter "Anke" (synbarligen extraordinär "Anke" jämlikt 963 § jfrd med 949 § 2 st. Rpl.) upphävd av Østre Landsret den 19 maj 1936, och den tilltalade dömdes därefter för mordbrand. Rättsfallets innebörd är otvivelaktigt, att identitet ansågs föreligga trots avvikelserna med hänsyn till det subjektiva momentet, eftersom eljest anledning saknats att anlita den extraordinära rättsmedelsvägen. Detta resultat överensstämmer med ståndpunkten inom dansk doktrin, representerad av *Hurwitz*, som uttalar följande: "Afvigelses med Hensyn til *Tilregnelsen* ophæver ikke Identiteten. Eksempel: Mod den, der er frifundet for forsætligt Drab, kan der ikke i Anledning af samme Begivenhed rejses Sag for uagtsomt Drab. Og omvendt: Mod den, der er frifundet eller dømt for uagtsomt Drab, kan der ikke i Anledning af samme Begivenhed rejses Sag for forsætligt Drab."¹

Samma åsikt företrädes i *norsk* litteratur av ett flertal författare.²

I *tysk* praxis har res judicata antagits vid avvikelser med hänsyn till det subjektiva momentet både då den tilltalade i den första rättegången dömts för vållande och då han frikänts från åtal för uppsåtligt brott.³ Till denna ståndpunkt synes även doktrinen enhälligt ha anslutit sig.⁴

I *engelsk* rätt synes allmänt ha antagits, att frikännande från åtal för "murder" förhindrar åtal för "manslaughter" "in respect of the same transaction", liksom även frikännande eller fällande för "manslaughter" bildar res judicata i förhållande till nytt åtal för "murder", såvitt gäller samma "transaction".⁵

Den *franska* rätten behandlar avvikelser med hänsyn till det subjektiva momentet i förhållande till ett visst yttre förlopp såsom enbart rättsliga subsumtionsavvikelser. Man möter sålunda här samma motsättning, för vilken tidigare redogjorts,⁶ mellan å ena sidan en i det närmaste enhällig doktrin och å andra sidan praxis. Enligt den förstnämnda riktningen förmår en avvikelse med hänsyn till det subjektiva

¹ *Hurwitz* s. 811

² Se *Hagerup*, Straffeproses II s. 22 f., *Eckhoff* s. 305 och *Salomonsen* I s. 427.

³ Se sålunda RGSt 2 s. 347 och 3 s. 132.

⁴ Se t. ex. *Löwe* s. 509, *Glaser*, Grünhut 1885 s. 312, v. *Kries* s. 599, *Max Berner* s. 72 f., *Heffter* s. 20, *Borgmann* s. 52 f. och *Birkmeyer* s. 684.

⁵ Se *Halsbury* IX s. 153 och *Bower* s. 197 f. samt hos dessa författare anförda rättsfall. Se även *Harris-Wilshire* s. 454 och *Kenny* s. 562. Jfr beträffande amerikansk rätt *Abbott* s. 177 ff. och där anförda rättsfall.

⁶ Se ovan s. 165.

momentet icke möjliggöra prövning av nytt åtal, medan så är fallet enligt den senare.⁷

Om vi därefter övergå till den *svenska* rätten, kan först och främst konstateras, att PLB i motiven till 30:3 och 30:9 RB uttryckt åsikten, att en avvikelse med hänsyn till "de subjektiva moment, vilka ingå i gärningen", kan upphäva gärningsidentiteten. I vad avser det förstnämnda lagrummet uttalas sålunda, att rätten icke kan "döma den tilltalade för mord eller dråp, om ansvar yrkats blott för vållande till annans död, eller för mordbrand, då ansvarsyrkandet avser endast uppsåtligt vållande till eldskada".⁸ Såvitt angår rättskraften framhålles, att om t. ex. "i ett mål prövats yrkande om ansvar för vållande till annans död, utgör denna prövning icke hinder för att i ett senare mål pröva ett yrkande om ansvar för mord, oaktat yrkandet delvis grundats på en handling, som redan i förra målet bedömts".⁹ Motsvarande ståndpunkt har inom doktrinen tidigare intagits av *Agge*, som hävdar, att vid processföremålets individualisering avseende måste fästas vid "huvud dragen av handlingens psykiska sida",¹⁰ och senare beträffande tolkningen av 30:9 RB av *Dillén*,¹¹ *Olivecrona*¹² och *Strahl*.^{12a}

Såväl PLB:s som de nämnda författarnas uttalanden synas väsentligen grunda sig på ett rättsfall av tämligen avsevärd ålder, refererat i NJA 1891 s. 213, vilket torde påkalla en närmare granskning. Omständigheterna i fallet voro följande. C. F. Wykman hade genom laga kraftvunnet utslag dömts att böta 50 kronor för att genom oförsiktighet ha varit vållande till den hos honom anställda pigan Stina Flinks död och hade jämväl erlagt böterna.¹³ Dödsfallet antogs ha vållats på följande sätt. Wykman och Stina Flink hade begivit sig ut i en båt med ett antal får, vilka skulle fraktas från fastlandet till bete på några holmar. Fären, som icke varit bundna, hade under färden utfört "häftigare rörelser" med påföljd att båten kantrat och Stina Flink, som icke varit simkunnig, fallit i vattnet och drunknat. Omkring 26 år senare

⁷ Jfr *Lacoste* s. 373 ff., *Garraud* VI s. 231 ff., *Donnedieu de Vabres* s. 884 ff., *Vidal* s. 795 ff., *Cuche* s. 424 f. och *Hélie* I s. 655 ff. samt hos dessa författare anförda rättsfall.

⁸ PLB s. 340.

⁹ PLB s. 342 f.

¹⁰ Se *Agge*, Processföremålet s. 28 ff.

¹¹ *Dillén* s. 345 f.

¹² *Olivecrona*, Straffprocessen (1948) s. 83: "Man har att taga hänsyn till icke blott det objektiva rekvisitet utan även till det subjektiva: bägge delarna måste i huvudsak vara överensstämmande för att avvisning skall ske."

^{12a} *Strahl*, Påföljder för brott s. 178.

¹³ Sistnämnda omständighet var av betydelse så till vida som återupptagande jämlikt 17:32 ÅRB ej kunde äga rum, då verkställighet följt.

erkände emellertid Wykman i samband med utredning angående ett flertal andra grova brott, som lades honom till last, att han avsiktligt bragt Stina Flink om livet. Detta hade tillgått så, att Wykman, sedan båten med fåren kommit ut på djupt vatten, ställt sig på båtkanten så att båten kantrat. Därefter hade han fattat tag i klänningslivet på Stina Flink och skjutit henne med huvudet före in under båten, där han kvarhållit henne under vattnet, till dess livet flytt. Wykman åtalades på nytt, denna gång för mord, och dömdes till döden. En ledamot av HD ansåg emellertid, att åtalet på grund av res judicata icke hade bort upptagas till prövning.

Såsom nyss nämnts, synas såväl PLB som flera författare ha tagit det refererade rättsfallet till intäkt för uppfattningen, att svensk praxis tillåter förnyat åtal vid åtminstone mera betydande avvikelser med hänsyn till det subjektiva momentet. Även bortsett från det vanskliga i att draga generella slutsatser av ett enda rättsfall av så gammalt datum, måste emellertid framhållas, att åtskilliga omständigheter äro ägnade att framkalla tvivel angående riktigheten av denna slutsats. Till en början kan konstateras, att rättsfallet redan så till vida icke är "rent", som det nya åtalet byggde icke blott på en förändrad uppfattning om Wykmans viljeriktning i förhållande till Stina Flinks död, utan även på en i väsentlig mån omgestaltad uppfattning om det sätt, på vilket denna effekt framkallats. Det är emellertid knappast troligt att detta förhållande haft avgörande betydelse. Sannolikt hade utgången blivit densamma, om det senare åtalet grundat sig på att Wykman endast gjort en välgrundad beräkning, att fåren skulle komma båten att kantra, varvid den icke simkunniga kvinnan skulle omkomma.

Viktigare att observera torde vara möjligheten, att HD ansett nytt åtal vara den enda framkomliga vägen att åvägabrunga en omprövning av ansvarsfrågan, som säkerligen ansågs påkallad för att tillfredsställa det allmänna rättsmedvetandets krav på att icke en mördare skulle slippa undan med 50 kronors böter. Återupptagande jämlikt 17:32 ÅRB var ju uteslutet, eftersom bötesstraffet hade gått i verkställighet. Vid tiden för målets avgörande i HD synes även den meningen ha varit allmänt rådande, att möjligheten att bevilja återbrytande av dom var anknuten till samma förutsättningar som återupptagande jämlikt 17:32 ÅRB och förty också denna väg i den föreliggande situationen stängd.¹⁴ Huruvida de ledamöter av HD, som deltog i rättsfallets avgörande, omfattat denna åsikt, är visserligen tvivelaktigt men ingalunda uteslutet. Därest

¹⁴ Se härom ovan s. 68.

så varit fallet, ligger det nära till hands att antaga, att hänsyn till önskvärdheten att icke låta en person undslippa straff för ett så grovt brott som mord spelat en avgörande roll vid bedömandet av resjudicatafrågan.¹⁵ Är denna hypotes riktig, innebär det, att spørsmålet genom de nya resningsbestämmelserna kommit i ett helt annat läge. I de fall, då en omprövning av ansvarsfrågan ter sig påkallad med hänsyn till storleken av den straffkvantitet, som den tilltalade eljest skulle kunna undandraga sig, kan sålunda enligt 58:3 RB resning beviljas, även om den tilltalade genom den laga kraftvunna domen fällts till sedermera verkställt straff, under vissa ytterligare förutsättningar, vilka likaledes synas ha varit för handen i 1891 års rättsfall. Det kan sålunda väl tänkas, att med nuvarande resningslagstiftning majoriteten i 1891 års rättsfall skulle ha funnit antagande av res judicata vara en riktigare ståndpunkt.¹⁶

Även om den förmodan, som ovan uttryckts, skulle vara oriktig, och HD:s majoritet sålunda icke skulle ha ansett den uttryckliga bestämmelsen i 17:32 ÄRB utgöra hinder jämväl för återbrytande av domen, är det emellertid möjligt, att vissa omständigheter i det speciella fallet kunna ha kommit sistnämnda väg att framstå såsom mindre ändamålsenlig. Åtalet för mord var kumulerat med åtal för åtskilliga andra brott, och det måste ha ansetts önskvärt, att åtalerna för samtliga brott kunde handläggas i ett sammanhang. Även om en gemensam behandling hade kunnat åvägabringas också efter ansökan om återbrytande, ligger det nära till hands att antaga, att detta förfaringsätt för HD tett sig såsom en onödig och praktiskt otymplig omgång.¹⁷

¹⁵ Jfr härom ovan s. 47. Här må erinras om att vedergällningsteorien ännu på 1890-talet torde ha varit fast förankrad i rättsäskådningen. Särskilt mot bakgrunden härav torde kunna antagas, att en tillämpning av den ifrågavarande bestämmelsen i 17:32 ÄRB i ett fall, där en tilltalad härigenom skulle undkomma med 50 kronors böter i stället för lagens strängaste straff, för domstolarna måste ha tett sig fullständigt orimlig.

¹⁶ Det vill synas, som om åsikten, att res judicata är för handen vid avvikelser med hänsyn till det subjektiva momentet, omfattats av PK. Såsom motivering för resning till men för sakfälld tilltalad uttalar nämligen PK, II s. 237, följande: "För rättskänslan måste det vara stötande, om en person, som genom laga kraft vunnen dom eller ett godkänt strafföreläggande dömts till böter för vållande till annans död, ej skulle kunna ånyo åtalas, därest bevis komma i dagen, som otvivelaktigt angiva, att hans brott varit mord." ("Åtalas" måste här betyda ställas till ansvar genom resning, eftersom yttrandet utgör motivering för en utvidgning av resningsmöjligheten.) Uttalandet synes knappast kunna uppfattas på annat sätt än att det inbegriper fall, då något yrkande om ansvar för mord icke tidigare framställts. Särskilt framgår detta genom sammanställandet av dom och strafföreläggande, eftersom man väl knappast kan antagas ha räknat med strafföreläggande för vållande till annans död i andra fall än då åklagaren ursprungligen saknat anledning ifrågasätta, att förfarandet utgjort mord.

¹⁷ Att synpunkter av liknande slag stundom icke varit helt främmande för HD

Redan i äldre doktrin ha framförts meningar, som icke överensstämma med utgången av 1891 års rättsfall.¹⁸ Oavsett om avgörandet mot bakgrunden av dåtidens rättsuppfattning kan anses hållbart, kan starkt ifrågasättas, om det för framtiden bör anses vägledande. Härvidlag är icke blott att observera den ovan nämnda ändringen av resningsreglerna, utan framför allt den ändrade grundsyn på förhållandet mellan effektivitet och rättssäkerhet i straffrättskipningen, som enligt vad tidigare flerstädes framhållits kännetecknar RB i motsats mot äldre lagstiftning.¹⁹

Det torde mot bakgrunden av det anförda icke vara oberättigat att påstå, att den grund praxis erbjuder för PLB:s ovan citerade uttalande, ter sig ganska bräcklig. Väl är det sant, att förarbetena till en ny lagstiftning alltid böra tillerkännas stor vikt vid dess tolkning. I förevarande fall innehålla emellertid PLB:s motiv knappast någonting, som tyder på att frågan varit föremål för ett självständigt principiellt övervägande, utan det förefaller närmast, som om PLB endast avsett att konfirmera vad man ansett vara en otvetydig ståndpunkt i praxis. Sedan det visats, hur föga lämpat för principiella slutsatser praxis' enda och därtill tämligen ålderstigna avgörande i frågan i själva verket är, synes man därför kunna konstatera, att frågan om betydelsen i rättskraftshänseende av att en såsom culpös bedömd yttre handling sedermera antages ha varit uppsåtlig, icke kan anses vara slutgiltigt besvarad vare sig genom lagstiftning eller rättspraxis.

Det sist sagda gäller i än högre grad det omvända spørsmålet, nämligen frågan, om en person, som genom laga kraftvunnen dom frikänts från åtal för uppsåtligt brott, sedermera kan åtalas för samma yttre handling, uppfattad såsom straffbart vållande. Något rättsfall, som berör denna fråga, torde icke återfinnas i de tryckta rättsfallssamlingarna, och den har icke heller vid förarbetena till RB direkt uppmärksamats. I doktrinen har *Agge* berört spørsmålet i anslutning till frågan, huru-

framgår bl. a. av *Alexandersons* votum i rättsfallet NJA 1941 s. 169, ehuru detta rättsfall rörde helt andra frågor än de här aktuella.

¹⁸ Se sålunda *Kreüger* s. 363 f. och *Gemmel* s. 3 med not 1. (Det i nämnda not åsyftade rättsfallet torde vara det här diskuterade, ehuru året icke angivits.)

¹⁹ Den förändring i rättsuppfattningen, som på olika sätt kommit till uttryck redan före införandet av RB, kan måhända antagas åtminstone delvis ha föranlett ett uttalande av *Olivecrona* i 1941 års upplaga av kompendiet i straffprocessrätt s. 52, där det angående 1891 års rättsfall säges, att "enligt nuvarande praxis torde det vara riktigare att tillämpa regeln i 17:32 om återupptagande av brottmål". Detta uttalande, som innebär antagande av res judicata, saknar motsvarighet i 1943 års upplaga av kompendiet, och i 1948 års kompendium har *Olivecrona*, som nämnts, anslutit sig till den motsatta, av PLB förfäktade ståndpunkten. Det oaktat har det syntts vara av intresse att här redovisa det ifrågavarande uttalandet, som överensstämmer med den här företrädde uppfattningen i resjudicatafrågan.

vida en taleändring från uppsåtligt till culpöst brott är tillåten. Beträffande sistnämnda problem ifrågasättes en tillämpning av satsen majus includit minus, vilken emellertid förkastas. Påståendet av ett väsentligt olikartat psykiskt förhållande hos den handlande är sålunda enligt *Agge* även här "nog för att konstituera en annan handling än den förut påstådda". I praxis tillåtes visserligen, framhåller *Agge*, en taleändring av ifrågavarande slag efter analogi från civilprocessen "såsom ett avkortande av det framställda rättsliga anspråket", vilken synpunkt betecknas såsom "måhända teoretiskt mindre korrekt men praktiskt tämligen tillfredsställande". Domens rättskraft bör däremot enligt *Agge* "i tveksamma fall givas den mera begränsade omfattningen".²⁰

Efter RB:s ikraftträdande synes det knappast kunna anses tillfredsställande, att domstol ex officio bedömer en såsom uppsåtlig åtalad yttre handling såsom culpös och än mindre att vid åtal för oaktsamhet dömes för uppsåtligt brott. Det kan, såsom tidigare framhållits, icke anses överensstämmande med den för straffprocessen enligt RB grundläggande ackusatoriska principen, att rätten stödjer sitt avgörande på betydelsefulla faktiska omständigheter, som icke åberopats av åklagaren. Härav torde emellertid icke behöva följa, att rättskraften måste givas den inskräntare omfattningen, blott man tillerkänner åklagaren en befogenhet att justera sin talan beträffande det subjektiva momentet, en befogenhet som icke synes möta några nämnvärda betänkligheter.²¹

Den ståndpunkt, som praktiskt taget genomgående intagits i doktrin och praxis inom de ledande utländska rättssystemen, nämligen att res judicata föreligger vid avvikelser, som utgöras av en förändring i det subjektiva momentets karaktär från uppsåt till oaktsamhet eller omvänt, synes ha väsentligt bättre skäl för sig än den, till vilken nyare svensk doktrin anslutit sig, sannolikt under väsentlig inverkan av 1891 års rättsfall, och som även kommit till uttryck i PLB:s motiv. I flertalet fall, där någon tvekan kan råda, huruvida ett förfarande bör betecknas såsom dolöst eller culpöst, lär väl resjudicataproblemet elimineras genom att åklagaren alternativt yrkar ansvar i båda dessa hänseenden. Men även då så icke skett, bör den som tilltalats för en viss yttre handling i allmänhet kunna lita på att frågan om hans ansvar för denna blivit slutgiltigt bedömd. I all synnerhet som gränsen mellan dolus och culpa i många fall är synnerligen flytande, skulle det innebära en avsevärd otrygghet för den tilltalade, om samma yttre handling kunde på nytt

²⁰ *Agge*, Processföremålet s. 30.

²¹ Se härom ovan s. 111 ff.

åtalas såsom brott med annat subjektivt rekvisit. Eftersom bedömandet av det subjektiva momentet ofta utgör en vanskelig operation, som kan vara föremål för i hög grad delade meningar, synes det befogat att icke tillåta omprövning av ansvarsfrågan på grund av en avvikelse med hänsyn till detta moment, med mindre i resningsväg konstateras, att den åtalande parten verkligen har sannolika skäl för sitt påstående. Även bortsett härifrån synes ett krav på sannolika skäl såsom förutsättning för omprövning väl motiverat. Vi tänka oss exempelvis, att en person åtalats för mordbrand men att åtalet ogillats i högsta instans, enär det icke ansetts styrkt, att den tilltalade genom sitt förfarande orsakat branden. Det vore uppenbarligen föga tilltalande, om nytt åtal skulle kunna anställas för vållande till eldskada, därvid de lägre instanserna kunde tänkas komma till annat resultat än HD angående orsaken till eldskadan. Än mindre tillfredsställande vore ett sådant resultat, om den tilltalade i anledning av det nya åtalet fälldes till mindre än 60 dagsböter, varvid han jämlikt 54:12 RB icke skulle kunna föra även detta mål upp till HD. Därest man icke accepterar en allmän regel om positiv rättskraftsfunktion i brottmål, en tanke som varit lagredaktörerna främmande,²² kunna dylika resultat icke undvikas med mindre man antager samma gärning enligt 30:9 RB även vid avvikelser med hänsyn till det subjektiva momentet. Även i fall, då motstridande domar icke, såsom i det antagna exemplet, behöva befaras, är det såsom förut framhållits befogat att kräva sannolika skäl såsom förutsättning för omprövning vid en avvikelse som hänför sig till detta moment.

Det lär också vid avvikelser av ifrågavarande slag vara befogat att för omprövning fordra, att den straffkvantitet den tilltalade kan komma att undgå, därest den första domen blir bestående, är någorlunda betydande. Vi kunna utgå från antagandet, att skillnaden i straffskalans svårhetsgrad vid falskdeklaration och vårdslös deklaration icke anses tillräckligt betydande för att möjliggöra resning, om en person, som åtalats för falskdeklaration med alternativt yrkande om ansvar för vårdslös deklaration, fällts för sistnämnda brott.²³ Det förefaller icke finnas någon rimlig anledning, varför icke samma intresseavvägning skulle tillämpas, därest i den första rättegången ansvar endast yrkats för vårdslös deklaration och domen blivit fällande. I båda fallen har den tilltalade eventuellt fällts till ett för lindrigt straff på grund av de rättskipande organens ofullkomlighet. Att låta honom slippa undan, därest

²² Se ovan s. 31 ff.

²³ Här må nämnas, att någon praxis i frågan, hur mycket strängare en straffbestämelse skall vara för att anses "väsentligt strängare" enligt 58:3 RB, icke torde finnas.

ofullkomligheten bestått i att åklagaren icke kunnat förebringa tillräcklig bevisning för sitt påstående om uppsåt, men låta honom stå till svars på nytt, därest åklagarens ursprungliga utredning icke ens föranlett framställande av ett påstående om uppsåt, synes vara ganska irrationellt. Man kunde möjligen vilja göra gällande, att möjligheten att beivra brott är större, om en åklagare, som finner frågan om uppsåtet tvivelaktig, kunde nöja sig med att tills vidare yrka ansvar för culpöst brott. Detta är måhända riktigt, men en dylik argumentering kan av andra skäl icke biträdas. Det vore uppenbarligen i hög grad ägnat att minska garantierna för ett materiellt riktigt resultat redan i den första rättegången, om åklagaren visste, att han när som helst kunde väcka nytt åtal, om bättre bevisning beträffande uppsåtet yppade sig. Den tilltalade synes också rimligen kunna kräva, att åklagaren innan han väcker åtal definitivt tar ställning till frågan om uppsåtet.²⁴

Är det sagda riktigt, förefaller det uppenbart, att res judicata bör antagas även i fall, där den eventuellt undandragna straffkvantiteten är betydande. Skillnaden i straff tillerkännes ju betydelse i 58:3 genom att resning här kan beviljas. Såsom tidigare framhållits, torde i varje fall saknas anledning att låta den eventuellt undandragna straffkvantitetens storlek inverka på bedömandet av frågan om gärningsidentitet. Anses res judicata föreligga vid vårdslös deklARATION och falskdeklARATION, synas skäl saknas att icke antaga detsamma vid vållande till annans död och mord.

De ändamålssynpunkter, som i det föregående framhållits såsom avgörande, föranleda antagande av res judicata även vid andra avvikelser med hänsyn till det subjektiva momentet än som hänföra sig till dolus och culpa. Hit höra först och främst andra avvikelser, där det subjektiva momentet ställes i relation till samma yttre handlingsförlopp, som tidigare bedömts. För flertalet dylika fall har denna ståndpunkt intagits av *Agge*, enligt vilken "särskilda nyanser i lagens beskrivning av det subjektiva rekvisitet äro modaliteter hos handlingens inre sida, vilka icke äro bestämmande för dess individualitet".²⁵

²⁴ Av det sagda följer, att även den resningsföresättning, som består i att den åtalande parten skall ha haft giltig ursäkt för sin underlåtenhet att tidigare åberopa viss omständighet, fyller en icke oväsentlig funktion även såvitt angår avvikelser med hänsyn till det subjektiva momentet.

²⁵ *Agge*, Processföremålet s. 29. Ståndpunkten modifieras emellertid för det fall, att "det faktum som först senare åberopas och som indicerar den särskilda avsikten utgör en del av den brottsliga handlingen eller åtminstone en till denna omedelbart anknuten förberedelsehandling, vilken såsom väsentlig nyhet införes i rättegången". Motiveringen härtill är, att i sådant fall tillkommit "ett nytt moment i händelseförloppet att utreda och bevisa i rättegången, vilket i viss mån åstadkommer en

Res judicata synes vidare böra antagas vid en grupp av fall, som kännetecknas av att det subjektiva momentet i den ena av de båda rättegångarna ställes i relation till jämväl föreställda yttre fakta, som sedermera icke inträffat. Hit höra bl. a. fall, då en och samma yttre handling åtalas i en rättegång såsom delictum sui generis och i en annan såsom försök till annat brott. Ett exempel utgör det fall, att en person åtalats och dömts för misshandel men åklagaren i nytt åtal gör gällande, att den tilltalade haft uppsåt att döda och sålunda bör dömas för mordförsök. Även mellan delicta sui generis kunna avvikelser av detta slag inträffa, såsom vid 14:10 och 14:11 SL, allt efter som uppsåtet påstås ha sträckt sig till svår kroppsskada eller icke. Detsamma gäller vid bedömande huruvida ett brott är grovt eller icke, t. ex. vid mened allt efter som gärningsmannen påstås ha avsett att oskyldig skulle fällas till urbota straff eller icke.

Någon gång lär i fall av denna typ res judicata kunna antagas redan med en tillämpning av regeln majus includit minus. Har t. ex. en person åtalats för försök till grov stöld medelst inbrott, bestående däri, att han i avsikt att taga sig in i en byggnad slagit sönder en fönsterruta, ingår i grunden för ansvarsyrkandet ett påstående, att den tilltalade uppsåtligt krossat rutan. Huruvida förfarandet, därest det av någon anledning icke finnes utgöra försök till stöld, kan vara att rubricera såsom uppsåtlig skadegörelse, torde domstolen då böra pröva ex officio, och man lär därför i allmänhet kunna utgå från att en domstol, som ogillat åtalet, prövat förfarandet jämväl ur sistnämnda aspekt. I andra fall

förskjutning i domstolens arbete och den tilltalades försvar". (A. st.) Detta är givetvis riktigt men knappast ett avgörande argument. Utöver de synpunkter, som tidigare anförts, kan här tilläggas, att en motsvarande förskjutning lika väl kan inträffa vid andra bevisfakta än sådana som ingå i den brottsliga handlingen eller utgöra därtill omedelbart anknutna förberedelsehandlingar. Antag t. ex., att A vid ett slagsmål tilldelat B ett slag, varav denne avlidit, och att han dömts för dråp. Sedermera göres i nytt åtal gällande, att dådet skett med berätt mod, och till stöd för detta påstående åberopas, att A dagen före slagsmålet med B anskaffat ett knogjärn, varmed det dödande slaget utdelats. I detta fall skulle man väl ha att göra med en sådan förberedelsehandling, som borde göra nytt åtal tillåtligt. Om däremot det senare åtalet för mord grundade sig på att ett vittne hört A säga: "Möter jag B en mörk kväll skall jag slå ihjäl honom", är det ju icke fråga om någon förberedelsehandling, och res judicata skulle därför vara för handen. Det förefaller emellertid tydligt, att åklagarens påståenden i *båda* de anförda exemplen medföra en förskjutning i domstolens arbete och den tilltalades försvar i jämförelse med läget i den tidigare processen, en förskjutning som är av principiellt likartat slag. Det är i båda fallen fråga om nya bevisfakta, som påkalla motbevisning från den tilltalades sida. Även med hänsyn till ordalagen i 30:9 RB synes numera den ifrågavarande distinktionen tvivelaktig. Rent språkligt förefaller det knappast möjligt att säga, att åtalet för mord gäller samma gärning som åtalet för dråp, om A innehaft tillhygget en längre tid och mordåtalet grundas på vittnesbevisning om hans egna uttalanden, men annan gärning, om han anskaffat tillhygget endast kort tid förut.

ter sig en tillämpning av regeln majus includit minus mera tvivelaktig, såsom vid exemplet misshandel-mordförsök, där syfte att misshandla knappast kan sägas utan vidare ingå som ett led i syfte att mörda. Hur härmed förhåller sig torde emellertid vara av relativt underordnad betydelse. Samtliga de ändamålssynpunkter, som i det föregående utvecklats, synas i lika mån vara tillämpliga vid ifrågavarande slag av avvikelser. Därest nämnda synpunkter över huvud äro bärkraftiga, bör sålunda säkerligen även här res judicata anses för handen.²⁶

§ 2. Den yttre handlingen

A. *I faktiskt hänseende alternativa avvikelser.*

En avvikelse är enligt den här använda terminologien i faktiskt hänseende alternativ, om de båda gärningsbeskrivningarna äro i så måtto oförenliga att endast en av dem kan motsvara verkliga förhållandet. Att avgöra när så är fallet torde i allmänhet icke möta större svårigheter, men i enstaka fall kan bedömandet te sig vanskligt nog.²⁷ Några

²⁶ Från praxis kan här antecknas rättsfallet NJA 1892 B 3. En person hade frikänts från åtal för dråp. Efter återupptagande jämlikt 17:32 ÅRB dömdes han sedermera för att ha orsakat dödsfallet genom uppsåtlig misshandel, vilken dock skett av hastigt mod och utan uppsåt att döda.

²⁷ Oavsett vilken betydelse man för frågan om res judicata bör tillmäta en avvikelsets karaktär av alternativ i nu angiven mening – vilket är den följande undersökningens uppgift att söka utreda – är det tydligt, att domstolarna i förekommande fall, därest en tidigare dom varit fällande, måste för undvikande av dubbelbestraffning taga ställning till spörsmålet, huruvida man har att göra med en alternativ handlingsavvikelse eller flera olika handlingar. Ett intressant exempel på de svårigheter, som härvid kunna uppkomma, erbjuder rättsfallet NJA 1926 B 124. Två personer, Nilsson och Bertini, hade genom laga kraftvunnet utslag fällt till ansvar för att vid ett angivet tillfälle ha forslat smuggelsprit från viss angiven ort. Senare åtalades de på nytt, Nilsson bl. a. för att vid ett flertal olika tillfällen ha forslat smuggelsprit från en annan plats (Listerby), och Bertini för att åtminstone vid ett av dessa tillfällen, vars exakta datum icke kunnat fastställas, ha varit Nilsson behjälplig vid transporten. Bertini invände, att han endast vid ett tillfälle deltagit i forslande av smuggelsprit, och att det var för detta tillfälle han förut tillsammans med Nilsson blivit dömd. Nilsson framställde i tillämpliga delar motsvarande invändning. Den transport, som avsetts i det tidigare målet, hade i själva verket utgått från Listerby och vore en av dem, som det nya åtalet mot Nilsson avsåge. I det första målet hade Bertini och Nilsson, enligt vad de numera påstodo, med avsikt felaktigt uppgivit, att spriten icke forslats från Listerby utan från annan plats, för att polismyndigheten icke genom spaning i Listerby skulle upptäcka ett därstädes förvarat större spritparti. Invändningen, som, såvitt framgår av handlingarna i målet, ingalunda förefaller helt osannolik, lämnades av HD:s majoritet utan avseende. (Ett JR var skiljaktig.)

allmänna riktlinjer för besvarande av denna fråga torde knappast kunna uppställas, utan den får bedömas efter omständigheterna i varje särskilt fall. Vi förutsätta i det följande, att en avvikelse konstaterats vara alternativ i nu angiven mening, och skola undersöka, vilken betydelse detta förhållande kan antagas ha ur resjudicatasynpunkt.

I. Inom doktrinen uttalas stundom beträffande fall av denna typ, att avvikelser med hänsyn till *faktiska biomständigheter* vid förövande av ett brott icke kunna möjliggöra nytt åtal. Såvitt man därmed endast avser omständigheter, som icke haft någon betydelse för avgörandet av det tidigare målet, torde uttalandet icke lämna rum för menings-skiljaktighet. Om exempelvis en man åtalats för grov stöld medelst inbrott i en angiven guldsmedsbutik men rätten icke ansett honom kunna fällas mot sitt nekande *utan* att frågan om alibi varit i någon mån avgörande för utgången, saknar det uppenbarligen i regel varje betydelse, att det efter domen visar sig, att inbrottet förövats vid annan tidpunkt än ursprungligen antagits. Avser man åter med biomständighet varje omständighet, som saknar betydelse för förfarandets straffrättsliga karakterisering, även om den i det konkreta fallet haft avgörande betydelse för målets utgång, kan den angivna regeln vid första påseende synas diskutabel. Vi kunna förändra det anförda exemplet så, att den tilltalade frikänts, emedan han lyckats prestera bevisning, att han vid den antagna tidpunkten för inbrottets förövande befunnit sig på annan plats. Skall den omständigheten, att det sedermera visar sig, att inbrottet förövats vid en tidigare tidpunkt och den tilltalades alibibebvisning härigenom blir värdelös, kunna föranleda upptagande av nytt åtal till prövning?

I litteraturen äro meningarna angående detta spörsmål delade. För dansk rätts del har *Hurwitz* indirekt givit ett jakande svar genom följande uttalande: "Indenfor den af Anklageskriftet omfattede Ramme maa dernæst Afvigelser kunne ske med Hensyn til *faktiske Omstændigheder*, der er uden væsentlig Betydning for Sagens Afgørelse. Hvad der falder ind herunder, vil være forskelligt fra Sag til Sag. At f. Eks. en Tidsangivelse i et Anklageskrift fraviges, kan i én Sag være uden enhver reel Betydning, medens det i en anden bliver afgørende for Forsvarets Tilrettelægning og Førelse af et Alibibebvis."²⁸ I annat sammanhang uppställas nämligen såsom "vejledende Grundsætning" för resjudicatafrågornas lösning "at en ny Sag maa anses som identisk med den allerede paadømte i det Omfang, hvor den nye Paatale angaar Forhold,

²⁸ *Hurwitz* s. 334.

som kunde have været paadømt paa Grundlag af den oprindelige Paa-tale, hvis Sagen havde foreligget tilstrækkelig oplyst i faktisk Hen-seende".²⁹ Av dessa uttalanden sammanställda torde följa, att *Hurwitz* anser nytt åtal kunna följa i exemplets fall.³⁰ I *norsk* doktrin har där- emot motsatt ståndpunkt intagits av såväl *Hagerup* och *Skeie*³¹ som *Stang*³² och *Eckhoff*.³³ Samma åsikt omfattas av ledande *tyska* för-fattare. v. *Kries* understryker, att avvikelser med hänsyn till tid och rum visserligen kunna vara av betydelse för handlingens individualise-ring, dvs. dess särskiljande från andra gärningsmannens handlingar, men att en ändring av tids- eller rumsangivelsen beträffande samma handlingsförlopp icke kan möjliggöra nytt åtal.³⁴ *Glaser* framhåller, att res judicata föreligger, om det nya åtalet "zwar in der Beschreibung der That bezüglich der Modalitäten abweicht, trotzdem aber that-sächlich sich auf denselben Menschen und denselben Vorfall bezieht, die eine frühere Strafklage zum Gegenstand hatte".³⁵

Sistnämnda ståndpunkt torde vara den mest välgrundade. Skälen härför kunna lämpligen illustreras genom en utbyggnad av exemplet med inbrottet i guldmedsbutiken. Vi antaga, att tidpunkten för inbrot-tet i den första rättegången angivits till natten mellan den 4 och 5 maj 1949 någon gång mellan klockan 0.30, då en nattvakt passerade butiken utan att lägga märke till något ovanligt, och klockan 1.45, då en patrol-lerande poliskonstapel observerade, att butikens skyltfönster krossats. Den tilltalade, mot vilken graverande bevisning föreligger, åberopar som bevis för att han icke kunnat begå inbrottet vittnesmål av portiern på ett hotell, där han är bosatt, vilken intygar, att den tilltalade ifråga-varande natt kommit hem några minuter efter klockan 24 och därefter icke lämnat hotellet under natten. Den tilltalade frikännes på grund av portierns vittnesmål.

Låt oss nu antaga, att sedan domen vunnit laga kraft portiern vid förhör inför polisen uppger, att han sannolikt misstagit sig på datum,

²⁹ *Hurwitz* s. 811.

³⁰ Möjligen intages samma ståndpunkt av *Agge*, enligt vilken vid bestämmande av processföremålets identitet "får i tveksamma fall avgörande betydelse tillmätas de processuella lämplighetssynpunkterna, alltså frågorna, om utredningen och bevis-ningen med förändrade straffrättsliga rekvisit i huvudsak förändra natur och inne-bära nya uppgifter för parterna och domstolen". I anslutning härtill framhålles näm-ligen, att "gärningsmannens yttre handling skiftar karaktär om tid och ort för dess företagande icke äro identiska". (*Agge*, Straffprocessrätt II s. 50. Jfr a. a. s. 126 f.)

³¹ *Hagerup*, Straffproces II s. 21 och *Skeie* I s. 136.

³² *Stang* s. 75.

³³ *Eckhoff* s. 304.

³⁴ v. *Kries* s. 569 f. och s. 599.

³⁵ *Glaser*, Grünhut 1885 s. 312.

och att han i själva verket icke har någon kännedom om var den tilltalade uppehöll sig vid tiden för inbrottet. Härigenom kommer bevisningen i saken i ett väsentligt annat läge; grunden för frikännandet är i själva verket undanryckt, om portierns sista uppgifter äro de riktiga.

Vi kunna därefter i stället antaga, att portierns vittnesmål står fast, medan det är nattvakten, som ändrar sin berättelse och uppger, att han sannolikt passerat butiken en timme tidigare än han uppgivit inför rätta. Även härigenom sker en väsentlig förändring i bevisningens läge; äro nattvaktens ändrade uppgifter riktiga, har alibibevisningen förlorat sitt värde.

Det vill synas, som om läget i båda dessa fall är väsentligen likartat. I båda fallen är det den omständigheten, att ett vittne ändrat sina uppgifter, som framkallat krav på en omprövning av ansvarsfrågan. Att en dylik i det första fallet icke kan ske på annat sätt än efter ansökan om resning är uppenbart. Det senare fallet bör då rimligen bedömas på samma sätt, trots den ändrade tidsangivelsen. Ett motsatt antagande skulle leda till ganska irrationella resultat. I det första fallet fordras sålunda för att den tilltalade på nytt skall kunna ställas till ansvar, att HD finner portierns ändrade uppgifter innefatta sannolika skäl för bifall till åtalet. En motsvarande prövning beträffande nattvaktens uppgifter skulle däremot icke utgöra förutsättning för omprövning av ansvarsfrågan, i händelse den ändrade tidsangivelsen ansåges innebära antagande av annan gärning. Anses emellertid den tilltalades trygghet kräva, att han i det första fallet icke på nytt blir ställd till ansvar, med mindre det först av en auktoritativ instans konstaterats, att den nya bevisningen innefattar sannolika skäl för fällande dom, är det svårt att inse, varför detta intresse icke skulle förtjäna beaktande även i det senare fallet. Motsvarande gäller den i 58:3 RB angivna förutsättningen, att den åtalande parten haft giltiga skäl att icke tidigare åberopa bevisningen ifråga.

Om man såsom i svensk rätt anknyter avvisningsregelns tillämpning till förhandenvaron av samma gärning, lär det i själva verket — oberoende av nyss anförda ändamålssynpunkter — icke vara möjligt att skilja mellan fall, då en förändring av tids- eller rumsangivelsen har betydelse och fall, då så icke är förhållandet. Frågan, huruvida man har att göra med gärning, som tidigare prövats genom laga kraftvunnen dom, får besvaras på grundval av en jämförelse mellan de fakta, som i de båda rättegångarna underställts domstolens prövning. Vilken bevisning som parterna åberopa för att styrka förhandenvaron av dessa fakta, kan däremot icke inverka på frågan om gärningsidentitet och lika litet

vilken tilltro domstolen sätter till denna bevisning. Dylika omständigheter kunna däremot, såsom ovan framhållits, beaktas vid prövningen av en ansökan om resning.

Samma synpunkter, som i det föregående utvecklats, gälla även andra alternativa avvikelser, som icke förändra den straffrättsliga rubriceringen. Bland fall, där res judicata sålunda bör antagas, nämner *Eckhoff*, att A dömts för att ha "puffet B så denne falt bort i en skarp gjenstand" men senare sättes "under tiltale for samme beskadigelse, idet det nå påståes at han ikke puffet men stakk med kniv".³⁶ Identitet ansågs också — vid bedömande av domstols prövningsrätt — föreligga i ett tyskt rättsfall, där avvikelsen gällde, huruvida en viss skada tillfogats en person "mittels eines Messers" eller "mittels eines gefährlichen Werkzeuges".³⁷ Från amerikansk praxis kan antecknas ett fall, där en person frikänts från åtal för "carrying on his person 'brass knuckles'" (knogjärn). Nytt åtal för "carrying on his person knuckles made of a hard substance other than brass" ansågs icke kunna upptagas till prövning, en utgång som förefaller naturlig nog.³⁸

II. Härefter skola undersökas fall, då en alternativ avvikelse medför en *ändrad brottsrubricering*. Vid bedömande av dylika fall torde man först och främst böra hålla i minnet, att avgörande för frågan om gärningsidentitet i första hand måste vara förhållandet mellan de faktiska omständigheter, som prövats i den tidigare rättegången, och dem som i nytt åtal underställas rättens prövning. I utländsk litteratur och praxis har nämligen avgörandet ofta anknutits till en jämförelse mellan de olika brottsbeskrivningarna in abstracto. Här har bl. a. stundom antagits, att vid avvikelser, som komma ett såsom häleri prövat förfarande att framstå som stöld eller vice versa, res judicata icke kan antagas, eftersom de båda brottsbeskrivningarna icke begreppsmässigt överensstämma.³⁹ Denna argumentering kan emellertid icke anses bärkraftig. Strängt taget

³⁶ *Eckhoff* s. 304. Vi utgå i detta sammanhang från att någon avvikelse beträffande uppsåtet i förhållande till skadan icke förelåg i det av *Eckhoff* nämnda exemplet. Såsom tidigare anförts, torde emellertid en avvikelse av detta slag icke böra föranleda ett annorlunda bedömande.

³⁷ RGSt 30 s. 176.

³⁸ Se angående rättsfallet *Abbott* s. 174.

³⁹ Jfr sålunda Straffkammer i det tyska rättsfallet RGSt 8 s. 135: "Begrifflich können Diebstahl und Hehlerei nie eine und dieselbe That darstellen, beide sind, wenn sie auch mit einander zusammenhängen und das Vorhandensein dieses durch die Existenz jenes bedingt ist, zeitlich von einander getrennt." *Lacoste*, s. 368, uttalar: "Le recélé est un fait distinct du crime de vol; car il se produit après que le vol est consommé." Samma argumentering möter i norsk litteratur hos *Salomonsen* I s. 427 f. och *Eckhoff* s. 306 f. Se däremot *Hagerup* i NRT 1892 s. 497 ff. Jfr gentemot *Hagerup* en anonym artikel i NRT 1892 s. 737 ff.

torde knappast några av strafflagens brottsbeskrivningar fullständigt överensstämma, och en jämförelse mellan olika brottsbeskrivningar skulle då leda till att praktiskt taget alla i rättsligt hänseende alternativa avvikelser kunde möjliggöra prövning av nytt åtal, även om åtalen baserade sig på exakt samma fakta. Denna konsekvens torde man emellertid i allmänhet icke vara benägen att acceptera.⁴⁰

Avvikelser, som förändra bilden av ett åtalat förfarande från exempelvis stöld till häleri, kunna naturligen i faktiskt hänseende gestalta sig väsentligt olika. Vi tänka oss t. ex., att en person frikänts från åtal för stöld, bestående däri, att han olovligen tillgripit en cykel, som ägaren gömt i ett busksnår invid en väg. Sedermera påstås, att den tilltalade bemäktigat sig cykeln på den ursprungligen angivna platsen men att cykeln gömts där av en annan person, som tidigare tillgripit den från ägaren, och att den tilltalade haft uppsåt att vara tjuven behjälplig genom att föra cykeln till ett säkrare gömställe. I detta exempel hänför sig avvikelsen dels till det subjektiva momentet (tillägnelseuppsåt eller uppsåt att försvåra cykelns återställande), dels till en omständighet utanför handlingsförloppet (frågan om vem som placerat cykeln på gömstället).⁴¹ Någon avvikelse beträffande den yttre handlingen föreligger däremot icke.

En avvikelse av sistnämnda slag, som här intresserar, är däremot lätt att tänka sig i anslutning till brottsbeskrivningarna stöld och häleri. Vi kunna såsom exempel taga följande fall, som torde belysa samtliga de synpunkter, som göra sig gällande vid de alternativa handlingsavvikelserna, och till vilket därför framställningen av ändamålssynpunkterna beträffande ifrågavarande slag av avvikelser lämpligen kan anknytas. En person har befunnits inneha en cykel, som av ägaren hos polisen anmälts som stulen. Han uppger, att han erhållit cykeln av en okänd man under omständigheter, som enligt åklagarens förmenande måste ha kommit honom att inse eller åtminstone böra inse, att den okände åtkommit cykeln genom brott, och åtal väckes därför för häleri. Sedan dom över åtalet vunnit laga kraft, framkomma emellertid upplysningar, som enligt åklagarens mening göra troligt, att den tilltalade själv tillgripit cykeln, och nytt åtal väckes för stöld.

Det är sant, att beskrivningen av det förfarande, som i det nya åtalet lägges den tilltalade till last, skiljer sig så väsentligt från det ursprungligen prövade, att det kan te sig ganska främmande att tala om samma

⁴⁰ Se härom ovan s. 164 f.

⁴¹ Redan av vad i tidigare sammanhang anförts torde framgå, att res judicata bör antagas i en dylik situation.

gärning. Språkligt omöjligt lär det emellertid icke kunna anses vara att antaga samma gärning, då det är fråga om två olika beskrivningar av ett påstått förlopp, av vilka endast en kan ha haft någon motsvarighet i verkligheten.⁴² Av större vikt än denna terminologiska fråga är emellertid, att vägande sakliga skäl synas tala för att frågan om ansvar för den tilltalades befattning med cykeln icke får omprövas annat än genom resning. Har den tilltalade i den första rättegången fällts till ansvar, måste bifall till nytt åtal bygga på uppfattningen, att domstolen i den första rättegången funnit övertygande bevisning föreligga för ett händelseförlopp, som i verkligheten icke ägt rum. I en sådan situation förefaller det vara all anledning att såsom förutsättning för omprövning av ansvarsfrågan kräva, att HD vid prövning av ansökan om resning finner den senare versionen av händelseförloppet ha bättre skäl för sig än den förra. Såvitt angår bevisningssynpunkten synes situationen vara principiellt jämförbar med det fall, att redan i det första målet alternativt yrkats ansvar för stöld, ehuru den tilltalade endast dömts för häleri. I båda fallen förutsattes för bifall till ett nytt yrkande om ansvar för stöld, att domstolen i den första processen på grund av otillräcklig bevisning kommit till ett materiellt felaktigt resultat. Det förefaller då irrationellt att i det senare fallet kräva viss styrka hos den åberopade nya bevisningen för att frågan om ansvar för den tilltalades befattning med cykeln skall få återupptagas, medan i det förra fallet fråga om ansvar för stöld skulle kunna väckas genom nytt åtal med stöd av hur svag bevisning som helst.

Även straffmåttsynpunkten synes tala för att i den ifrågavarande avvikelssituationen 30:9 och därmed även 58:3 RB är tillämplig. Om den tilltalade i den första rättegången efter alternativa yrkanden om ansvar för stöld eller häleri fällts till ansvar jämlikt 21:6 st. 1 SL, torde resning icke kunna erhållas, emedan den straffhöjning, som kan förväntas vid fällande dom för stöld, är alltför obetydlig för att en omprövning av ansvarsfrågan skall anses ur allmän synpunkt påkallad. Har han däremot fällts jämlikt 21:6 st. 2 SL, kan sannolikt den eventuellt undandragna straffkvantiteten anses tillräcklig för att möjliggöra res-

⁴² Det kan framhållas, att *Eckhoff*, s. 304, talar om "samme forhold", om de båda gärningsbeskrivningarna ömsesidigt utesluta varandra. I sådana fall antager *Eckhoff* alltid res judicata, om den tidigare domen var fällande. (Jfr ovan s. 150.). Var den tidigare domen däremot frikännande kan enligt *Eckhoff* "saken fremmes hvis det faller naturlig å si at det er en ny handling som nå er beskrevet i tiltalebeslutningen". Enligt svensk rätt kan en sådan skillnad mellan fällande och frikännande domar med hänsyn till 30:9 RB icke upprätthållas. — Jfr angående terminologien ovan s. 98 med not 20.

ning. Det förefaller svårt att inse, varför icke samma intresseavvägning skulle vara tillämplig, därest i den första rättegången ansvar yrkats endast för häleri. Blev resultatet fällande dom jämlikt 21:6 st. 1 SL, synes även här något allmänt intresse knappast motivera en omprövning av ansvarsfrågan, som f. ö. ur individualpreventiv synpunkt måhända ingalunda är önskvärd. Blev den tilltalade fälld jämlikt 21:6 st. 2 SL, kan däremot en omprövning av ansvarsfrågan med hänsyn till den eventuellt undandragna straffkvantiteten te sig befogad. Något skäl till antagande av res judicata vid culpöst häleri och stöld men icke vid uppsåtligt häleri och stöld synes emellertid icke föreligga. Skillnaden mellan dessa båda avvikelssituationer hänför sig väsentligen till den eventuellt undandragna straffkvantitetens storlek, och denna skillnad tillerkännes ju beaktande *inom* det område, som täckes av domens rättskraft, nämligen för frågan, huruvida resning skall beviljas eller icke.⁴³

De nämnda synpunkterna torde icke göra sig gällande med samma styrka, om åtalet för häleri lett till frikännande dom. Det är emellertid enligt 30:9 RB icke möjligt att bedöma frågan om gärningsidentitet olika, allt efter som den första rättegången lett till fällande eller frikännande dom. Anser man de ovan framförda synpunkterna bärkraftiga, lär man sålunda få antaga res judicata, även om den första domen blivit frikännande. Sakliga skäl för denna ståndpunkt torde heller icke saknas. Även i ett sådant fall har den tilltalade ett berättigat intresse av att icke på nytt ställas till ansvar för sin befattning med cykeln på grund av ett mer eller mindre löst grundat påstående att han stulit den, och det förefaller därför befogat att upprätthålla kravet på sannolika skäl i 58:3 RB. Straffmåttssynpunkten har väl här icke samma betydelse, men å andra sidan är ju förutsättningen för resning härvidlag mindre rigorös. Det torde f. ö. ingalunda vara oberättigat att för att en frikänd tilltalad skall kunna ställas till ansvar för ett med det tidigare prövade oförenligt handlingsförlopp fordra, att det påstådda brottet icke är helt bagatellartat utan att åtminstone straffarbete ingår i straffskalan.

Vid samtliga avvikelser av nu ifrågavarande slag synes vidare motiverat att omprövning får ske endast om den åtalande partens underlåtenhet att redan i den första rättegången framställa den version av hän-

⁴³ Här må anmärkas, att i ett svenskt rättsfall, NJA 1919 s. 367, en person, som dömts för olovlig befattning med stulet gods, sedermera efter återupptagande jämlikt 17:32 ÅRB fälldes till ansvar såsom gärningsman vid stölden. Rättsfallet är emellertid ur resjudicatasynpunkt icke av större intresse, emedan redan i den första rättegången framstälts yrkande om ansvar för stöld, ehuru detta yrkande ansetts icke kunna mot den tilltalades nekande bifallas.

delseförloppet, som han sedermera påstår vara den riktiga, icke kan läggas honom till last såsom försummelse vid utredningen. Garantierna för fullständig och tillförlitlig utredning i brottmål bli sålunda mera betryggande, om den åtalande parten vet, att han sedermera icke annorledes än i resningsväg kan göra gällande, att den tilltalades förfarande gestaltat sig på annat sätt än han ursprungligen påstått.

B. I faktiskt hänseende kumulativa avvikelser.

En i faktiskt hänseende kumulativ avvikelse vid *en* handling föreligger, då den nya gärningsbeskrivningen icke är i faktiskt hänseende oförenlig med den tidigare men innehåller nya handlingsmoment, som åberopas vid sidan av tidigare bedömda, utan att de nya momenten självständigt uppfylla rekvisiten i den ifrågasatta brottsbeskrivningen.

I. Bland nya handlingsmoment av detta slag kunna först nämnas sådana, som åberopas såsom *försvårande omständigheter* vid tillämpning av den brottsbeskrivning, som avsetts i det första åtalet. Vidare märkas fall, där de nya momenten påstås göra förfarandet hänförligt under en *strängare straffbestämmelse*. En speciell kategori av hithörande situationer hänför sig till brottstyper med särskilt straffstadgande för det fall, att brottet är grovt. En person har t. ex. åtalats för förskingring. Sedan dom över åtalet vunnit laga kraft, göres i nytt åtal gällande, att den tilltalade för att dölja förskingringen fört oriktiga räkenskaper och därför bör dömas för grov förskingring. En annan kategori hänför sig till brottstyperna försök och fullbordat brott. En person har exempelvis åtalats för försök till våldtäkt. Sedan dom över åtalet vunnit laga kraft, väckes mot honom nytt åtal under påstående, att hans förfarande jämväl omfattat åtgärder, varigenom det nesliga våldet fullbordats.

Det har veterligen icke gjorts gällande, att nytt åtal skulle kunna upptagas till prövning i fall, där ett nytt handlingsmoment endast kan betraktas som försvårande omständighet och icke föranleder tillämpning av en strängare straffbestämmelse. Det torde också vara väl motiverat att antaga res judicata i sådana fall. Den motsatta ståndpunkten skulle sålunda medföra en avsevärd otrygghet för tilltalade, och något starkare allmänt intresse av en omprövning av ansvarsfrågan enbart med hänsyn till försvårande omständigheter torde knappast kunna anses föreligga. Sistnämnda intresse framträder obestriddligen med större styrka, om det nya momentet är sådant, att en strängare straffbestämmelse blir tillämplig. Detta förhållande torde emellertid i och för sig icke vara

avgörande för frågan om gärningsidentitet. En ny omständighets straffrättsliga relevans har ju tillerkänts betydelse inom det område, som täckes av rättskraften, nämligen för frågan, om resning kan beviljas eller icke. Den kan då icke gärna samtidigt ha den betydelsen att 30:9 och därmed även 58:3 RB icke äro tillämpliga.

Man synes heller icke kunna med framgång göra gällande, att avvikelser av ifrågavarande slag böra anses upphäva gärningsidentiteten på den grund att åberopandet av ett nytt handlingsmoment medför en förskjutning av bevisemat med nya uppgifter för domstolen och för den tilltalades försvar. Härtill kan nämligen först och främst sägas, att även åberopandet av omständigheter, som ur straffmätningssynpunkt äro av så ringa betydelse, att omprövning av ansvarsfrågan med hänsyn till avvägningen mellan trygghets- och effektivitetssynpunkterna icke är önskvärd, medför sådana nya uppgifter. Att nya omständigheter tillkommit torde dessutom ingalunda alltid innebära en sådan förskjutning av bevisningens läge i jämförelse med den tidigare rättegången, att en omprövning av ansvarsfrågan därigenom ter sig befogad. Låt oss antaga, att i det ovan nämnda förskingringsexemplet den tilltalade frikänts på den grund, att han icke överbevisats om att ha tillägnat sig några anförtrödda medel. Ett påstående att han fört oriktiga räkenskaper kan tydligen icke medföra fällande dom för grov förskingring, med mindre man antager, att den tidigare domen blivit oriktig. För att den tilltalade i en sådan situation skall kunna ånyo ställas till ansvar synes böra fordras att vid ansökan om resning förebringas ny bevisning, som gör sannolikt, att det tidigare avgörandet är materiellt oriktigt.

Var den tidigare domen fällande, lära motstridande domar icke uppkomma genom bifall till nytt åtal vid de nu aktuella handlingsavvikelserna. Med hänsyn till avfattningen av 30:9 RB är det emellertid icke möjligt att besvara frågan om gärningsidentitet olika allt efter utgången av den tidigare processen.⁴⁴ Även vid fällande dom synes det f. ö. med hänsyn till den tilltalades trygghet vara rimligt att kräva sannolika skäl för att det nya påståendet är befogat.

Ett ytterligare skäl för antagande av res judicata och tillämpning av 58:3 RB vid avvikelser av förevarande slag är, att för omprövning bör fordras, att den åtalande parten icke redan i den första rättegången hade kunnat och bort åberopa den ytterligare omständighet, varpå hans

⁴⁴ En möjlighet att taga hänsyn till den tidigare processens utgång och anledningen härtill vore att antaga en regel om positiv rättskraftsfunktion. Denna möjlighet torde emellertid av skäl som tidigare anförts icke vara acceptabel. Se härom ovan s. 31 ff.

begäran om omprövning grundar sig. Det är uppenbarligen ur åtskilliga synpunkter önskvärt, att rättsfakta, som tillsammans utgöra ett enda brott, beivras i ett sammanhang. För genomförande av denna princip i största möjliga utsträckning måste det anses vara av vikt att den åtalande parten vet, att han efter laga kraftvunnen dom icke kan grunda ett nytt ansvarsyrkande på nya, med de bedömda straffrättsligt sammanhängande rättsfakta, om han haft möjlighet och grundad anledning att åberopa dessa redan i den tidigare rättegången.

Är det sagda riktigt, innebär det, att samtliga de synpunkter, som föranlett uppställandet av de olika resningsföresättningarna i 58:3 RB, göra sig gällande vid de nu behandlade avvikelserna, och att res judicata därför bör antagas.⁴⁵

II. Samma synpunkter, som ovan utvecklats, torde vara tillämpliga, om de nya momenten i förening med de tidigare bedömda föranleda antagande av *brottskonkurrens*.⁴⁶ Från svensk praxis kan här antecknas det förut omnämnda rättsfallet SvJT 1920 rf. s. 22 (ideell konkurrens, där det nya momentet synes ha bestått i underlåtenhet) ävensom det likaledes tidigare anmärkta rättsfallet SvJT 1933 rf. s. 47 (ideell konkurrens vid jakt efter årskalv av älg och jagande på annans mark i samband med nedläggande av en älgko), ehuru i sistnämnda fall avvikelserna jämväl synes ha hänfört sig till effekten. I båda fallen ansågs res judicata för handen.

Särskild uppmärksamhet förtjäna i detta sammanhang sådana *sammansatta brott*, som bestå av två eller flera var för sig brottsliga handlingar. Vi antaga t. ex. att en person åtalats för misshandel och att dom över åtalet vunnit laga kraft. Senare framkomma upplysningar, som giva vid handen, att den tilltalade i samband med misshandeln tillgripit den misshandlades plånbok. Kan på grund härav nytt åtal

⁴⁵ Denna ståndpunkt torde med hänsyn till resultatet överensstämma med vad som vanligen antagits i utländsk litteratur. Särskilt kan framhållas, att utländsk doktrin allmänt synes antaga, att res judicata föreligger vid avvikelser, som förändra bilden av ett åtalat förfarande från försök till fullbordat brott. Se t. ex. *Hurwitz* s. 811 f., *Eckhoff* s. 305, *Hagerup*, Straffeprocess II s. 22, *Glaser* II s. 65, *Heffter* s. 20 och *Max Berner* s. 79 ff. Någon analys av de faktiska situationerna vid avvikelser med hänsyn till dessa brottstyper efterlyser man visserligen regelmässigt förgäves. Vid flertalet tänkbara avvikelser i anslutning till försök och fullbordat brott torde emellertid avvikelserna — där den icke uteslutande hänför sig till effekten — bestå i tillkomsten av ett eller flera nya moment i den yttre handlingen. Det måste därför antagas, att de anförda uttalandena inom doktrinen inbegripa sådana fall. — I svensk doktrin har däremot *Agge* uttalat sig för en snävare begränsning av rättskraftens omfång. *Agge* synes sålunda böjd att tillåta nytt åtal vid åberopande av nya handlingsmoment, som medföra nya uppgifter för domstolens arbete och den tilltalades försvar. Se *Agge*, Processföremålet s. 26 ff.

⁴⁶ Det blir då vanligen fråga om ideell konkurrens, men även fall av partiell reell konkurrens äro tänkbara. Jfr *Stjernberg*, Grundlinjer s. 300.

väckas för rån, bestående i stöld medelst våld å person? I stort sett samma synpunkter, som tidigare anförts, torde leda till ett nekande svar på denna fråga.⁴⁷ Har den åtalande parten fog för sitt påstående om rån, lär dock i allmänhet resning kunna utverkas. Att den tilltalade tidigare åtalats för misshandel synes däremot knappast böra anses utgöra hinder för prövning av senare åtal för stöld, även om stölden påstås ha förövats vid samma tillfälle som misshandeln, därest ett sådant samband mellan handlingarna icke föreligger, att den sammansatta brottsbeskrivningen rån blir tillämplig. Även i en sådan situation är det naturligen med hänsyn till det nära sambandet i tid och rum mellan handlingarna önskvärt, att all brottslighet beivras i samma rättegång. De synpunkter, som i allmänhet tala för antagande av res judicata, synas emellertid icke göra sig gällande — i varje fall icke med nämnvärd styrka — när fråga är om reellt konkurrerande brott och tillika intet handlingsmoment utgör gemensam grundval för de båda åtalen.

§ 3. Effekten

En typisk effektavvikelse föreligger, om i ett åtal för exakt samma yttre handling (aktivitet eller passivitet), som prövats i tidigare rättegång, göres gällande, att en förut icke observerad effekt av handlingen inträffat. Ett exempel härpå är, att en person, som dömts jämlikt 14:21 SL för framkallande av fara för könssjukdom, åtalas på nytt med yrkande om straffskärpning under påstående, att sjukdomen blivit överförd. Det kan också tänkas, att redan i den första rättegången påståtts en straffrättsligt relevant effekt, t. ex. kroppsskada vid misshandel, men att sedermera göres gällande, att kroppsskadan blivit av mera svårartad beskaffenhet än ursprungligen antagits.⁴⁸

Vid sidan av nämnda typfall har ansetts lämpligt att såsom effekt-

⁴⁷ Att det sammansatta brottet icke genom successiva åtal och domar kan styckas i sina enskilda beståndsdelar torde vara tämligen klart. Jfr *Hurwitz* s. 813 not 11: "En saadan Enhedsforbrydelse kan naturligvis ikke spaltes ud i en successiv Paataale for dens enkelte Bestanddele." *Hurwitz* synes ej heller ha ifrågasatt, att nytt åtal skulle kunna följa för det sammansatta brottet, om ett av de däri ingående brotten redan varit föremål för rättegång.

⁴⁸ Det fall, att avvikelsen endast grundar sig på en ändrad uppfattning om den faktiska kvalificeringen av en viss effekt, exempelvis värdet av ett stulet föremål, har redan tidigare behandlats. Se härom ovan s. 176 ff. Här skola endast behandlas fall, där avvikelsen hänför sig till effektens fysiska gestaltning.

avvikelser behandla fall, där avvikelser har sin tyngdpunkt i effekten, ehuru den icke kan isoleras till detta moment utan jämväl innebär tillfogande av ytterligare moment ingående i den yttre handlingen. En person har exempelvis åtalats för en inbrottsstöld. Sedan åtalet avgjorts genom laga kraftvunnen dom, påstås han ha vid samma inbrott tillgripit flera värdeföremål än ursprungligen antagits. Från avvikelser vid flera handlingar skilja sig avvikelser av detta slag därigenom, att åtminstone något väsentligt moment i den yttre handlingen är gemensamt för de båda åtalen.⁴⁹ Härvidlag kunna emellertid stundom vanskliga gränsdragningsproblem uppkomma.

Med hänsyn till det straffrättsliga bedömandet kunna effektavvikelsena gestalta sig på olika sätt. Det kan sålunda tänkas, att det nya effektmomentet endast kommer i betraktande såsom försvårande omständighet eller att det medför tillämpning av en strängare straffbestämelse. Det är också möjligt, att avvikelserna föranleder antagande av brottskonkurrens.

Särskild uppmärksamhet förtjäna vid behandlingen av effektavvikelsena situationer, där effekten påstås ha i sin helhet inträffat eller antagit sin slutliga gestaltning först efter det domen i den tidigare rättegången vunnit laga kraft. Dessa situationer skola emellertid tills vidare lämnas åt sidan och framställningen till en början inriktas på fall, där samtliga relevanta omständigheter inträffat, innan domen vunnit laga kraft.

I. Beträffande avvikelser, där ett tillkommet effektmoment åberopas såsom *försvårande omständighet* eller såsom grund för tillämpning av en *strängare straffbestämelse*, föreligga några uttalanden i *norsk* och *dansk* litteratur, enligt vilka res judicata bör antagas. Hos *Eckhoff* finner man sålunda bland exemplen på res judicata följande: "Den første sak gjaldt tyveri av tingene x, y og z. I den nye sak blir samme person satt under tiltale for samtidig og fra samme sted å ha stjålet tingene u og v." — "A er dømt for å ha ødelagt gjenstanden x som er verd kr. 4000 (strl. § 292 I). Senere settes han under tiltale for samtidig å ha ødelagt gjenstand y som er verd kr. 6000 (strl. § 292 II)."⁵⁰ Liknande exempel anförs hos *Skeie*.⁵¹ *Hurwitz* uttalar, att "Kvantitetsavvigelser" icke upphäva identiteten, och torde härunder inbegripa fall

⁴⁹ I exemplet utgör inbrottet ett dylikt gemensamt moment.

⁵⁰ *Eckhoff* s. 302. Jfr s. 304: res judicata föreligger om gärningsbeskrivningen är ändrad blott med hänsyn till "følgenes omfang". I denna riktning uttalar sig även *Salomonsen* I s. 427.

⁵¹ *Skeie* I s. 137. Se även beträffande försök till dråp och fullbordat dråp *Hagerup*, *Straffproces* II s. 22.

som de anförda.⁵² Ej heller i *tysk* rätt torde effektavvikelser av förevarande slag anses upphäva identiteten.^{52a}

Svensk praxis uppvisar ett rättsfall av gammalt datum, där utgången synes förutsätta en mera restriktiv begränsning av rättskraftens omfång, nämligen SJA Bd 4 (1833—34) s. 95. Husmannen Lasse Persson hade åtalats för tillgrepp från Isak Lasson av vissa angivna föremål, däribland två silvertumlare, och hade fällts till ansvar beträffande några av föremålen men icke ansetts övertygad om tillgrepp av silvertumlarna. Sedan avgörandet vunnit laga kraft och det ådömda straffet verkställts erkände Lasse Persson, att han tillgripit även silvertumlarna, vilket skett vid samma tillfälle och genom samma inbrott som tillgreppet av övriga föremål. Den omständigheten, att det ådömda straffet verkställts, ansågs av HD i motsats till HovR:n icke förhindra bifall till begäran om målets återupptagande jämlikt 17:32 ÄRB, såvitt angick silvertumlarna.⁵³ Eftersom tillgreppen av de olika föremålen sålunda betraktades som skilda processuella enheter, när det gällde tillämpning av 17:32 ÄRB, torde man kunna antaga, att åtal för tillgrepp av silvertumlarna skulle ha upptagits till prövning, därest dessa överhuvud icke omnämnts i det tidigare åtalet.

Ett annat rättsfall från senare tid, refererat i NJA 1935 s. 241, förtjänar i detta sammanhang anföras, ehuru dess innebörd, såvitt angår här behandlade spörsmål, synes ganska osäker. G. V. Johansson och R. Ålin hade åtalats för olovlig införsel av 271 dunkar smuggelsprit, som den 11 januari 1934 anträffats på en holme, men frikänts i brist på bevis. Någon tid efter det utslagen vunnit laga kraft erkände de tilltalade emellertid i samband med annat mål angående olovlig varuinförsel, att de i januari 1934 ilandfört 300 dunkar smuggelsprit på holmen och på annan plats ytterligare 200 dunkar. Med anledning härav söktes resning, som dock icke beviljades. Det torde kunna förmodas, att utslagen icke ansetts utgöra hinder mot nytt åtal för de 200 dunkarna.⁵⁴ Att nytt åtal även skulle ha kunnat omfatta de 29 dunkar, som ilandförts på samma plats som och i omedelbart samband med de 271 dunkar, som det första målet avsett, är däremot knappast troligt. Något större intresse synes denna fråga icke ha tilldragit sig i rättsfallet.

⁵² Hurwitz s. 812. — Det förtjänar anföras, att de citerade uttalandena täcka även fall, då de nya momenten utgöra en självständig handling. Sådana fall skola emellertid icke behandlas i detta sammanhang.

^{52a} Se t. ex. v. Kries s. 568 f., jfr s. 599.

⁵³ Här må erinras om att återupptagande av brottmål jämlikt 17:32 ÄRB icke fick äga rum för att åvägabringa skärpning av ådömt straff, om detta gått i verkställighet.

⁵⁴ Jfr Wedberg s. 808. Se angående rättsfallet vidare Hassler i SvJT 1937 s. 219 f.

Slutligen må i detta sammanhang nämnas rättsfallet NJA 1913 s. 352. F. O. Karlsson hade tilldelat I. Virén ett knivhugg i huvudet och på grund härav fällts till ett års straffarbete jämlikt 14:12 och 15 SL. Sedan utslaget vunnit laga kraft, avled den misshandlade av skadorna efter knivhugget. Åklagaren ansökte om återupptagande av målet jämlikt 17:32 ÅRB, och ansökningen bifölls trots den tilltalades invändning, att det ifrågavarande lagrummet "avsåge det fall att ny bevisning tillkommit men icke, såsom i förevarande fall, den händelse att nya eller förändrade sakförhållanden tillkommit". Karlsson dömdes jämlikt 14:5 SL för dråp till fem års straffarbete. Att nytt åtal skulle ha kunnat utan vidare upptagas till prövning synes icke ens ha ifrågasatts, och HD:s avgörande får anses utgöra ett klart förnekande av denna möjlighet.

1913 års rättsfall har av Agge anförts såsom belägg för tesen, att "de betydelsefulla förhållanden, som bestå i den brottsliga effektens slutliga förverkligande men icke ingå i den av handlingen orsakade omedelbara naturliga effekten" icke upphäva identiteten, medan däremot avvikelser, som hänföra sig till själva den "omedelbara naturliga effekten", anses kunna föranleda nytt åtal.⁵⁵ Något stöd för uppfattningen om en skillnad mellan omedelbara och medelbara effekters behandling i rättskraftshänseende synes emellertid icke praxis erbjuda, och det torde även kunna ifrågasättas, om en sådan skillnad ur ändamålssynpunkter är berättigad. Någon anledning synes knappast föreligga att skilja mellan exempelvis det fall, att en kroppsskada, som ursprungligen antagits vara av viss beskaffenhet, sedermera påstås ha antagit en mera svårartad karaktär, och det fall, att sedan en person dömts (eller frikänts) för framkallande av fara för könssjukdom, i nytt åtal göres gällande, att sjukdomen blivit överförd. I båda fallen utgör samma yttre handling gemensam grundval för båda åtalen, och i båda fallen ha nya effektmoment tillkommit.

Det mest rationella synes i själva verket vara att antaga *res judicata* vid samtliga avvikelser av nu ifrågavarande slag. Omprövning av ansvarsfrågan synes sålunda ur allmän synpunkt knappast påkallad annat än under förutsättning att den eventuellt undandragna straffkvantiteten är av den storlek som anges i 58:3 RB. Även de synpunkter, som ligga bakom övriga resningsförutsättningar, torde tala för att omprövning endast bör kunna äga rum i resningsväg. Härvidlag kan i tillämpliga delar hänvisas till argumenteringen beträffande de kumulativa handlingsavvikelserna i föregående avsnitt.

⁵⁵ Se Agge, Processföremålet s. 27 ff.

II. Avvikelser med hänsyn till effekten kunna som nämnts även föranleda antagande av brottskonkurrens, närmare bestämt *ideell konkurrens*. Belysande för frågeställningen i dessa fall äro bl. a. åtskilliga avgöranden i *tysk praxis*, av vilka några må anföras som exempel.⁵⁶

I rättsfallet RGSt 3 s. 210 hade en person fällts till ansvar av domstol för underlåtenhet att på en maskin anbringa föreskriven skyddsanordning. Sedermera åtalades han för att genom samma underlåtenhet ha varit vållande till att en annan kommit i beröring med maskinen och skadats. RG antog här *res judicata*. I ett annat fall, som refereras i RGSt 4 s. 243, hade en person genom "Strafbefehl" ålagts böter för "Übertretung feuerpolizeilicher Vorschriften durch Schiessen". En annan person hade träffats av skottet, men då hans skada icke föreföll svårartad, och då något "Strafantrag" icke framställdes, beaktades ursprungligen icke denna omständighet. Sedermera avled emellertid den skadade av skottsåret, och åtal väcktes då för culpöst dödande. Invändning om *res judicata* förkastades men endast på den av RG ofta åberopade grund, att avgöranden, som icke föregåtts av förhandling inför rätta, icke kunna förhindra nytt åtal för samma fakta, betraktade såsom annat och svårare brott.⁵⁷ "Identität der Tat" synes sålunda ha antagits. Samma inställning till identitetsproblemet möter i rättsfallet RGSt 9 s. 321, där "Unbedecklassen der Welle einer Dreschmaschine" och "Körperverletzung durch diese unbedeckte Welle" ansågos utgöra samma "Tat". Den första domen avsåg här flera tillfällen, däribland det, då skadan inträffade.

Den ståndpunkt i identitetsfrågan, som kommit till uttryck i de ovan anförda rättsfallen, har i allmänhet accepterats av den tyska doktrinen utan några mera ingående kommentarer.⁵⁸ En mera självständig syn på problemet har emellertid anlagts av två av de mest framstående författarna, nämligen *Binding* och *Glaser*.

Den förre ser i de anförda rättsfallen "von Identität der Tat nichts" och anser det i den materiella rättvisans intresse nödvändigt att lagfästa en princip av innehåll "dass die Verurteilung wegen eines Polizeideliktes der späteren Erhebung der Anklage aus dem Verletzungs- und Gefährdungsdelikte nie im Wege steht".⁵⁹

⁵⁶ Beträffande utländsk rätt må, utöver vad som anføres i det följande, hänvisas till den redogörelse för mera allmänna synpunkter på idealkonkurrensens behandling, som lämnats ovan s. 170 ff.

⁵⁷ Bland de rättsfall, där denna princip uttalas, kan såsom exempel anföras RGSt 14 s. 358.

⁵⁸ Se t. ex. *Löwe* s. 510, *Eichhorn* s. 426, *Beling* s. 267 och *Schwinge* s. 230 not 55.

⁵⁹ *Binding*, Abh. II s. 335 f.

Mera ingående har *Glaser*⁶⁰ sysselsatt sig med problemet om ideal-konkurrensens behandling i processuellt hänseende och därvid gjort vissa uttalanden, vilka äro av särskilt intresse för de nu aktuella fallen. Utgångspunkten är för *Glaser*, liksom för flertalet författare, att ideellt konkurrerande brott principiellt böra ur processuell synpunkt betraktas och behandlas som en enhet. Emellertid skulle det enligt *Glaser* icke leda till tillfredsställande resultat, om denna sats undantagslöst upprätthölles. Den måste därför modifieras så, att det icke anses vara fråga om samma "That", när "das Bindeglied, welches zwei Verbrechen oder zwei Delictscomplexe aneinander knüpft", är en för ett av brotten "nebensächlicher Umstand". Därvid är att märka, att skillnaden mellan en sådan omständighet och väsentliga omständigheter enligt *Glaser* icke hänför sig till frågan, om omständigheten i och för sig fyller ett brottsrekvisit eller endast är av betydelse för straffmätningen. "Nebensächlich" äro enligt *Glaser*s terminologi omständigheter som, "obgleich an sich geeignet, strafrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen, im vorliegenden Falle weder auf die Bestimmung der Art der strafbaren Handlung noch auf die gesetzliche Strafabstufung Einfluss üben; das tritt z. B. ein, wenn durch die eine That eine Mehrheit gleichartiger Objecte verletzt wird, dieselbe Verletzung durch eine Mehrheit einzelner Angriffe herbeigeführt wird, ferner bei der Fortsetzung einer strafbaren Handlung, überall also, wo das für eine bestimmte Abstufung eines bestimmten Verbrechens erforderliche Minimum aber nicht das Maximum überschritten ist". Ett exempel, hänförande sig till den nu aktuella problemställningen, som belyser tillämpningen av *Glaser*s teori utgör följande fall. En person har dömts för att under en viss längre tidrymd obehörigen ha utövat läkar-konsten. Sedermera anställes åtal för en av de behandlingar, som utgjorde grundvalen för det första åtalet, numera betraktad såsom innebärande vållande till annans död. Enligt *Glaser*s teori torde åtalet böra upptagas till prövning, medan det däremot skulle avvisas, om detta speciella behandlingstillfälle utgjort hela grundvalen för det tidigare åtalet.

I *svensk* doktrin ha flera författare uttalat, att res judicata icke bör föreligga i idealkonkurrenssituationer, om avvikelsen består i tillkomsten av en tidigare icke beaktad effekt. Hos *Hagströmer* återfinnes sålunda följande yttrande: "Grundar sig konkurrensen därå, att handlingen gifvit upphof till flere från själfva handlingen och sins-

⁶⁰ Se *Glaser* i GS 1884 s. 121 ff.

⁶¹ Jfr *Glaser*, a. a. s. 123 med not 82.

emellan skilda effekter, hvilka hvar för sig äro i lag betecknade såsom brottsliga, utesluter en dom, som öfvergått handlingen såsom upphof till den ena effekten, icke, att handlingen sedan bedömes såsom upphof till den andra. Den, som dömts för att hafva genom aflossandet af ett skott vållat, att en annans hus brunnit ned, är ej härigenom tryggad mot nytt åtal, därest det upptäcket, att han genom detta skott nedskjutit någon, som befann sig i huset. Icke heller utgör, då någon genom samma handling anstiftat eller befrämjat flere brott, en dom öfver det ena delaktighetsbrottet något hinder för en ny dom öfver det andra. Enahanda torde förhållandet — ehuru detta ej är lika visst — vara, då det ena brottet består af en handling med vissa egenskaper, det andra af framkallandet genom denna handling af en därifrån skild brottslig effekt (exempel: sedan en person blifvit dömd till straff enligt 11:15 för öfverdådigt körande, upptäcket det, att han därigenom vållat en annans död).⁶² Samma uppfattning synes företrädd av *Agge*, vilken författare anser den även överensstämma med praxis.⁶³

Såsom stöd för uttalandet att praxis delar doktrinen uppfattning åberopas av *Agge*, att nytt åtal upptogs till prövning i NJA 1931 s. 466, där en ytterligare fysisk effekt anses ha tillkommit, medan res judicata antogs i bl. a. rättsfallet SvJT 1933 rf. s. 47, där det icke anses vara fråga om någon ytterligare fysisk effekt. Det synes emellertid kunna ifrågasättas, om de ifrågavarande rättsfallen verkligen tillåta denna slutsats. I rättsfallet NJA 1931 s. 466 synas sålunda, enligt vad som tidigare framhållits, samma fakta ha prövats i båda rättegångarna, låt vara ur olika rättsliga synpunkter. Såsom även av *Agge* påpekats, var det f. ö. i rättsfallet icke fråga om idealkonkurrens, ehuru HD:s majoritet tillämpade 4:9 SL.⁶⁴ I rättsfallet SvJT 1933 rf. s. 47, där res judicata antogs, synes däremot avvikelser ha bestått i bl. a. åberopandet av en ytterligare fysisk effekt, nämligen nedläggandet av en älgko, vilket icke påståtts i den tidigare rättegången. Utgången av detta rättsfall synes därför knappast förenlig med doktrinen uppfattning.⁶⁵

Uppfattningen att res judicata icke föreligger vid nu behandlade avvikelser kan synas ha goda skäl för sig. Flertalet effektdelikt äro

⁶² *Hagströmer* I s. 772 f.

⁶³ Se *Agge*, Processföremålet s. 35 f. Jfr *Stjernberg*, Grundlinjer s. 316, *Bergendal*, Lärobok s. 98 och *Strahl*, Påföljder för brott s. 178.

⁶⁴ Se angående rättsfallet ovan s. 166 f. samt *Agge*, Processföremålet s. 36 not 2.

⁶⁵ Se angående rättsfallet ovan s. 180 f. Det bör emellertid framhållas, att den ifrågavarande effekten icke utgjorde en nödvändig betingelse för det ideellt konkurrerande brottet, som bestod i olaga jakt på annans mark, ehuru villebrådets nedläggande var av betydelse för straffmätningen.

ju enligt SL ganska strängt bestraffade, och det kan därför synas innebära ett obehörigt eftersättande av effektivitetssynpunkten att antaga res judicata vid ideellt konkurrerande brott, om konkurrensen betingas av en tidigare icke beaktad fysisk effekt. Det bör emellertid understrykas, att antagandet av res judicata icke i och för sig förhindrar beivrande av det konkurrerande brottet. Därest detta är av den svårhetsgrad, att dess beivrande påkallas av ett mera betydande allmänt intresse, torde den resningsförutsättning, som avser straffkvantiteten, vara uppfylld. Frågan blir då, om det är befogat att för omprövning kräva förhandenvaron av övriga resningsförutsättningar. Denna fråga kan otvivelaktigt vara föremål för delade meningar, men ett jakande svar synes oss ligga närmast till hands. Det är naturligen, såväl ur processekonomisk synpunkt som med hänsyn till den tilltalades intresse att få ansvarsfrågan definitivt avgjord, önskvärt, att alla brott, som begåtts genom samma yttre handling — vare sig de äro rena handlingsdelikt eller effektdelikt — bli beivrade i ett sammanhang. Detta intresse synes vara av den styrka, att det bör garanteras genom äventyr av preklusion, därest den åtalande parten kunnat och bort åberopa samtliga relevanta omständigheter redan i den första rättegången.⁶⁶ Det förefaller icke mera anmärkningsvärt, att den åtalande parten anses ha försuttit sin möjlighet att beivra ett ideellt konkurrerande brott genom att han på grund av vårdslöshet vid utredningen icke åberopat en viss effekt, än att den tilltalade slipper undan, om han frikänts, därför att åklagaren eller målsäganden på grund av ousäktlig försummelse vid utredningen icke förebragt tillräcklig bevisning för fällande dom.

Även den resningsförutsättning, som består i förebringandet av sannolika skäl för det nya ansvarsyrkandet, synes här ha en funktion att fylla. Särskilt gäller detta i fall, då den tidigare domen blivit frikännande. Låt oss t. ex. antaga, att en järnvägstjänsteman åtalats för allmänfarlig vårdslöshet jämlikt 19:5 SL, bestående i att han genom underlåtenhet att omlägga en växel orsakat en tågkollision, men att

⁶⁶ Det förefaller icke osannolikt, att bakom *Glaser*s ovan anförda distinktion ligger tanken, att den åtalande parten typiskt sett icke kan lastas för att icke ha ägnat ingående uppmärksamhet åt varje brottslig handling, därest det första åtalet avsett flera likartade dylika, medan det däremot är rimligt, att han drabbas av preklusion, om åtalet avsett en enda handling och vid utredningen kommit att förbises en av denna handling orsakad effekt. Enligt tysk rätt torde denna tanke vara beaktansvärd, eftersom "Wiederaufnahme" aldrig kan utverkas på grund av nya rättsfakta. Ur denna synpunkt saknas emellertid anledning att enligt svensk rätt uppställa samma distinktion som *Glaser*, eftersom vid ansökan om resning på grund av nya omständigheter skall beaktas, huruvida den åtalande parten i det konkreta fallet haft giltig ursäkt att icke åberopa en effekt av en tidigare prövad yttre handling.

domen blivit frikännande, emedan underlåtenheten icke ansetts kunna läggas tjänstemannen till last såsom oaktsamhet. Skall den omständigheten, att det senare visar sig, att en person omkommit vid tågolyckan, kunna föranleda att tjänstemannen åtalas för vållande till annans död? Denna fråga synes böra besvaras nekande. Omprövning av frågan om tjänstemannens ansvar för tågekollisionen och därav framkallade effekter torde böra tillåtas endast under förutsättning, att det på grund av ny bevisning göres sannolikt, att tjänstemannen verkligen kan anses ansvarig för underlåtenheten, och en sådan prövning bör då — liksom eljest vid frågan om ny bevisnings bärkraft — ske i resningsväg. Eftersom det icke är möjligt att vid bedömande av frågan om gärningsidentitet taga hänsyn till utgången av den tidigare rättegången och heller icke till anledningen till utgången, synes därför befogat att antaga res judicata även i fall av idealkonkurrens, där en ytterligare fysisk effekt återopås. En omprövning av ansvarsfrågan torde i fall, där den verkligen är ur allmän synpunkt påkallad, kunna erhållas genom resning, samtidigt som man genom resningsbestämmelsens tillämpning förhindrar prövning av utsiktslösa eller eljest icke önskvärda åtal.⁶⁷

III. Det återstår att beröra det fall, att effekten inträffat eller ytterligare utvecklat sig först sedan dom över den yttre handlingen meddelats och eventuellt vunnit laga kraft.⁶⁸ En sådan situation förelåg i det ovan refererade rättsfallet NJA 1913 s. 352, där återupptagande jämlikt 17:32 ÅRB skedde, vilket torde innebära, att nytt åtal icke ansetts möjligt.

Praktiskt taget samma situation som den i 1913 års rättsfall har i ett flertal rättsfall förelegat till bedömande i *anglosachsisk* rätt. I samtliga dessa fall har nytt åtal upptagits till prövning, och denna ståndpunkt har även vunnit anslutning inom doktrinen.⁶⁹

Fransk praxis uppvisar ett avgörande från år 1857 av intresse i detta sammanhang. En person hade dömts för att ha "porté des coups involontaires". Domen hade överklagats av åklagaren, och innan den högre instansen fällt sitt avgörande, hade målsäganden avlidit av ska-

⁶⁷ Det bör framhållas, att här som eljest olägenheterna av motstridande domar, därest man icke antager gärningsidentitet, kunna undvikas genom en allmän regel om positiv rättskraftsfunktion. Redan tidigare har emellertid framhållits, att denna utväg icke är äsyftad i förarbetena till RB. (Se särskilt ovan s. 31 ff.) Även med en dylik regel torde f. ö. skälen för antagande av identitet vara övervägande.

⁶⁸ I utländsk rätt är det endast tidpunkten för domens meddelande som tilldragit sig uppmärksamheten.

⁶⁹ Se angående engelsk rätt *Halsbury* IX s. 153 och *Bower* s. 197 samt beträffande amerikansk rätt *Abbott* s. 171 ff., *Freeman* s. 1189 och *Wharton* s. 532 ävensom hos dessa författare anförda rättsfall.

dorna. Dödsfallet ansågs av kassationsdomstolen icke "constituer un fait nouveau", varför dom följde för "homicide involontaire".⁷⁰ Det kan naturligen icke med säkerhet antagas, att begreppet "fait" skulle ha givits samma tolkning, om det gällt tillämpning av rättskraftsprincipen, men antagandet torde ha sannolikheten för sig.⁷¹

I tysk doktrin ha skilda åsikter angående behandlingen av fall av denna typ gjort sig gällande. Samma ståndpunkt som den anglosachsiska rätten intaga *Beling*⁷² och *Sauer*⁷³, medan motsatt uppfattning förfäktas av ett flertal författare.⁷⁴

Inom den norska litteraturen har *Hagerup* med tvekan uttalat sig för upptagande av nytt åtal till prövning,⁷⁵ medan *Skeie*⁷⁶ och *Eckhoff*⁷⁷ kommit till motsatt resultat.

I dansk doktrin behandlas av *Hurwitz* det fall, "hvor den, der har været Genstand for et Drabsforsøg, tilsyneladende er kommet sig, men dog dør som Følge af det skete Legemsangreb, efter at Gerningsmanden er dømt for Forsøg paa Drab". Han formulerar sin ståndpunkt på följande sätt: "De Grunde, der i Almindelighed taler for Retskraft, foreligger ikke i et Tilfælde som dette. Praktisk vilde dog formentlig en Genoptagelse af den gamle Sag være at foretrække, saafremt overhovedet en ny Paadømmelse skønnedes paakrævet."⁷⁸

Frågan om res judicata i situationer som de ifrågavarande torde kunna ställas på följande sätt. Är det rimligt, att ett faktum anses omfattat av rättskraften hos en dom, som vunnit laga kraft, innan detta faktum ännu inträffat? Bör icke den omständigheten, att effekten inträtt eller antagit sin slutliga gestalt först sedan domen vunnit laga kraft, betraktas som ett sådant factum superveniens, som i civilprocessen allmänt anses föranleda undantag från avvísingsregelns tillämpning.⁷⁹ Vissa skäl tala onekligen för ett jakande svar. En av de

⁷⁰ Se angående rättsfallet *Garraud*, II s. 347 f., som biträder den av kassationsdomstolen uttalade uppfattningen.

⁷¹ Jfr *Glaser* i GS 1871 s. 51 not 65.

⁷² Se *Beling* i ZStW 1915 s. 659.

⁷³ Se *Sauer* s. 488 f.

⁷⁴ Se sålunda *Löwe* s. 510, v. *Kries* s. 600, *Heffter* s. 20, *Dohna* s. 218 och *Glaser* i GS 1871 s. 51 not 65. (Det anmärkta uttalandet av *Glaser* har visserligen fällt i anslutning till en redogörelse för fransk rätt men synes ha avseende jämväl på tysk rätt.) Denna åsikt torde i praxis vinna stöd av det ovan anmärkta rättsfallet RGSt 4 s. 243. (Av referatet synes framgå, ehuru det icke klart utsäges, att dödsfallet inträffade först sedan "Strafbefehl" meddelats.)

⁷⁵ Se *Hagerup*, Straffeprocess II s. 24.

⁷⁶ Se *Skeie* I s. 137.

⁷⁷ Se *Eckhoff* s. 307 f.

⁷⁸ *Hurwitz* s. 812.

⁷⁹ Jfr *Agge*, Civildomens rättskraft s. 280 ff., *Kallenberg* s. 1430 ff. och *Ekelöf*, Civilprocessen s. 259 f.

synpunkter, som ligga till grund för avvísningsregeln, är ju, att den åtalande parten vid äventyr av preklusion skall förmås att redan från början göra utredningen tillförlitlig och framlägga allt relevant processmaterial i ett sammanhang. Det är tydligt, att denna synpunkt i allmänhet gör sig gällande endast beträffande fakta, som vid tiden för förundersökning och åtal redan inträffat, och så till vida kan det sägas, att en tillämpning av avvísningsregeln är mindre motiverad, då effekten helt eller delvis inträffat, sedan domen vunnit laga kraft.⁸⁰ Övriga synpunkter, som i allmänhet motivera domens negativa rättskraftsfunktion, torde emellertid framträda med samma styrka, vare sig effekten helt eller delvis inträffat först sedan domen vunnit laga kraft, eller detta skett redan tidigare. Man torde sålunda icke böra tillåta omprövning av ansvarsfrågan vid varje efteråt inträdd förändring av effekten, sålunda även då den ur straffmätningssynpunkt är skäligen obetydlig. I detta hänseende torde den avvägning som kommit till uttryck i 58:3 RB böra tillämpas. Även ur bevisningssynpunkt synes en tillämpning av nämnda lagrum vara befogad i syfte att konstatera, att frågan om den tilltalades ansvar verkligen kommer i annan dager genom effektens inträde eller utveckling.⁸¹ Även om skälen för antagande av res judicata här icke synas fullt lika starka som vid de tidigare behandlade effektavvikelserna, torde sålunda anledning saknas att frågå den ståndpunkt, som praxis intagit i rättsfallet NJA 1913 s. 352.⁸²

⁸⁰ Alltid håller detta resonemang dock knappast streck. Föreligger anledning att hysa tvivel, huruvida en effekt av den yttre handlingen kan tänkas komma att inträffa eller vilken omfattning en redan inträdd effekt kan väntas slutligen antaga, är det obestriddigen ur åtskilliga synpunkter önskvärt, att åklagaren eller målsäganden dröjer med väckande av åtal, till dess utvecklingen kan med någon grad av säkerhet överblickas. I dylika situationer utgör vetskapen om att senare inträffade följder omfattas av rättskraften hos dom över den yttre handlingen ett återhållande moment. I allmänhet torde några processuella olägenheter härav icke vara att befara med hänsyn till åklagarens i 23:15 RB givna befogenhet att påkalla bevisupptagning redan under förundersökningen och därigenom på ett tidigt stadium försäkra sig om bevisning, som eljest kunde bli vanskelig att förebringa senare. Är den tilltalade häktad, lär emellertid ett sådant förfaringsätt vanligen icke vara möjligt, och även eljest kan det vara betänkligt att dröja med väckande av åtal, om det kan väntas dröja avsevärd tid, innan effektens slutliga omfattning kan med säkerhet bedömas.

⁸¹ Denna synpunkt gör sig särskilt gällande, om den tidigare domen blivit frikännande. Härvidlag kan hänvisas till den tidigare i detta avsnitt förda argumenteringen beträffande fall, där effekten inträffat redan före domen. Jfr även ovan s. 141.

⁸² I anslutning till det annorlunda bedömandet av resjudicatafrågan i anglosachsisk rätt förtjänar erinras om att denna icke har någon motsvarighet till vårt resningsförfarande till men för den tilltalade. Med hänsyn härtill synes ståndpunkten i anglosachsisk praxis och doktrin tämligen naturlig och kan icke anses strida mot den här förfäktade uppfattningen, att resning är den mest ändamålsenliga formen för omprövning, där sådan är ur allmän synpunkt påkallad.

Kap. 13

Handlingsavvikelser

Avvikelser vid flera handlingar

I det föregående ha behandlats avvikelser vid en enda handling, därvid förhållandet varit sådant, att antingen de nya handlingsmomenten endast i förening med tidigare bedömda motsvarat rekvisiten i det åberopade lagrummet eller också de tidigare bedömda och de nya momenten i faktiskt hänseende ömsesidigt uteslutit varandra. Enligt den tidigare skisserade planen för framställningen återstå att behandla fall, där de nya handlingsmomenten utgöra en självständig handling i den meningen, att de ensamma täcka rekvisiten i det ifrågasatta lagrummet och dessutom icke äro i faktiskt hänseende oförenliga med de tidigare bedömda.

Det är tydligt, att i sådana situationer *res judicata i allmänhet icke föreligger*. Om de nya momenten och de tidigare bedömda konstituera reellt konkurrerande brott, synes sålunda anledning saknas att vägra prövning av det nya åtalet. Stundom kan emellertid mellan de skilda handlingarna föreligga ett rättsligt samband av den art, att frågan om *res judicata* ter sig åtskilligt komplicerad. Den följande undersökningen skall begränsas till situationer av detta slag. Det synes därvid lämpligt att skilja mellan fall, där fråga är om tillämpning av olika brottsbeskrivningar i de båda rättegångarna, och fall, där de olika handlingarna påstås utgöra brott mot samma straffstadgande.

§ 1. Tillämpning av olika brottsbeskrivningar

I tysk praxis kan man enligt en av *Schwinge* verkställd analys urskilja två huvudgrupper av fall, i vilka *res judicata* antagits.¹ I den

¹ Se *Schwinge* s. 212 ff.

första gruppen, till vilken hänföras fall, som tidigare i detta arbete behandlats, grundas identiteten på "volle oder teilweise Identität des historischen Geschehens".² Den andra gruppen, som i detta sammanhang är av särskilt intresse, kännetecknas av att "als gemeinsames Merkmal der miteinander verglichenen Vorgänge nur noch die Richtung gegen das gleiche Rechtsgut vorhanden ist".³ I dessa fall utgöres sålunda den identifierande faktorn av "das Rechtsgut" eller "Angriffsobjekt". Trots kritik av enstaka avgöranden ansluter sig *Schwinge* i allt väsentligt till RG:s praxis jämväl såvitt avser den senare gruppen. Avgörande för resjudicatafrågorna bör enligt *Schwinge* vara samma "wertabwägende Verfahren", som kommit till uttryck i den moderna straffrättsliga konkurrensläran: "Jedenfalls ist stets der 'Unrechtswert', der 'kriminelle Gehalt' der in Frage kommenden Handlungen entscheidend — oder wie man sonst den 'materiellen Unrechtsgehalt' bezeichnen mag."⁴ De ändamålssynpunkter, som tala för en dylik straffrättslig värdering såsom måttstock, utvecklar *Schwinge* bl. a. på följande sätt: "Wenn wir bei Identität der Tat bzw. Identität des kriminellen Gehalts von der Verfolgung einer strafbaren Handlung Abstand nehmen, weil schon ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, so tun wir das deshalb, weil durch die frühere Strafverfolgung und Verurteilung oder Freisprechung dem staatlichen Interesse an Repression dieser Angelegenheit schon Genüge getan ist. Bei der erforderlichen Rücksichtnahme auf die Interessen des Staates können wir uns m.a.W. nur unter der Voraussetzung bereit erklären, den neu unter Anklage gestellten Vorgang zu ignorieren, wenn das Ersturteil ihn sachlich, seinem materiellen Unrechtsgehalt nach, schon in irgend einer Weise mit berücksichtigt hat. Ist das nicht der Fall, kann man ihn nicht als miterledigt bezeichnen, so darf man auch die Rechtskraftwirkung des Urteils nicht mit auf ihn erstrecken."⁵ Ståndpunkten motiveras även från praktisk processuell synpunkt med att det vore högst otillfredsställande, om domstolen vore tvungen "wegen der tatbestandsmässigen Divergenz der konkreten Tätigkeiten" "den Gesamtvorgang noch einmal aufzurollen".⁶

Det är tydligt, att de av *Schwinge* framförda synpunkternas räckvidd sträcker sig utöver de fall, som i detta avsnitt intressera oss.

² *Schwinge* s. 215.

³ *Schwinge* a. st.

⁴ *Schwinge* s. 232.

⁵ *Schwinge* s. 235.

⁶ *Schwinge* s. 229.

Bland fall, där res judicata bör antagas på grund av angreppsobjektets identitet nämner *Schwinge* sålunda avvikelser med hänsyn till brottstyperna stöld och häleri ävensom "der praktisch so ausserordentlich wichtige Fall des Überganges von Täterschaft zu Teilnahme und von Teilnahme zu Täterschaft".⁷ Flertalet avvikelser med hänsyn till dessa brottstyper torde utgöra alternativa handlingsavvikelser vid en enda handling, nämligen då de båda gärningsbeskrivningarna äro positivt oförenliga i så måtto att endast en av dem kan ha haft någon motsvarighet i verkligheten. Vid fall av denna art, som redan tidigare behandlats, skola vi i detta sammanhang icke ytterligare uppehålla oss. Avvikelser med hänsyn till brottstyperna stöld och häleri eller medverkan och gärningsmannaskap kunna emellertid även bestå i påståendet av två olika handlingar, som båda kunna ha företagits av den tilltalade. En person har exempelvis åtalats för häleri, bestående i att han med ett stulet föremål vidtagit åtgärder ägnade att försvåra sakens återställande, t. ex. ommålning av en stulen cykel, varefter i nytt åtal göres gällande, att han själv tillgripit cykeln. Det är visserligen rättsligt sett en förutsättning för bifall till häleriåtalet, att den tilltalade icke stulit cykeln, men de positiva åtgärder, som läggas den tilltalade till last i de båda åtalen, äro icke i faktiskt hänseende oförenliga, eftersom han mycket väl kan ha tillgripit cykeln själv och därefter målat om den.⁸ Ett annat exempel, som hänför sig till medverkan och gärningsmannaskap, är följande. En person har åtalats för att ha anstiftat en annan att begå en inbrottsstöld. Sedan dom över åtalet vunnit laga kraft, göres i nytt åtal gällande, att den tilltalade själv deltagit i stöldens utförande på sådant sätt, att han bör dömas såsom gärningsman. Jämlikt 3:4 SL skall den tilltalade icke dömas för både anstiftan och gärningsmannaskap, men intet hindrar, att han kan ha utfört två olika handlingar, som betraktade var för sig uppfylla rekvisiten beträffande dessa olika former av medverkan. Även i fall av sist anført slag, som utgöra föremål för undersökningen i

⁷ *Schwinge* s. 233.

⁸ Från praktisk processuell synpunkt torde en skillnad mellan ett sådant fall av häleri och fall, där hälerihandlingen är positivt oförenlig med stöldhandlingen, exempelvis om den består i inköp av det stulna godset, vara motiverad bl. a. ur bevisningssynpunkt. Det torde normalt icke krävas någon bevisning för att den tilltalade icke gjort sig skyldig till stöld, men däremot fordras givetvis fullt bevis för att han vidtagit de positiva åtgärder, som läggas honom till last såsom häleri. Häleri-paragrafen synes stundom användas som en reservbestämmelse i fall, då man väl kan hysa anledning till antagande, att den tilltalade förövat stölden, ehuru bevisningen icke är tillräcklig för fällande dom, medan det däremot är klart, att han tagit olovlig befattning med det stulna. Se härom vidare nedan s. 223 med not 14.

detta avsnitt, synes antagande av res judicata bli följden, om man tillämpar de av *Schwinge* utvecklade synpunkterna.

Den ståndpunkt i tysk praxis, för vilken ovan redogjorts på grundval av *Schwinges* framställning, har emellertid icke genomgående accepterats inom doktrinen. Särskilt *Binding* har reagerat mot antagande av res judicata "auf Grund der vagen Empfindung eines gewissen Zusammenhanges zweier Strafklagen".⁹ Det måste också sägas, att identiteten av det angreppsobjekt eller "Rechtsgut", mot vilket flera olika förfaranden rikta sig, är ett alltför obestämt kriterium, ägnat att medföra ganska avsevärd osäkerhet i rättstillämpningen.¹⁰

Emellertid föreligger vid vissa handlingar, som enligt *Schwinge* torde anses riktade mot samma "Rechtsgut", ett rättsligt samband av mera gripbart slag. Härmed avses situationer, då en person, som begått flera i och för sig brottsliga handlingar, likväl enligt straffrätts regler icke skall straffas för mer än ett brott. Det föreligger då vad som i svenskt rättsspråk brukar kallas strafflagskonkurrens, närmare bestämt olikartad strafflagskonkurrens, då fråga är om olika brottsbeskrivningar.¹¹

Huruvida olika handlingar, som i och för sig kunna subsumeras under skilda straffbud, bilda reell brottskonkurrens eller allenast olikartad strafflagskonkurrens, är ett spörsmål, vars besvarande kan vålla avsevärda vanskligheter. Problematiken hänför sig till frågan, om en jämförelse mellan de olika straffstadgandena kan anses ge vid handen, att de båda äro samtidigt tillämpliga, eller om något av dem — för att begagna *Hagströmers* uttryckssätt — befinnes vara "förbundet med ett tyst förbehåll, som utesluter dess tillämplighet", då inculpaten är förfallen till ansvar jämlikt den andra brottsbeskrivningen.¹² En närmare utredning angående de straffrättsliga problem, som gräns-

* *Binding*, Abh. II s. 335, jfr s. 329 ff. Däremot förtjänar måhända i anslutning till de nämnda exemplen nämnas, att man inom doktrinen i allmänhet antagit res judicata vid avvikelser med hänsyn till delaktighet och gärningsmannaskap utan något undantag för sådana fall, där de påstådda handlingarna icke äro positivt oförenliga. Se t. ex. *Glaser*, Grünhut 1885 s. 312, v. *Kries* s. 570, jfr s. 599, och *Max Berner* s. 73. Jfr angående dansk rätt *Hurwitz* s. 811 och beträffande fransk rätt *Lacoste* s. 373.

¹⁰ Jfr angående vanskligheten att fastställa innebörden av begreppet "Rechtsgut" *Thornstedt* s. 40 f.

¹¹ Jfr t. ex. *Hagströmer* I s. 649 ff. — Det förtjänar nämnas, att *Schwinge* själv beträffande vissa avvikelssituationer uttalat, att de motsvara "in der materiellrechtlichen Konkurrenzlehre die Strafflose Vor- und Nachtat" resp. die "Konkurrenzform der Subsidiarität". (*Schwinge* s. 233.) Jfr angående dessa och näraliggande företeelser i tysk rätt *Honig*, Strafflose Vor- und Nachtat s. 1 ff.

¹² *Hagströmer* I s. 649. Stundom kan förbehållet vara uttryckligt. Så t. ex. i 3:4 SL beträffande anstiftan och medhjälp i förhållande till gärningsmannaskap.

dragningen mellan brottskonkurrens och olikartad strafflagskonkurrens erbjuder, skulle spränga ramen för denna avhandling. Vi få därför i huvudsak nöja oss med att hänvisa till framställningar inom den straffrättsliga litteraturen, främst den ingående undersökningen hos *Hagströmer*.¹³ Bland fall i nyare praxis, där skilda handlingar ansetts konstituera olikartad strafflagskonkurrens, må nämnas NJA 1943 s. 590 (häleri av stulet gods i förhållande till sådan delaktighet i stölden, som avsågs i 3:5 SL i dess lydelse före den 1 januari 1949) och NJA 1944 s. 684 (ransoneringsbrott, bestående i inköp av varor på stulna ransoneringskort, i förhållande till häleri jämlikt 21:6 första stycket SL genom mottagande av de stulna ransoneringskorten). Såsom ytterligare exempel på fall, där skilda handlingar, som i och för sig kunna subsumeras under olika brottsbeskrivningar, endast bilda olikartad strafflagskonkurrens, kan anföras, att en straffbar förberedelsehandling icke skall föranleda särskilt ansvar, om samma person sedermera bragt brottet till fullbordan.

I sådana fall av nu förevarande typ, där den tilltalade i den första rättegången fällts till ansvar jämlikt det primära lagrummet, torde frågan om res judicata väsentligen sakna praktisk betydelse. Redan förbudet mot dubbelbestraffning lär här i allmänhet utesluta nytt åtal och förhindrar i varje fall ådömande av ansvar jämväl enligt det sekundära lagrummet. Mera betydelsefulla resjudicataproblem erbjuda fall, då i den första rättegången ett yrkande om ansvar jämlikt det primära lagrummet ogillats och det nya åtalet grundar sig på en annan handling, som motsvarar rekvisiten i det sekundära lagrummet. Detsamma gäller situationer, där den första rättegången endast gällt tillämpning av det sekundära lagrummet — vare sig domen blivit fällande eller frikännande — och det nya åtalet grundar sig på en annan handling, som uppfyller rekvisiten i den primära straffbestämmelsen.

Spörsmålet, huruvida res judicata bör antagas i de ifrågavarande situationerna, förefaller vanskligt att besvara. Till stöd för ett nekan- de svar synes först och främst kunna anföras, att det rent språkligt ter sig ganska främmande att tala om samma gärning, när det gäller två olika, i faktiskt hänseende från varandra fristående handlingar. Helt otänkbart är väl dock icke att anse det rättsliga samband, som består i att den tilltalade endast skall straffas för en av handlingarna, sam-

¹³ *Hagströmer* I s. 649 ff. Jfr *Bergendal*, *Lärobok* s. 85 ff., 651 ff. och *Stjernberg*, *Grundlinjer* s. 296 ff.

manhålla dem båda till en enhet, en gärning, med påföljd att dom över en av de däri ingående beståndsdelarna utesluter åtal för den andra delen.

Man har då att fråga sig, om vägande ändamålssynpunkter tala för sistnämnda, språkligt mindre näraliggande tolkning av gärningsbegreppet enligt 30:9 RB eller m.a.o. för att omprövning av ansvarsfrågan bör kunna ske endast vid förhandenvaron av de i 58:3 RB uppställda resningsförutsättningarna. För ett nekande svar synes kunna anföras, att föremålen för utredning och bevisning i de båda rättegångarna, som avse skilda handlingsförlopp, ha ganska föga gemensamt, och att därför ett krav på sannolika skäl här icke torde göra sig gällande med mera avsevärd styrka.¹⁴ Av samma skäl kunde vid första påseende synas, som om några nämnvärda betänkligheter ur processekonomisk synpunkt icke möta mot upptagande till prövning av nytt åtal.¹⁵ Från denna synpunkt sett är det emellertid otvivelaktigt önskvärt, att skilda handlingar, som innefatta olikartad strafflagskonkurrens, icke föranleda mer än ett åtal. Tillämpning av den resningsförutsättning, som består i att den resningssökande skall göra sannolikt, att han haft giltig ursäkt att icke från början åberopa den eller de omständigheter, varpå resningsansökningen grundas, synes sålunda även i här ifrågavarande fall bereda ett önskvärt korrektiv mot vårdslöshet vid utredningen, som föranleder materiellt oriktiga domar och härav betingade krav på omprövning av ansvarsfrågan.

Hur förhåller det sig då med den resningsförutsättning, som hänförs sig till det sist påstådda brottets svårhetsgrad? Är det befogat att i nu ifrågavarande avvikelssituationer tillåta omprövning av ansvarsfrågan endast om det sist påstådda brottet kan förskylla straffarbete och, därest den tidigare domen varit fällande, dessutom medföra tillämpning av en väsentligt strängare straffbestämmelse? Denna fråga kan otvivelaktigt vara föremål för olika meningar, men ett jakande svar synes ha de bästa skälen för sig. Har den tilltalade tidigare fällts till ansvar, ehuru domen i belysning av senare framkomna omständig-

¹⁴ Helt synes man visserligen icke kunna bortse från bevisningssynpunkten ens i sådana fall. Har den tilltalade sålunda dömts jämlikt det sekundära straffbudet, vilar domen på ett antagande, att den tilltalade *icke* förövat någon handling, som föranleder straff jämlikt det primära lagrummet. Då en sådan handling icke ens påståtts i den tidigare rättegången, torde emellertid den stridighet mellan domarna, som i viss mån kan sägas uppkomma vid bifall till nytt åtal, knappast vara av beskaffenhet att påkalla särskilt hänsynstagande vid rättskraftsreglernas utformning.

¹⁵ För här avsedda fall torde sålunda *Schwinges* argument om olämpligheten att på nytt "den Gesamtvorgang aufrollen" knappast äga giltighet.

heter ter sig för lindrig, torde sålunda samma avvägning som eljest mellan å ena sidan den tilltalades trygghet och å andra sidan straffrättsskipningens effektivitet böra vara tillämplig vid bedömandet huruvida omprövning av ansvarsfrågan skall tillåtas. Var den tidigare domen frikännande, förefaller det mera tveksamt, om en förutsättning för omprövning, som hänför sig till det sist påstådda brottets svårhetsgrad, är berättigad. Man kan fråga sig, om det är rimligt, att den omständigheten, att en person frikänts från ansvar för en åtalad handling, skall förhindra åtal för en helt annan handling, låt vara att handlingarna stå i ett visst straffrättsligt samband. Såsom ofta understrukits, måste emellertid frågan om res judicata besvaras på samma sätt, vare sig den första domen blivit fällande eller frikännande. Det torde f. ö. även i en sådan situation knappast kunna anses ur effektivitetssynpunkt betänkligt, att den frikände icke ånyo ställes till ansvar, om det sist påstådda brottet är av så ringa svårhetsgrad, att straffarbete icke ingår i straffskalan.

§ 2. Tillämpning av samma brottsbeskrivning

Om i en rättegång avgjorts fråga om ansvar för en åtalad handling, är det tydligt, att domen icke utgör hinder mot nytt åtal för en annan handling, även om det är samma brottsbeskrivning som ifrågasättes tillämpad, under förutsättning att de båda handlingarna bilda reell brottskonkurrens. Svårbedömda resjudicataproblem uppstå däremot, om de olika handlingarna endast bilda likartad strafflagskonkurrens, dvs. om de trots att de var för sig uppfylla brottsbeskrivningens rekvisit tillsammans utgöra ett enda brott.

Även i detta sammanhang möter sålunda först och främst ett straffrättsligt problem, nämligen gränsdragningen mellan brottskonkurrens och likartad strafflagskonkurrens. Det gäller härvid att avgöra, huruvida olika handlingar, vilka var för sig innefatta det minimum, som fordras för straffbestämmelsens tillämpning, tillsammans tagna överstrida det maximum som rymmes under en enkel tillämpning av straffstadgandet eller icke. Tydligt är, att det mått av handlande, som rymmes under en enkel tillämpning av ett straffbud, varierar allt efter

den ifrågavarande brottstypens konstruktion och beskaffenheten av det ändamål, som uppbär straffbudet. En närmare undersökning av gränsdragningen mellan brottskonkurrens och likartad strafflagskonkurrens skulle därför förutsätta en ingående granskning av straffrättens brottstyper, som dels icke rimligen kan företagas inom ramen för detta arbete och dels knappast kan väntas medföra resultat av nämnvärd räckvidd utöver det enskilda fallet. Vi få därför beträffande denna gränsdragning i huvudsak hänvisa till framställningar inom den straffrättsliga litteraturen, särskilt av *Hagströmer*¹⁶ och *Stjernberg*¹⁷ samt, såvitt gäller specialstraffrätten, där den likartade strafflagskonkurrensen är ojämförligt vanligast förekommande, av *Bergendal*,¹⁸ vilka framställningar trots senare företagna lagändringar beträffande olika brottsbeskrivningar alltså i väsentliga hänseenden giva en betydelsefull vägledning.¹⁹

I. Ett spørsmål av väsentligt intresse i detta sammanhang, som där emot i allmänhet icke behandlats mera ingående i straffrättslitteraturen och som därför här icke torde böra förbigås, gäller i vad mån processuella faktorer såsom mellankommande åtal och dom inverka på det straffrättsliga sambandet mellan olika handlingar, vilka eljest enligt de straffrättsliga reglerna tillsammans utgöra ett brott.

För ett stort antal fall är denna fråga besvarad av lagstiftningen. Före ikraftträdandet av 1938 års lagstiftning om sammanträffande av brott gällde sålunda enligt en mängd specialstraffrättsliga bestämmelser av något olika formulering men väsentligen samma innebörd, att tilltalad, som fortsatte sitt brottsliga förfarande, skulle dömas till *särskilt straff* för varje gång åtal ägde rum.²⁰ I stället för bestämmelser av denna innebörd skall enligt första punkten av övergångsbestämmelserna till 1938 års ändringar i 4 kap. SL gälla, att såsom *särskilt brott* skall

¹⁶ Se *Hagströmer* I s. 618 ff. Efter en ingående specialundersökning uppställer *Hagströmer*, I s. 638, ett allmänt kriterium, enligt vilket "det städse kommer an på, om af den för den ifrågavarande brottsarten karakteristiska *rättsstridiga effekten*, eller, såsom det ock kan uttryckas, *rättskränkningen* förekommit eller icke förekommit mera, än som rymmes under straffbudet".

¹⁷ Se *Stjernberg*, Grundlinjer s. 292 ff.

¹⁸ Se *Bergendal*, Lärobok s. 657 ff.

¹⁹ Jfr även utredningen hos *Palme*, Det fortsatta brottet s. 37 ff. På enstaka punkter, särskilt i samband med tolkning av rättsfall, få vi i det följande anledning att beröra hithörande spørsmål.

²⁰ Bland dylika stadganden må nämnas 9 § lagen 21 september 1915 om behörighet att utöva läkarkonsten, 21 § KF 28 maj 1918 ang. handel med vissa begagnade föremål m. m., 15 § KF 1 juli 1918 ang. vissa alkoholhaltiga preparat m. m., 34 § KF 11 juli 1919 ang. försäljning av pilsnerdricka, 18 § KF 8 maj 1925 ang. försäljning av vissa alkoholfria och därmed jämförliga drycker, 34 § motorfordonsförordningen 23 oktober 1936, 45 § vägtrafikstadgan 23 oktober 1936 samt 7 kap. 14 § KF 18 juni 1937 ang. försäljning av rusdrycker.

anses vad den tilltalade före varje åtal förbrutit. Ifrågavarande stadganden, vilka här skola benämnas *avbrottsstadganden*, utesluta sålunda möjligheten att till ett brott sammanfatta handlingar, som förövats före och efter ett åtal. Beträffande den exakta tidpunkten för avbrottet synes man i första hand ha att hålla sig till de olika stadgandenas ordalag, eftersom de genom nämnda övergångsbestämmelse torde ha upphävts endast i den mån de stått i strid mot de nya principerna om gemensamt straff. Om enligt ett avbrottsstadgande avbrottet anknutits till delgivning av stämning, lär sålunda tidpunkten härför fortfarande vara den relevanta. En viss tvekan har man däremot anledning att hysa beträffande avbrottsstadganden, som anknyta avbrott till att åtal "anhängiggöres" eller "äger rum". Med dessa variationer i formuleringen har säkerligen icke åsyftats någon saklig skillnad gentemot bestämmelser av den förstnämnda typen. Numera skall emellertid enligt 45:1 och 47:1 RB åtal — med undantag för fall, då åklagare själv utfärdar stämning — anses väckt, då stämningsansökan inkommit till rätten. Efter lagens ordalag skulle sålunda numera vid stadganden av sistnämnda typ tidpunkten för avbrottet ha skjutits fram till tiden för stämningsansöknings ingivande. Det kan emellertid starkt ifrågasättas, om denna tolkning bör accepteras. Det förefaller nämligen uppenbart irrationellt, att frågan, huruvida en person gjort sig skyldig till ett eller flera brott, göres beroende av en sådan händelse som ingivande av stämningsansökan, varom han icke äger kännedom.^{20a} Det godtyckliga häri framstår tydligt först och främst i betraktande av bestämmelsen i 45:1 RB, att då åklagare själv utfärdar stämning, åtalet anses anhängiggjort först i och med delgivning. Frågan huruvida ett eller flera brott föreligger, lär icke rimligen kunna göras beroende av vilken form för åtals väckande som användes. Härtill kommer, att man enligt en bokstavstolkning finge olika tidpunkter för avbrottet i fall, som ur förevarande synpunkt äro fullt likartade, allt efter variationer i författningsbestämmelsernas avfattning, vilka vid deras tillkomst torde ha saknat betydelse. I all synnerhet som intet i RB:s förarbeten antyder, att man åsyftat eller beaktat den ifrågavarande konsekvensen, synes man knappast böra anse sig av lagtextens ordalag förhindrad att antaga den lösning, som enligt det anförda måste anses mest ändamålsenlig. Vid båda de nämnda typerna av avbrottsstadganden torde sålunda tidpunkten för avbrottet fortfarande böra förläggas till stämningens delgivning.^{20b}

^{20a} Se angående de sakliga skälen för förläggande av avbrottet till tidpunkten för delgivning av stämning nedan s. 229 f.

Är det sagda riktigt, blir vid tillämpning av avbrottsstadgande vad den tilltalade förbrutit före och efter delgivning av stämning att anse som skilda brott,²¹ och enligt vad tidigare framhållits torde ingen tvekan råda om att de kunna successivt åtalas i skilda rättegångar.²²

Vanskligare att bedöma är däremot spörsmålet vid tillämpning av författning utan avbrottsstadgande. Det synes lämpligt att härvidlag skilja mellan fall, då brottslighetens fortsättande består i positivt handlande, och fall, då fortsättandet består i underlåtenhet.²³

a. I fall av den första typen har HD i några äldre rättsfall ansett ytterligare ansvar icke kunna utan stöd av uttryckligt stadgande

^{20b} Givet är, att bestämmandet av tidpunkten, då en person är "tilltalad" och sålunda ett avbrottsstadgande överhuvud blir tillämpligt på fortsatt brottslighet, bör ske efter samma riktlinjer.

²¹ Avbrottsstadgandena torde även härutöver vara av betydelse för frågan, huruvida ett eller flera brott föreligga. Då det säges, att vad den tilltalade före varje åtal förbrutit skall anses som *särskilt brott*, synes detta efter ordalagen böra uppfattas så, att allt vad han före varje åtal förbrutit är att anse som *ett enda brott*, oavsett antalet handlingar och den tidrymd, under vilken de förövats. (Häremot kan visserligen invändas, att 4:3 SL i sin äldre lydelse trots uttrycken "fortsättning av ett och samma brott" och "straffets bestämmande för det brott", ansetts tillämplig på flera brott. Man torde emellertid vara befogad att tillmäta ordalagen avsevärt större vikt i en så sent som 1938 införd bestämmelse än i den äldre lydelsen av 4:3 SL, som tillkommit redan 1864.) Sannolikt få stadgandena även tolkas så, att med *varje åtal* även avses det första åtalet, dvs. att allt vad den tilltalade förbrutit före delgivning av den första stämningen likaledes är att betrakta såsom ett enda brott. Det vill nämligen synas inkonsekvent, att handlingar, som förövats efter delgivning av stämning, skulle sammanfattas till ett brott i större utsträckning än vad fallet vore beträffande handlingar, som företagits före delgivning av stämning. Är detta riktigt, synes man även böra till ett brott sammanfatta allt vad den tilltalade förbrutit före delgivning av stämning, även om den tilltalade icke därefter fortsatt sitt brottsliga förfarande och sålunda någon sådan situation icke uppstår, som avses med avbrottsstadgandena. Det kan nämligen icke antagas, att vad den tilltalade förbrutit före delgivning av stämning skulle i större utsträckning sammanfattas till ett brott, om han därefter fortsatt sitt brottsliga förfarande, än om så icke skett.

²² I praxis har detta antagits jämväl i ett fall, där den första domens tidsangivelse gjorts så vidsträckt, att den kunnat omfatta även tid efter stämningens delgivning. I rättsfallet NT 1876 s. 686 dömdes sålunda en person genom sedermera laga kraftvunnet utslag den 4 juli 1871 efter stämning, som delgivits honom den 17 april 1870, för olovlig brännvinsutskänkning "under åren 1869 och 1870". Utan hinder härav ansågs han sedermera kunna åtalas och fällas till ansvar för det med hans vetskap "hans hustru i Augusti eller September 1870 olofligen utskänkt ett kvarter bränvin".

²³ Denna indelning sammanfaller icke helt med indelningen i brott medelst positivt handlande och underlåtenhetsbrott. Till den senare gruppen hänföras sålunda förutom de egentliga underlåtenhetsbrotten även brott av blandat positivt och negativt karaktär, nämligen där brottsligheten består i framkallandet av ett visst tillstånd, som sedermera icke undanröjes, exempelvis vid brott mot förbud att på viss plats förvara eldfarlig olja. Till den senare gruppen torde höra flertalet perdurerande brott, dvs. brott, vid vilka man enligt Agge, Lärobok s. 145, "tager sikte på att ett brottsligt handlingssätt eller tillstånd fortgår resp. upprätthålles under någon mera påtaglig tidrymd". Sådana perdurerande brott, vid vilka handlingssättet fortgår resp. tillståndet upprätthålles genom positiva åtgärder, hänföras emellertid till den första gruppen.

ådömas för handlingar, som förövats under tiden mellan åtal och dom.²⁴ Däremot har HD i ett flertal senare rättsfall ådömt ytterligare ansvar för dylika handlingar, vilka synas ha uppfattats såsom särskilt brott. Denna uppfattning torde kunna sägas vara den dominerande i rättspraxis.²⁵ Man synes sålunda kunna påstå, att de olika avbrottsstadgandena numera i praxis uppfattas såsom uttryck för en allmän princip, enligt vilken mellan verksamhetsakter, som företagits före och efter delgivning av stämning, icke kan föreligga sådant straffrättsligt samband, att de tillsammans utgöra ett enda brott.²⁶ Härav torde otvivelaktigt följa, att nytt åtal beträffande de senare förövade hand-

²⁴ Se NT 1876 s. 654, NJA 1877 s. 308 och 1917 B 425. Från hovrättspraxis kan antecknas Svea HovR:s laga kraftvunna utslag 28 januari 1937 i mål mellan F. S. Ridderheim och allmän åklagare. — I detta sammanhang må anmärkas, att särskilt ansvar ansetts icke kunna för vissa handlingar ådömas R. dels i ett mål, som avgjorts genom laga kraftvunnet utslag av Svea HovR den 2 augusti 1937, dels ock i ett av HD den 12 februari 1938 avgjort mål (NJA 1938 B 83), varvid åberopats, att de ifrågavarande handlingarna förövats före dom i andra mål om ansvar för likartade handlingar (i sistnämnda fall, där dock R. ensam klagade, lämnades HovR:s motivering utan ändring av HD). I dessa fall hade emellertid även tidpunkten för delgivning av stämning i de först avgjorda målen inträffat efter det de ifrågavarande handlingarna företagits. Motsvarande förhållande bör observeras även beträffande HovR:s motivering i NJA 1939 s. 134 samt e.o. assessorn *Svennegårds* votum i SvJT 1938 rf. s. 30, varom närmare nedan s. 248 f. — Att man stundom varit obenägen för en analogisk tolkning av avbrottsstadganden framgår också av rättsfallet NJA 1889 s. 459. Enligt ett avbrottsstadgande skulle för brott av det slag, som åtalet avsåg, särskilt ansvar ådömas för varje gång stämning delgivits. Muntlig utvidgning inför rätta av åtalet till att avse efter stämningens delgivning förövade handlingar ansågs icke kunna grunda särskilt ansvar.

²⁵ Se NJA 1890 s. 372, 1909 s. 173, 1910 s. 237, 1933 s. 719, 1937 B 1056 och 1057 samt 1944 s. 57. I NJA 1910 s. 669 ansågs i motsats mot i NJA 1889 s. 459 vid tillämpning av författning med avbrottsstadgande, enligt vilket särskilt ansvar skulle ådömas för varje gång stämning delgivits, dylikt ansvar kunna följa även vid muntlig utvidgning av åtalet inför rätta.

²⁶ Däremot ha dylika verksamhetsakter ansetts kunna tillsammans utgöra ett fortsatt brott. Se t. ex. NJA 1925 s. 22, där omständigheterna voro följande. (Uppgifterna ha delvis hämtats ur akten i NJA 1922 B 672 och RR:s protokoll i sistnämnda mål.) E. M. Ångström hade vid en rättegång den 25 oktober 1920 beskyllt J. Fällman för att vid en fastighetsförsäljning för Ångströms räkning falskeligen ha upprättat ett tillägg till de ursprungliga köpehandlingarna. Härför hade Ångström efter stämning, som delgivits honom den 1 november 1920, genom utslag av HD den 6 december 1922 (NJA 1922 B 672) dömts till böter. Sedan avgörandet vunnit laga kraft, lade Fällman i nytt åtal Ångström till last, att han i skrivelse till KB i Västerbottens län den 19 november 1920 påstått, att Fällman förfarit brottsligt genom upprättandet av berörda tillägg till köpehandlingarna, vilket påstående förmenades innefatta falsk angivelse av Fällman. HD, som fann det åtalade förfarandet icke utgöra falsk angivelse men väl beskyllning av obetänksamhet för brott, uttalade, att "den nu åtalade handlingen och nyssnämnda av K. M. bedömda utgöra fortsättning av ett och samma brott" samt dömde Ångström jämlikt 16:7 st. 3 SL och 4:3 samma lag till ytterligare böter. — Det synes tämligen klart, att de olika handlingarna ansetts var för sig utgöra ett brott och tillsammans bilda ett fortsatt brott i vidsträckt mening. Se angående sistnämnda begrepp nedan s. 243 f. Jfr även NJA 1887 s. 424, 1909 s. 636 och 1915 s. 614.

lingarna skall upptagas till prövning, en konsekvens som också accepteras i praxis.²⁷

Inom doktrinen synes man i allmänhet icke ha ifrågasatt, att redan delgivning av stämning skulle avklippa det straffrättsliga sambandet mellan likartade handlingar, medan man däremot är ense om att dom över vissa handlingar förhindrar, att de tillsammans med efter domen företagna handlingar betraktas såsom ett brott.²⁸

Den svenska doktrinen uppfattning synes överensstämma med vad som i allmänhet antagits i *tysk* och *fransk* rätt.²⁹ Såvitt gäller *dansk* rätt har *Hurwitz* utan att ingå på bedömande av konkurrensfrågan uttalat, att för "Handlinger, der ligger *efter* den oprindelige Sags Afslutning, er Paatalen ikke prækluderet".³⁰

Den ståndpunkt, som svensk rättspraxis intagit, synes vara den, som har de bästa skälen för sig. Fortsättandet av en brottslig verksamhet, som blivit föremål för beivran i laga ordning, tyder otvivelaktigt på en sådan grad av asocialitet, att det måste anses motiverat att behandla den efterföljande brottsligheten såsom ett särskilt brott. Sammanfattandet av likartade verksamhetsakter till ett brott torde bl. a. i viss mån bygga på tanken, att hämningarna mot att begå brott försvagas, då tidigare likartade förfaranden visat sig undgå beivran, medan däremot brottsbeivrande åtgärder utgöra motivbildande faktorer, vilka beträffande den fortsatta brottsligheten indicera en högre grad av intensitet hos den brottsliga viljan. Anlägger man ett dylikt psykologiskt betraktelsesätt, synes det foljdriktigt att anknyta avbrottet i brottsammanhanget redan till tidpunkten för stämningens delgivning. För ståndpunkten att förlägga avbrottet till tidpunkten för domen eller eventuellt till den tidpunkt, då domen vinner laga kraft, kan visser-

²⁷ Se de i not 25 anmärkta rättsfallen NJA 1909 s. 173, 1933 s. 719 (där dock de båda målen avgjordes samtidigt av HD), 1937 B 1056 och 1057 samt 1944 s. 57 ävensom det i not 26 anmärkta rättsfallet NJA 1925 s. 22. I sistnämnda rättsfall skulle dock tämligen säkert de olika handlingarna ha ansetts utgöra skilda brott, även om de båda företagits före delgivning av stämning.

²⁸ Se sålunda *Bergendal*, Lärobok s. 662 och *Hagströmer* I s. 619 samt beträffande vanemässig och yrkesmässig brottslighet *Agge*, Processförmålet s. 39. Jfr även angående den genom 1938 års konkurrenslagstiftning avskaffade rättsfiguren fortsatt brott *Sjunnesson* s. 180 och *Agge*, a. a. s. 37. Jfr dock *Strahl*, Påföljder för brott s. 168: "Den serie handlingar, som skall anses utgöra ett brott, avbrytes emellertid genom dom eller måhända redan genom åtals anhängiggörande.

²⁹ Se beträffande tysk rätt *Höpfner* II s. 182 ff., *Preiser* s. 768 f. och *Buchholz* s. 58 f. samt hos dessa författare anförda rättsfall. Angående den franska rätten må hänvisas till *Lacoste* s. 363 ff. och *Garraud* VI s. 225 ff. samt hos dessa författare anförda rättsfall.

³⁰ *Hurwitz* s. 812.

ligen anföras, att förfarandets olaglighet först härigenom blir otvetydigt fastslagen. Det torde emellertid icke kunna anses oberättigat att fordra, att den tilltalade, även om han själv är övertygad om att förfarandet icke är straffbart, inställer vidare åtgärder under den tid, då han står under åtal, vid äventyr att ytterligare åtgärder betraktas såsom ett självständigt brott.³¹

Med den ståndpunkt till frågan om brottskonkurrens, som praxis intagit och som enligt det anförda befunnits väl motiverad, är också frågan om res judicata besvarad, såvitt gäller handlingar företagna efter delgivning av stämning. Sådana handlingar böra sålunda kunna beivras i särskild rättegång, utan hinder av att den första processen avgjorts genom laga kraftvunnen dom.

b. Vad härefter gäller fall, där brottslighetens fortsättande består i underlåtenhet, ha i *utländsk rätt* delade meningar framträtt. *Hurwitz'* tidigare anförda uttalande, att rättskraften icke omfattar handlingar, som ligga efter den första rättegångens avslutning, gäller även "Tillstandsforbrydelser", och något undantag för det fall, att tillståndets upprätthållande består i underlåtenhet, uppställs icke.³²

Från *tysk praxis* kan antecknas ett hos *Höpfner* anmärkt rättsfall, där en "Landwehroffizier", som frikänts från åtal för "unerlaubte Auswanderung", åtalades för "fortdauernde Abwesenheit", sedan domen vunnit laga kraft. Satsen ne bis in idem ansågs av RG tillämplig under hänvisning till "dass es sich hier um ein delictum continuatum nicht reiteratum handle".³³ Däremot har enligt uppgift av samme författare praxis vid Oberlandesgerichte varit vacklande i fall av "fortdauernd unterlassener Impfung".³⁴ Såsom sin egen åsikt framhåller *Höpfner*, att man måste betrakta brottslighetens fortvaro efter domen såsom ett självständigt brott även vid underlåtenhetsbrott.³⁵

³¹ Det vore från denna synvinkel måhända icke orimligt att tillägga redan under rättelse om misstanke för brott jämlikt 23:18 RB samma betydelse som åtal. Jfr t. ex. NJA 1893 B 272, där HovR:n ansåg, att två skilda brott förelågo, då den tilltalade, som vid flera olika tidpunkter samma dag gjort sig skyldig till överdådig framfart, dessmellan anhöllits och införts på polisvaktkontor för förhör. Längre än till delgivning av stämning torde man dock knappast böra gå.

³² Från dansk praxis förtjänar i detta sammanhang nämnas rättsfallet U 1930 s. 179. En gårdsägare hade dömts till böter och förelagts vite för underlåtenhet att "genoprette en Gaard som selvstændigt Avlsbrug". Den tilltalade, som underlät att ställa sig domen till efterrättelse, i det han betalade vitet, blev ånyo dömd till böter och förelagd nytt vite. I detta fall synes brottsligheten visserligen ha varit av blandat positiv och negativ karaktär.

³³ Se *Höpfner* II s. 188.

³⁴ Se *Höpfner* a. st.

³⁵ Se *Höpfner* II s. 215. (Till *Höpfners* argumentering härför återkomma vi i det följande.) Jfr *Max Berner* s. 106 ff. Enligt denne författare är ett brott "Ver-

Beträffande fransk rätt bör i förevarande hänseende observeras en distinktion mellan två grupper av "délits continus", nämligen "délits successifs" och "délits permanents".³⁶ Beträffande den förstnämnda gruppen, som kännetecknas av att fortsättandet fordrar "l'intervention renouvelée de la volonté coupable", antages i teori och praxis, att fortsättande efter dom bildar ett självständigt brott, som kan åtalas i senare rättegång. Beträffande "délits permanents" däremot, som kännetecknas av att fortsättandet icke fordrar någon ny viljeakt, intager praxis en motsatt ståndpunkt, som av *Garraud* återgives på följande sätt: "la première poursuite épuise la répression, quelque temps qu'ait duré l'action ou l'inaction incriminée et alors même qu'elle se serait continuée postérieurement à la condamnation; une seconde poursuite, fondée sur cette dernière circonstance, se heurterait, par identité de cause, à l'autorité de la chose jugée".³⁷ Till denna ståndpunkt synes även doktrinen i allmänhet ha anslutit sig. Det bör emellertid anmärkas, att *Lacoste* gör ett viktigt undantag för det fall, att "il y a eu une injonction de faire cesser l'état de choses à raison duquel la première a été exercée".³⁸

I *svensk* praxis märkas först och främst tre rättsfall rörande underlåtenhet att fullgöra en *kontinuerlig tjänstgöringsskyldighet*.

I det första av dessa, refererat i NJA 1942 s. 463, dömdes E. V. Johansson för att ha olovligen avvikit från tjänstgöring som civilarbetare vid krigsmakten och därefter hållit sig undan intill tiden för utslaget. Samtidigt uppmanades han av åklagaren att omedelbart inställa sig vid förläggningen, vilken uppmaning han dock icke efterkom. Hans fortsatta undanhållande ansågs av samtliga instanser utgöra nytt brott.³⁹

I NJA 1944 s. 553 dömdes en vapenfri värnpliktig, A. H. Andersson i Rångsta, till straff för avvikande från förläggningen och undanhållande intill tidpunkten för meddelande av utslag. Liksom i 1942 års fall erinrades den tilltalade om sin inställeskyldighet, denna gång av rättens ordförande. Han underlät likväl i fortsättningen att inställa sig och åtalades därför på nytt. Det fortsatta undanhållandet ansågs av alla instanser utgöra nytt brott, och i HD:s motivering uttalades,

letzung der Rechtsordnung" och "die prozessabschliessende Entscheidung das Mittel, wodurch diese Verletzung repariert wird". Med utgångspunkt härifrån antages, att den tilltalades fortsatta förhållande efter domen utgör nytt brott, även då det består i underlåtenhet.

³⁶ Se härom t. ex. *Cuche* s. 24.

³⁷ *Garraud* VI s. 225 f.

³⁸ Se *Lacoste* s. 363 f.

³⁹ RR:ns ordförande var emellertid skiljaktig och grundade den avvikande uppfattningen på att Johansson "ännu icke blivit återförd till förläggningen och således icke kan anses hava gjort sig skyldig till förnyat olovligt undanhållande".

att nyssnämnda erinran om inställeskyldigheten härvid vore irrelevant. Samtidigt med detta mål avgjordes på samma sätt ett analogt mål mot annan tilltalad.

I ett flertal rättsfall ha däremot personer, som åtalats eller dömts för underlåtenhet att fullgöra en *enstaka prestation* och som sedermera åtalats för det prestationen ännu någon tid efter åtalet eller domen icke fullgjorts, ansetts icke kunna ådömas ansvar för den fortsatta underlåtenheten.

Det äldsta av dessa rättsfall daterar sig från 1867.⁴⁰ Åkaren Olof Lindström åtalades den 23 januari 1866 för att han, som den 20 i samma månad intagit plats å åkarestationen i Myntgränden, därvid haft en droska, vars inre klädsel varit i hög grad oren och barsliten. Den 30 januari 1866 dömdes Lindström av ÖÅ till böter. Samma dag tilltalades han åter för det han den 28 januari 1866 begått enahanda förseelse som den 20 i samma månad och dömdes även härför till böter av ÖÅ. Sedan Lindström besvärat sig över båda utslagen, fann HovR:n, vars utslag icke ändrades av HD:s majoritet, att underlåtenheten att hålla droskan i föreskrivet skick vid båda tillfällena endast utgjorde en förseelse, vid vilket förhållande ytterligare ansvar icke lagligen kunde åläggas Lindström.⁴¹

På samma linje gick utgången i ett rättsfall, refererat i NT 1870 s. 327. Änkan M. C. Elzvik dömdes till böter för underlåtenhet att söka uppbud å fast egendom i Stockholm. Mer än tre månader efter detta avgörande åtalades hon för fortsatt underlåtenhet. Åtalet ogillades av alla instanser, i HD med motivering, att "något ansvar för fortsatt försummelse att å inköpt fastighet söka uppbud icke funnes i lag stadgad".

Ännu ett avgörande i samma riktning återfinnes i NJA 1882 s. 301. E. Nachman dömdes den 4 mars 1881 till böter för underlåtenhet att

⁴⁰ NT 1867 s. 599.

⁴¹ I detta rättsfall var brottet av blandat positiv och negativ karaktär, ehuru tyngdpunkten synes ligga på underlåtenheten. Belysande för svårigheten att draga gränsen mellan fall av fortsatt underlåtenhet och fortsatt positiv verksamhet är bl. a. en jämförelse mellan detta rättsfall och det förut anmärkta rättsfallet NJA 1890 s. 372, där ytterligare ansvar utdömdes. I sistnämnda rättsfall bestod brottet i utskänkning av spritdrycker i en obesiktigad lokal. Båda fallen kunna sålunda sägas innefatta en kombination av upprepat handlande – intagande vid olika tillfällen av platsen vid droskstationen resp. utskänkningen – och fortsatt underlåtenhet – att avhjälpa bristerna på droskan resp. att utverka besiktning av lokalen. I det sistnämnda fallet torde emellertid tyngdpunkten ligga på den positiva verksamheten (det är ju bl. a. icke säkert, att tillstånd till utskänkning skulle ha meddelats efter besiktning, i vilket fall avhjälpan av underlåtenheten icke gjort en fortsättning av verksamheten rättsenlig), i det förstnämnda däremot på underlåtenheten, ur den synpunkten att reparation av droskan utan vidare skulle ha gjort fortsatt drosktrafik laglig. Uppenbarligen är emellertid gränsdragningen ganska subtil.

efter flyttning till vederbörande roteman avlämna prästbevis. Innan detta utslag vunnit laga kraft, åtalades Nachman på nytt för det han ännu den 18 mars samma år icke avlämnat sitt prästbevis. ÖÅ fällde till ansvar, men dess utslag undanröjdes av HovR:n, som yttrade, att "Nachman redan genom ofvanberörda d. 4 Mars meddelade utslag blifvit för underlåtenhet att vid anmälan hos roteman om sin i fråga varande flyttning aflemna prestbevis dömd till det ansvar, som i omförmälda K.Br. vore i sådant afseende stadgadt". HovR:ns utslag lämnades av HD utan ändring.

De anförda rättsfallen bilda en obruten linje i HD:s praxis. Nästa gång ett spörsmål av denna typ ställdes på sin spets, gick emellertid avgörandet i motsatt riktning. I rättsfallet NJA 1908 s. 497 hade P. Eriksson ådömts ansvar för underlåtenhet att avhjälpa vid en brandsyn anmärkta brister och meddelats vitesföreläggande i sådant hänseende. Sedan vid en följande brandsyn gjorts anmärkning rörande samma brister, utdömdes ånyo ansvar. HD:s avgörande dikterades emellertid av en knapp majoritet (4 JR mot 3).

1908 års fall synes endast ha inneburit ett tillfälligt avsteg från en i övrigt konsekvent ståndpunkt i praxis beträffande fortsatt underlåtenhet att fullgöra en enstaka prestation. I ett rättsfall, som refereras i SvJT 1927 rf. s. 1, där en bilägare fällts till ansvar för underlåtenhet att avlämna föreskriven uppgift angående automobils skattevikt m. m., ansågs han sålunda av HovR:n icke kunna dömas till ansvar för fortsatt underlåtenhet att avlämna den ifrågavarande uppgiften.

År 1931 fick HD anledning att återkomma till frågan.⁴² Värnpliktige H. Augustsson blev genom laga kraftvunnet utslag av KrigsR dömd till böter för underlåtenhet att under sin första tjänstgöring fullgöra honom enligt lagen 2 juni 1916 om skyddskoppypmpning åvilande ympningsplikt. Sedermera åtalades Augustsson på nytt för det han, som fortfarande fullgjorde första tjänstgöring, ännu icke fullgjort ympningsplikten. Den fortsatta underlåtenheten ansågs lagligen icke kunna föranleda ansvar.

I båda de angivna grupperna av rättsfall torde kunna sägas, att den fortsatta underlåtenheten efter dom indicerar en sådan intensitet i den brottsliges uppsåt, att det i och för sig kan vara motiverat att den bedömes såsom nytt brott. I detta hänseende förtjänar angivas följande argumentering, som Höpfner anfört till stöd för sin uppfattning, att fortsättande av ett underlåtenhetsbrott efter dom alltid bör anses utgöra

⁴² NJA 1931 s. 654.

nytt brott: "Wird ein Gebot nicht befolgt, so kann zur Erreichung des verfolgten Zweckes das Gebot wiederholt, d.h. ein zweites (drittes etc.) Gebot gleichen Inhalts mit dem früheren erlassen werden. Solchenfalls würde die Nichtbefolgung jedes dieser Gebote je eine Unterlassung darstellen. Nun können, solange einer gebietenden Norm nicht gehorcht ist, Umstände eintreten, die vermöge ihrer inneren Beschaffenheit einen Hinweis auf die aus der Norm sich ergebende Pflicht enthalten, und hierin lässt sich ein *erneutes Herantreten der Verpflichtung an den Verpflichteten* erblicken. Ein solcher Umstand ist jedenfalls die Verurtheilung wegen Unterlassung der Erfüllung des Gebots."⁴³

Det olikartade bedömandet i de båda grupperna av rättsfall i svensk praxis kan emellertid sannolikt förklaras på följande sätt. Vid underlåtenhet att fullgöra en kontinuerlig tjänstgörings- eller prestationsskyldighet undandraget sig den tjänstgörings- eller prestationsskyldige ett större mått av handlande, ju längre tid underlåtenheten varar. Med hänsyn härtill torde underlåtenheten före och efter dom ha ansetts var för sig uppfylla rekvisiten i det tillämpliga straffstadgandet. Denna ståndpunkt synes också med hänsyn till det ovan anförda vara väl motiverad.⁴⁴ Då fråga endast är om fullgörande av en enstaka prestation, torde det däremot ha ansetts omöjligt att betrakta rekvisiten i den tillämpliga brottsbeskrivningen såsom uppfyllda mera än i enkel måtto, oavsett hur lång tid underlåtenheten varat, en åsikt som likaledes torde förtjäna instämmande.

I detta läge uppställer sig beträffande den perdurerande underlåtenheten att fullgöra en enstaka prestation spörsmålet, om den fortsatta underlåtenheten efter fällande dom skall kunna betraktas som en för-

⁴³ Höpfner I s. 250. — Såsom förut nämnts, anser även *Lacoste*, att underlåtenhetens fortsättande efter dom kan utgöra nytt brott, men endast under förutsättning att i administrativ väg utfärdats ett påbud att fullgöra prestationen. Jfr *Lacoste* s. 364 noten.

⁴⁴ Att avbrottet i brottsammanhanget anknutits först till domen och icke redan till delgivning av stämning torde vara motiverat därav, att den tillalade bör givas någon tid att hinna fullgöra sin prestationsskyldighet. Fullgörande är ju ofta omöjligt under tiden mellan åtal och dom, exempelvis om den tillalade är häktad. Av samma skäl torde för antagande av nytt brott böra krävas, att en icke alltför obetydlig tid förflutit efter domen och givetvis även att laga hinder mot fullgörande, exempelvis i form av mellankommande straffverkställighet, icke förelegat. — Fall, där underlåtenheten hänför sig till flera, vid bestämda tidpunkter med visst mellanrum förfallande prestationer, synas däremot böra jämnställas med positivt handlande även så till vida, som avbrottet anknytes till tidpunkten för stämningens delgivning. Jfr NJA 1879 s. 286. (Datum för delgivning av stämning för den första underlåtenheten i detta fall har icke kunnat utläsas av handlingarna men måste ha infallit före den senare underlåtenheten, eftersom det första målet avgjordes av underrätten redan den 7 september 1875.)

svårande omständighet, som i anledning av nytt åtal kan föranleda höjning av straffet inom ramen för den för enkel brottslighet tillämpliga straffskalan. Den praxis, för vilken ovan redogjorts, torde innebära, att även en sådan höjning av straffet ansetts utesluten. Detta resultat torde också vara bäst förenligt med 30:9 RB. Underlåtenhet att fullgöra en enstaka prestation torde sålunda knappast kunna anses utgöra mer än en gärning, oavsett under vilken tidrymd underlåtenheten ägt rum. Det förefaller också klart, att denna ståndpunkt är mest tillfredsställande i fall, då det första åtalet ogillats, en situation som emellertid icke synes ha aktualiserat något resjudicataspörsmål i svensk praxis.⁴⁵

Den uppfattning, som i det föregående hävdats beträffande frågan om res judicata, innebär, att inskridande i straffrättslig väg är uteslutet såsom korrektiv mot fortsatt underlåtenhet att fullgöra en enstaka prestation efter fällande dom. Uppenbarligen vore det emellertid föga tilltalande, om fällande dom för underlåtenhet att fullgöra en sådan prestation betoge samhället varje möjlighet att framtvinga den påbudna prestationen. För att kunna besvara spørgsmålet, om res judicata bör förordas även de lege ferenda, har därför synts påkallat att något beröra ett problem vid sidan av resjudicatafrågan, nämligen spørgsmålet, huruvida *vitessanktionen* står till buds för framtvingande av prestationen efter fällande dom.

I ett flertal författningar har myndighet erhållit befogenhet att förelägga vite för underlåtenhet att fullgöra vid straffansvar påbudna prestationsskyldighet. Stundom har härvid vitessanktionens användning begränsats till en efter fällande dom fortsatt underlåtenhet,⁴⁶ stundom åter lämnas ingen föreskrift angående förhållandet mellan straff- och vitessanktionerna.⁴⁷ Att även vid stadganden av sistnämnda utformning vite kan användas för att framtvinga prestation vid tredska efter fällande dom lär vara otvivelaktigt.⁴⁸

Å andra sidan har man emellertid att observera, att i åtskilliga författningar stipuleras förbud mot att använda vite mot förfaranden, för vilka

⁴⁵ Tvekan kan emellertid råda om det fall, att åtalet ogillats, emedan prestationen ännu icke ansetts förfallen. I en sådan situation kunde synas rimligt, att åtal sedermera finge väckas, därest det visade sig, att prestationen fortfarande icke fullgjorts vid den senare tidpunkt, då skyldigheten att prestera inträtt. Det synes emellertid tvivelaktigt, om man ens i detta fall kan tala om att de båda åtalerna röra olika gärningar, eftersom det ju icke ifrågasättes, att den tilltalade borde ha fullgjort mer än en prestation.

⁴⁶ Se t. ex. 29 § 1 mom. motorfordonsförordningen 23 oktober 1936.

⁴⁷ Se t. ex. 40 § 2 mom. taxeringsförordningen 28 september 1928.

⁴⁸ Däremot har stundom yppats en viss osäkerhet om vitesbestämmelsers tillämplighet i fall, då ansvar och utdömande av förelagt vite yrkats i samma rättegång. Se t. ex. SvJT 1943 rf. s. 67 och 1946 rf. s. 61 (II). Jfr *Petrén* s. 243 not 1.

straff finnes utsatt i lag eller författning.⁴⁹ Dessa författningsbestämmelser antagas allmänt utgöra uttryck för en allmän regel, medan stadganden av nyss anförd typ tillskrivas karaktären av undantagsbestämmelser.⁵⁰ Med utgångspunkt från denna uppfattning förefaller tydligt, att vite icke kan komma till användning för framtvingande av prestation efter fällande dom utan stöd av särskilt stadgande.⁵¹

På senare tid, sedan vitessanktionen i svensk doktrin blivit föremål för ett flertal rättsliga undersökningar, har emellertid ifrågasatts, om de synpunkter, som antagits motivera det generella förbudet mot vite vid kriminaliserat handlingssätt, kunna upprätthållas. Sålunda har *Fahlbeck* i anslutning till nyare doktrin och praxis i Tyskland hävdad, att straff- och vitessanktionerna fullfölja olika syften, och att därmed grunden för förbudet mot en kumulation av sanktionerna är undanryckt.⁵² *Ekelöf* finner visserligen, att straff och vite i allt väsentligt fylla samma funktion, men att vite många gånger är erforderligt såsom förstärkning av straffhotet, varför även denne författare de lege ferenda förordar en kumulation av sanktionerna.⁵³

Oavsett vilken av dessa båda uppfattningar som bäst motsvarar verkligheten, vill det synas som om en utvidgning av vitessanktionens tillämpningsområde åtminstone till här avsedda fall vore befogad. Förvaltningens intresse av att icke efter fällande dom sättas ur stånd att fram-

⁴⁹ Se t. ex. 9:8 RB, 6 § 1 mom. 1. landshövdingeinstruktionen 19 november 1937 och 29 och 53 §§ hälsöwardsstadgan 19 juni 1919.

⁵⁰ Se sålunda PLB s. 139 samt *Fahlbeck* s. 53, *Ekelöf*, Straffet s. 149 och *Petrén* s. 243. Se i praxis senast NJA 1948 s. 642. — Häremot kunde möjligen utgången av rättsfallet NJA 1946 s. 466, där förbud mot att använda stig över annans mark meddelades vid vite, synas strida. Svaranden hade här invänt, att vitesförbud icke borde kunna meddelas, enär i lag finnes stadgat straff för den som olovligen toge väg över annans fastighet. Käranden hade häremot genmält, att den omständigheten, att svaranden länge fått använda stigen, kunde tänkas utesluta straff. Sannolikt förklaras emellertid utgången därav, att förfarandet icke under några omständigheter torde ha kunnat hänföras under det åsyftade straffbudet, 24:11 SL, vilket talade om tagande av olovlig väg eller gångstig över annans ägor, "vilka därav kunna skadas". Här var nämligen fråga om användande av en befintlig gångstig, vilket väl kunde verka störande men knappast skada marken.

⁵¹ Det kunde visserligen ifrågasättas att betrakta *den fortsatta underlåtenheten* såsom icke kriminaliserad; jfr HD:s motivering i rättsfallet NT 1870 s. 327. Emellertid skulle en dylik tillämpning av regeln knappast stå i överensstämmelse med dess syfte, sådant det framgår av dess historiska bakgrund. *Petrén*, s. 243, har framhållit, att principen är betingad av det historiska förhållandet, att i äldre tid någon skarp gräns mellan straff och vite icke existerat. (Jfr *Fahlbeck* s. 14 ff.) Dess ratio skulle sålunda vara, att flera reaktioner av väsentligen samma innebörd icke borde ifrågakomma mot ett och samma förfarande, och att där lagstiftaren stipulerat straff denna sanktion ägde företräde framför vitessanktionen. Med utgångspunkt från detta antagande förefaller uppenbart att vite efter fällande dom lika litet bör kunna ifrågakomma som ytterligare straff.

⁵² Se *Fahlbeck* s. 52 ff.

⁵³ Se *Ekelöf*, Straffet s. 149 f.

tvunga den påbudna prestationen torde ofta ha en styrka, som icke står i proportion till den allmänna rättsuppfattning angående en engångsförsummelses moraliska förkastlighet, som tagit sig uttryck i den vanligen ganska snäva begränsningen av strafflatituderna vid här ifrågasvarande brott.⁵⁴ Vitessanktionens användning erbjuder uppenbarligen en både smidigare och effektivare utväg att framtvunga fullgörelse än ett eventuellt undantag från rättskraftsprincipen i syfte att möjliggöra straffhöjning vid fortsatt underlåtenhet. I all synnerhet som vite enligt ett flertal författningsbestämmelser kan förekomma såsom korrektiv mot fortsatt underlåtenhet efter fällande dom, synes en allmän regel av denna innebörd icke möta nämnvärda betänkligheter.

II. I det föregående ha behandlats fall, där de omständigheter, på vilka nytt åtal grundats, inträffat först efter delgivning av stämning eller dom i det tidigare målet. Härefter skall undersökas, i vad mån res judicata kan antagas föreligga i förhållande till *handlingar, som förövats före delgivning av stämning i mål angående andra likartade handlingar, och som tillsammans med dessa utgöra endast ett brott*. Det förutsättes alltså i det följande, att de tidigare bedömda och de nya handlingarna enligt en tolkning av den tillämpliga brottsbeskrivningen bilda allenast likartad strafflagskonkurrens och sålunda, därest de förelegat till samtidigt bedömande i den första rättegången, icke skulle ha föranlett tillämpning av reglerna i 4 kap. SL om sammanträffande av brott.^{54a} Situationer av denna typ torde kunna aktualiseras i anslutning till flertalet brottsbeskrivningar. Det ligger dock i sakens natur, att det är vid brottslighet, som begreppslikt eller åtminstone regelmässigt förutsätter upprepade likartade handlingar, som risken är störst för att icke alla straffrättsligt sett sammanhängande handlingar bli samtidigt beaktade.

Rättskraftsproblem av ovan antytt slag ha i utländsk och särskilt i tysk rätt tilldragit sig stort intresse. En översiktlig redogörelse för den utländska rätten synes ägnad att belysa problemställningarna och kan därför lämpligen tagas till utgångspunkt för den följande undersökningen.

I tysk rätt är det framför allt rättsfigurerna kollektivdelikt och fortsatt brott, som tilldragit sig uppmärksamheten.⁵⁵ Sistnämnda straffrätts-

⁵⁴ Jfr Ekelöf, Straffet s. 151.

^{54a} Det ofta vanskliga spörsmålet om gränsdragningen mellan brottskonkurrens och likartad strafflagskonkurrens kan, såsom förut framhållits, icke i detta sammanhang upptagas till närmare behandling. Vi nödgas därför såsom förutsättning för det följande resonemanget uppställa antagandet, att ett straffrättsligt bedömande lett till resultatet, att endast ett brott föreligger.

⁵⁵ Det förtjänar framhållas, att termen kollektivdelikt i litteraturen använts i olika

liga enhet synes erbjuda i stort sett samma problem, som kunna aktualiseras vid övriga brottstyper, och dess behandling ur resjudicatasynpunkt torde därför även för svensk rätt vara av intresse, trots att den efter 1938 års ändringar i 4 kap. SL icke längre har någon motsvarighet i svensk lagstiftning.

Tysk praxis före 1933 synes i huvudsak kunna karakteriseras på följande sätt.⁵⁶ En fällande dom för kollektivdelikt eller fortsatt brott förhindrade åtal för samtliga före domen förövade handlingar, ingående i samma straffrättsliga enhet. Vid fällande dom för ett eller flera enkla brott synes RG:s ståndpunkt, som ursprungligen varit vacklande, slutligen ha stabiliserat sig därhän, att domstol vid senare åtal för en eller flera likartade handlingar ansågs förhindrad att antaga straffrättsligt samband mellan vad som prövats i den tidigare rättegången och vad som åtalats i det nya åtalet. Res judicata ansågs sålunda i en sådan situation icke vara för handen.⁵⁷ Vid frikännande dom slutligen utgjorde domen likaledes hinder mot att antaga straffrättsligt samband mellan tidigare prövade och senare åtalade handlingar, varför antagande av res judicata icke heller här ifrågakom.⁵⁸

Tankegången bakom RG:s ståndpunktstagande i de olika situationerna torde i korthet kunna återgivas på följande sätt. Handlingar, som ur straffrättslig synpunkt sammanfattas till ett enhetligt förlopp, måste även ur processuell synpunkt betraktas som en odelbar enhet, vilken icke till någon del kan underkastas prövning i rättegång vid mer än ett tillfälle. Vid avgörandet av huruvida en dylik enhet föreligger, är emellertid domstolen i den senare rättegången icke hänvisad uteslutande till sin egen uppfattning angående förhållandet mellan de olika handlingarna. Dess avgörande får härutinnan enligt RG:s principiella ståndpunkt icke komma i strid med den rättskraftiga domens fastställande av de däri bedömda handlingarnas karaktär.

Praxis' ståndpunkt har inom doktrinen ingalunda förblivit obestridd.

betydelser. Enligt *Agge*, Lärabok s. 145, förstås därmed "en genom rättsregler skapad enhet av flera likartade, i och för sig brottsliga handlingar". I denna mening användes termen även av *Strahl*, Påföljder för brott s. 168. I tysk rätt brukar däremot termen förbehållas brott, vid vilka "Geschäfts-", "Gewerbs-" eller "Gewohnheitsmässigkeit" utgör brottsrekvisit eller straffskärpningsgrund. Av framställningstekniska skäl skall termen här begagnas i den betydelse den tillagts i den tyska rätten.

⁵⁶ Jfr till det följande t. ex. *Höpfner* II s. 181 ff. och *Heinrich* s. 19 ff.

⁵⁷ Vid prövning av nytt åtal för flera handlingar ansågs domstolen oförhindrad att betrakta dessa såsom sinsemellan utgörande kollektivdelikt eller fortsatt brott.

⁵⁸ Huruvida vid frikännande dom för kollektivdelikt de nya handlingarna kunde bedömas såsom tillsammans utgörande sådant brott har varit tveksamt. I rättsfallet RGSt 66 s. 19 uttalades emellertid, att något hinder häremot icke borde föreligga åtminstone om frikännandet berott på att handlingarna icke befunnits bevisade.

Ett stort antal kritiska, sinsemellan mer eller mindre avvikande uppfattningar ha framförts i litteraturen. Det skulle föra för långt att söka giva en ens tillnärmelsevis uttömmande översikt över dessa, men i syfte att ytterligare belysa frågeställningarna skall redogöras för några av de framlagda åsikterna.⁵⁹

Några författare, däribland *Bockshammer*⁶⁰ och *Heinrich*,⁶¹ ha reagerat mot att domstolen vid sitt bedömande av identitetsfrågan skall anses bunden av den tidigare domens uppfattning om de däri bedömda handlingarnas karaktär. Dess uttalanden i detta hänseende utgöra enligt dessa författare endast domskäl, som icke vinna rättskraft. Intet hindrar sålunda enligt denna ståndpunkt, att domstolen i den senare processen finner, att de nya handlingarna tillsammans med de tidigare bedömda utgöra kollektivdelikt eller fortsatt brott, även om den tilltalade i den tidigare rättegången dömts för ett eller flera enkla brott eller frikänts. I dylikt fall skall det nya åtalet med tillämpning av satsen *ne bis in idem* icke upptagas till prövning.

Den grundläggande tankegången, att handlingar, som utgöra en straffrättslig enhet, icke kunna göras till föremål för flera rättegångar, synes däremot till en början ha vunnit tämligen allmän anslutning inom doktrinen.⁶² Den omfattande preklusion, vartill principen enligt RG:s praxis ledde vid fällande dom för kollektivdelikt eller fortsatt brott, skulle emellertid sedermera väcka en häftig opposition. I detta hänseende, liksom i så många andra även inom juridiken, betecknade nationalsocialismens "Machtübernahme" en vändpunkt. Rättsregler, som i en intressekonflikt mellan samhället och den enskilde gävo skydd åt den sistnämnde, stämplades allmänt enligt den nationalsocialistiska rättsideologien såsom förkastliga kvarlevor av en liberalistisk-individualistisk samhällsuppfattning. För denna förändrade grundsyn erbjödo reglerna om rättskraftens omfång vid dom för kollektivdelikt eller fortsatt brott en tacksam angreppspunkt. Man fann det orimligt, att rättskraften skulle förhindra åtal och dom för handlingar, vilka i själva verket icke varit föremål för domstols prövning. I synnerhet i sådana fall, då de senare upptäckta handlingarna voro till antalet långt mer betydande än de

⁵⁹ För en mera fullständig översikt kan hänvisas till exempelvis *Heinrich* s. 22 ff., 41 ff. och 46 ff. samt *Höpfner* II s. 189 ff. och *Doerr* s. 216 ff.

⁶⁰ Se *Bockshammer* s. 20 ff.

⁶¹ Se *Heinrich* s. 19 ff., 32 ff. och 44 ff.

⁶² Redan tidigt anmäldes emellertid av några författare olika avvikande uppfattningar även i denna fråga. Se sålunda exempelvis *v. Kries* s. 599 f. och *Binding*, *Abh.* II, s. 342. (Sistnämnde författare synes emellertid tidigare ha anslutit sig till RG:s praxis, jfr *Handbuch* I s. 560.)

redan avdömda, framhölls den angivna konsekvensen såsom stötande för rättskänslan.

Så långt kan doktrinen under den nationalsocialistiska epoken sägas ha varit enig, att dylika med den nationalsocialistiska rättsuppfattningen oförenliga resultat måste undvikas. När det gällde medlen att nå detta mål, härskade däremot icke samma enighet. I ett utkast till ny lagstiftning förordades utvidgad användning av "Wiederaufnahme" såsom korrektiv.⁶³ Häremot gjordes emellertid från flera håll gällande, att ett upprivande av det tidigare avgörandet icke fyllde någon funktion i de ifrågavarande fallen. I stället föreslogs bl. a., att en "Nachklage" skulle tillåtas såsom undantag i särskilt stötande fall.⁶⁴ Åtskilliga författare gingo ännu ett steg längre och förfäktade, att det straffrättsliga sambandet icke borde utgöra något hinder mot att de olika handlingarna i processuellt hänseende generellt behandlades såsom självständiga.⁶⁵ Den såsom alltför vidsträckt uppfattade preklusionen kritiserades slutligen av vissa författare från rent straffrättsliga utgångspunkter. Redan tidigare hade i tysk doktrin röster höjts mot antagande av brottsenhet vid kollektivdelikt och fortsatt brott. Främst kan härvidlag nämnas *Höpfner*, enligt vilken varje i en dylik straffrättslig rättsfigur ingående handling principiellt borde uppfattas såsom ett särskilt brott och följaktligen även kunna göras till föremål för särskild rättegång.⁶⁶ Till denna ståndpunkt anknöto några författare under den nationalsocialistiska epoken, vilka förordade en mer eller mindre fullständig "Aufspaltung der Sammelstrafat".⁶⁷

På praxis efter 1933 fingo de nya tankegångarna inom doktrinen endast begränsad inverkan. Förslagen att tillåta "Nachklage" eller att överhuvud släppa tanken på att behandla den straffrättsliga enheten såsom en enhet även i processuellt hänseende, synas sålunda icke ha

⁶³ Se *Doerner* s. 431 ff. Jfr inom doktrinen t. ex. *Siegert* s. 288 ff. och *Litzenberg* s. 16.

⁶⁴ Se *Schwarz* i ZAKDR 1938 s. 539 f. och DStR 1939 s. 89 ff. samt *Schlosky* s. 282 ävensom *Niederreuther* i GS 1937 s. 340 ff. och 1939 s. 324 ff. En vidsträcktare användning av "Nachklage" såsom undantagsregel förordades av *Nagler*, s. 371 ff. och 401 ff., för vissa typsituationer, däribland vid upptäckten av nya handlingar, ingående i ett tidigare bedömt kollektivdelikt eller fortsatt brott.

⁶⁵ Enligt *Ramm*, s. 37 ff., särskilt s. 44, borde sålunda det in concreto bedömda förfarandet och icke en materiell enhet "abstrahiert von der jeweiligen Prozesssituation" vara normerande för rättskraftens omfång. At en likartad tankegång gav *Schirmeyer*, s. 114, uttryck med orden: "Mit der Anerkennung eines Wertganzen, der Verbrechenseinheit, ist dessen etappenweise Aburteilung, auch logisch gesehen, nicht unverträglich. Wie das fortgesetzte Verbrechen sich etappenweise aufbaut, kann es auch ebenso beurteilt werden." Jfr *Litzenberg* s. 66 ff. och *Stoll* s. 73.

⁶⁶ Se *Höpfner* I s. 252 ff. och II s. 217 ff.

⁶⁷ Se *Preiser* s. 743 ff., *Buchholz* s. 75 ff. och *Diller* s. 374 ff.

accepterats av RG, ehuru de vunnit anklang i några avgöranden av lägre domstolar. Däremot synes RG ha ställt sig mera avvisande än tidigare gentemot antagande av fortsättningssammanhang mellan olika handlingar, och även tendenser till en "Aufspaltung" i straffrättsligt och såsom konsekvens även i processuellt hänseende av kollektivdelikt kunna spåras.⁶⁸

Den *franska* rätten har icke lika ingående som den tyska sysselsatt sig med hithörande problem, men några uttalanden inom doktrinen synas böra uppmärksammas. *Garraud* uttalar sålunda, att ett "délit d'habitude", bestående av "actes matériels dont chacun, pris isolément, est impuni, mais qui deviennent punissables, dès qu'ils sont réitérés et dénotent une habitude chez leur auteur" icke kan "donner lieu qu'à une seule poursuite, qui purge, pour le passé, tous les faits constituant l'habitude, alors même qu'ils n'auraient pas été compris dans la poursuite".⁶⁹ Samma regler gälla enligt *Garraud* vid "délits continués ou collectifs par unité de but". Som exempel anföres att en person vid ett slagsmål tilldelat en annan flera slag: "malgré la pluralité des actes matériels, l'unité d'entreprise, de résolution et de but chez l'agent, l'unité de droit et de lois violés, le fait qu'un seul et même texte pénal est applicable, entraînent l'unité juridique du délit, et par conséquent une seule répression, une seule poursuite, épuisant l'action publique à l'égard de tous les faits matériels qui lui sont antérieurs, et interdisant par là même un second procès."⁷⁰

För *dansk* rätts del gäller enligt *Hurwitz*, att tilltalad, som dömts eller frikänts för ett kollektivdelikt eller ett fortsatt brott, icke senare kan åtalas för handlingar "der, saafremt de havde foreligget oplyst under den gamle Sag, vilde være indgaaet som Led i den paadømte Forbrydelsesénhed".⁷¹

Samma standpunkt intages av *norsk* doktrin beträffande fortsatt brott, åtminstone när det gäller handlingar, som falla inom en i domen angiven tidrymd för det fortsatta brottet.⁷² *Eckhoff* går ett steg längre och anser res judicata föreligga "i visse tilfelle", även om den eller de nya handlingarna falla "utenfor det tidsrom som er angitt i den første dom".⁷³ Däremot kan enligt *Eckhoff* nytt åtal följa, om ett "forhold

⁶⁸ Se härom exempelvis *Hall* s. 322 ff.

⁶⁹ *Garraud* VI s. 226 f. Jfr. *Lacoste* s. 372.

⁷⁰ *Garraud* VI s. 227. Jfr a. st. not 9 angivna författare.

⁷¹ *Hurwitz* s. 812.

⁷² Jfr *Hagerup*, Straffepoces II s. 23, *Stang* s. 76 och *Eckhoff* s. 303

⁷³ *Eckhoff* a. st. En allmän förutsättning för res judicata är enligt *Eckhoff*, att de nya handlingarna kunna betraktas som ett led i samma handlingsförlopp som de tidigare bedömda. Jfr *Eckhoff* s. 302.

som i den første sak ble ansett for å være en enkeltstående begivenhet, senere viser seg å være et ledd i en fortsatt forbrytelse".⁷⁴ I fall, då "et helt kompleks av enkelthandlinger, eller en langvarig unnlatelse, må foreligge, for at lovens gjerningsinnhold skal være oppfylt" kan enligt *Eckhoff* nytt åtal likeledes følge, om det foreligger ett helt nytt kompleks av fakta, som i og for sig fyller "lovens gjerningsinnhold, selv om det står i sammenheng med det tidligere pådømte". Motsvara de nya handlingarna ikke rekvisiten i det tillämpliga lagrummet, kan den tilltalade naturligtvis ikke fällas för dessa, och "de kan heller ikke tas opp til pådømmelse i ny sak sammen med de tidligere påkjente".⁷⁵ Beträffande andra fall än de ovan nämnda, då en förbrytelse består av flera handlingar, som var för sig fylla straffbudets "gjerningsinnhold", må slutligen antecknas *Skeies* uttalande, att dom för en eller flera dylika handlingar omfattar jämväl de övriga därmed ur straffrättslig synpunkt sammanhängande, även om dessa icke medtagits i domen.⁷⁶

I *finsk* doktrin har av *Forsman*⁷⁷ och *Grottenfelt*⁷⁸ antagits, att en dom för fortsatt brott prekluderar nytt åtal icke blott för genom domen prövade handlingar utan jämväl för alla handlingar, som tillsammans med dessa ingå som moment i det fortsatta brottet. I sitt arbete om det fortsatta brottet har emellertid *Palme* hävdad en motsatt uppfattning. I anslutning till de i tysk doktrin framförda kritiska synpunkterna finner *Palme*, att det fortsatta brottets behandling som en odelbar enhet i processuellt hänseende skulle alltför mycket tillbaksätta kravet på materiell rättvisa.⁷⁹ Då de olika i ett fortsatt brott ingående verksamhetsakterna äro att betrakta såsom självständiga handlingar,⁸⁰ anser *Palme* det också vara en given konsekvens av "den moderna straffprocessrättens uppfattning" att straffprocessens föremål icke utgöres av statens straffanspråk utan av en viss påstådd brottslig handling, att rättskraften hos en dom för fortsatt brott endast omfattar de i domen uttryckligen angivna handlingarna.⁸¹ Har i domen "ej kunnat fastställas förhandenvaron av vissa till tid och ort samt på annat sätt individualiserade brottsliga handlingar, som ingå i det fortsatta brottet, utan däri blott konstaterats, att den brottslige under en viss tidrymd upprepade gånger fortsatt med samma brottsliga verksamhet",

⁷⁴ *Eckhoff* s. 302.

⁷⁵ *Eckhoff* s. 303.

⁷⁶ *Skeie* I s. 137.

⁷⁷ *Forsman* s. 558.

⁷⁸ *Grottenfelt* s. 174. Jfr beträffande kollektivdelikt a. a. s. 190 f.

⁷⁹ *Palme*, Det fortsatta brottet s. 132.

⁸⁰ Jfr *Palme* a. a. s. 10 ff.

⁸¹ *Palme* a. a. s. 133 ff.

synes enligt *Palme* rättskraften omfatta alla handlingar, som falla under denna tidrymd, men däremot icke sådana, som företagits före eller efter den angivna tiden.⁸²

Från finsk praxis kan i detta sammanhang antecknas följande fall. En person hade genom ett den 17 januari 1944 avkunnat utslag av fältkrigsrätt dömts för ransoneringsbrott, förövat den 5 januari 1944. Sedan utslaget vunnit laga kraft, uppdagades, att den dömde åren 1942 och 1943 upprepade gånger gjort sig skyldig till ransoneringsbrott, i anledning varav han ställdes under åtal vid samma fältkrigsrätt för fortsatt överträdelse av ransoneringsbestämmelser. Justitiekanslern, för vilken förhållandet anmäldes, fann, att i det fortsatta brottet borde anses ingå jämväl den överträdelse, för vilken den tilltalade dömts, och underställde därför saken Högsta Domstolen, som medelst utslag den 25 april 1944 — såvitt kan utläsas av Justitiekanslerns redogörelse, innan det senare målet avgjorts — upphävde och undanröjde fältkrigsrättens utslag.⁸³ Utgången i detta rättsfall synes stödja den av *Forsman* och *Grotenfelt* uttalade meningen.

Den *svenska doktrinen* har uppmärksammat i förevarande avsnitt aktuella resjudicatapproblem väsentligen i anslutning till kollektivdelikt och till den sedermera genom 1938 års lagstiftning om sammanträffande av brott avskaffade, tidigare genom bestämmelse i 4:3 SL reglerade rättsfiguren fortsatt brott.

Vad först beträffar sistnämnda straffrättsliga enhet, synes i detta sammanhang nödvändigt att uppmärksamma, att den svenska rättens fortsatta brott var "en af ytterst disparata element sammansatt formation".⁸⁴ För förhandenvaron av fortsatt brott fordrades enligt lagens ordalag flera brottsliga handlingar, vilka utgjorde fortsättning av ett och samma brott och icke var för sig voro att hänföra till särskilda brott.⁸⁵ Denna beskrivning av det fortsatta brottet omfattade enligt den tolkning, som av *Hagströmer* ansetts vara den riktiga, dels fall, då flera brottsliga handlingar utgjorde flera brott, dels ock fall, då de

⁸² *Palme* a. a. s. 138 f.

⁸³ Se Justitiekanslerns i statsrådet berättelse om justitiekanslens ämbetsåtgärder och iakttagelser rörande lagarnas efterlevnad för år 1944 s. 26.

⁸⁴ *Hagströmer* I s. 724. Någon närmare utredning angående det fortsatta brottets begrepp och kännetecken enligt äldre svensk rätt skall här icke företagas, utan i detta hänseende må hänvisas till framför allt *Hagströmer* I s. 716 ff. och *Sjunneson* s. 145 ff. I det följande skall endast uppmärksamheten fästas på några förhållanden, vilka äro av särskild betydelse för tolkningen av svensk praxis i resjudicatafrågor med anknytning till fortsatt brott och för tillämpningen av uttalanden i doktrinen på spörsmål, som kunna aktualiseras enligt gällande svensk rätt.

⁸⁵ Se 4:3 SL jfrd med 4:2 samma lag enligt lagrummens lydelse före den 1 januari 1939. Angående tolkningen av de olika rekvisiten se *Hagströmer* I s. 717 ff.

brottsliga handlingarna tillsammans utgjorde ett enda brott.⁸⁶ Vid den förra gruppen har man talat om *fortsatt brott i vidsträckt bemärkelse*, vid den senare om *fortsatt brott i inskränkt mening*.⁸⁷

Utgångspunkten för det fortsatta brottets behandling i rättskraftshänseende var enligt *Hagströmer* det allmänt omfattade antagandet, att "hvad som tillsammans enligt straffrätten bildar ett enda brott (en brottsindivid) ej kan styckas ut på flere domar". Härav ansåg *Hagströmer* följa, att vid fortsatt brott i inskränkt mening, så snart dom fallit över någon av de brottsliga handlingarna, var "det hela blifvet en res judicata". Lika klart var enligt samme författare, att en motsatt regel gällde vid fortsatt brott i vidsträckt bemärkelse: "Där är det i själfva verket fråga om ett flertal af brott. Dessa brott skola visserligen enligt 4:3 med afseende å straffets bestämmande behandlas så, som vore de ett enda. Men denna enhetliga behandling sträcker sig ej längre, än lagen stadgar densamma. Till att också tillämpa den i processuellt afseende finnes icke någon anledning."⁸⁸

Ätminstone såvitt gällde fortsatt brott i vidsträckt mening torde *Bergendal* ha intagit samma ståndpunkt som *Hagströmer*.⁸⁹ Däremot synes *Sjunnesson* utan att göra någon åtskillnad mellan de olika slagen av fortsatt brott ha ansett samtliga i ett fortsatt brott ingående handlingar, oavsett om de vid domens fällande varit kända för domstolen eller ej, i princip omfattade av domens rättskraft. I denna princip ansågs emellertid 17:32 ARB medföra en modifikation.⁹⁰

Till *Hagströmers* uppfattning har *Agge* anslutit sig. Den straffrättsliga enheten vid fortsatt brott enligt 4:3 SL krävde enligt denne författare "ingalunda en enhetlig processuell behandling, så att talan vore utesluten om ytterligare handlingar som begåtts före en tidigare dom över andra handlingar, även om de alla stå i det inre sammanhang, att de utgöra en s. k. juridisk handlingsenhet". Undantag borde emellertid gälla för "fortsatt brott i inskränkt mening, grundat på en enda handling, bestående av repeterade handlingsakter".⁹¹

Vad därefter angår *kollektivdeliktens* behandling ur resjudicata-

⁸⁶ Se *Hagströmer* I s. 720 f.

⁸⁷ Se t. ex. *Hagströmer* I s. 723 f. *Bergendal* synes ursprungligen ha ansett 4:3 SL icke tillämplig på fortsatt brott i inskränkt mening (Lärobok s. 661 ff., jfr NTFS 1927 s. 244 f.) men förefaller att senare ha frånträtt denna mening. Jfr sålunda det av *Bergendal* och *Regner* författade betänkandet angående sammanträffande av brott, SOU 1937:24 s. 40.

⁸⁸ *Hagströmer* I s. 771 f.

⁸⁹ Se *Bergendal*, Lärobok s. 96.

⁹⁰ Se *Sjunnesson* s. 185.

⁹¹ *Agge*, Processföremålet s. 36 f. Det kunde synas, som om kategorien fortsatt

synpunkt, kan denna enligt Agge föranleda vissa tvivelsmål: "Man kan nämligen med fog fråga sig, om icke genom den tidigare domen hela kollektivbrottet bör anses slutligt bedömt, även om det visar sig, att före domen ytterligare handlingar begåtts än dem, som därigenom avstraffats. Det torde nämligen förefinnas en tendens i praxis att betrakta sammanhanget mellan de handlingar som bilda kollektivbrottet starkare än vad fallet är med de handlingar, vilka bilda den enhet, som i 4:3 SL förutsättes. Detta visar sig däri, att kollektivbrottet rent straffrättsligt i många fall bestraffas som enkel brottslighet utan analog användning av 4:3 SL, sannolikt därför att vanemässigheten etc. ingår i själva brottsbeskrivningen och den upprepade lagstridigheten redan är värderad av lagstiftaren vid straffsatsernas bestämmande eller därför att samma förhållande beaktats genom uppställande av vanemässigheten såsom särskild straffskärpningsgrund. Emellertid kan man tveka om dessa bestraffningssynpunkter äro av avgörande betydelse för den rent processuella frågan om processföremålets omfattning i den första rättegången. Det är ju dock ett ytterligare avsnitt av inculpatens livsföring, som genom de ytterligare åtalade handlingarna drages fram till bedömande, alltså nya faktiska förlopp, varom fråga är i den senare rättegången. Emellertid synes praxis, tydligen under inverkan av den straffrättsliga synpunkten på kollektivbrottens enhet, även processuellt låta denna enhet bestå och i fall som eljest skulle falla under 4:9 SL antaga att domens rättskraft omfattar den dömdes livsföring i sin helhet i ifrågasvarande avseende. De resultat, som härvid framkomma, äro ju rent praktiskt sett i allmänhet mest tilltalande."⁹²

En annan ståndpunkt än Agges har intagits av *Bergendal*, vilken i förbigående uttalat, att upptäckt "av en ny gärning före domen lär böra medföra ett nytt avdömande av den helhet, vari ingå även de handlingar, som redan avdömts".⁹³

brott i inskränkt mening enligt Agge icke överensstämde med motsvarande kategori enligt *Hagströmer*, eftersom den förstnämnde talar om en handling, den senare om flera handlingar. Någon saklig skillnad torde emellertid knappast vara åsyftad. Enligt lagens terminologi fordrades ju för tillämpning av 4:3 SL alltid förhandenvaron av flera handlingar.

⁹² Agge, Processföremålet s. 38 f. Med de i slutet av det citerade uttalandet åberopade praktiska skälen avses enligt a. a. s. 39 not 2, att det "torde vara svagare motiverat att riva upp en sak till ny behandling, när den nya straffdomen blott kan medföra en annan straffmätning inom den givna latituden, än när 4:3 kan tillämpas och konkurrensen eventuellt falla under skilda straffbud". Här må anmärkas, att uttrycket kollektivbrott av Agge i detta sammanhang användes i samma bemärkelse som i tysk rätt och sålunda icke i överensstämmelse med den definition, som sedermera givits i Lärobok s. 145. Jfr ovan s. 237 f. not 55.

⁹³ *Bergendal* i NTfS 1927 s. 245.

Slutligen må anföras följande uttalanden av *Strahl* beträffande brott, som normalt bestå av en serie handlingar: "De berörda svårigheterna" (nämligen att avgöra huruvida handlingarna utgöra ett eller flera brott) "få stundom avsevärd praktisk betydelse, om det inträffar att sedan dom meddelats för ett brott av ifrågavarande slag det upptäckes att den dömda tidigare begått någon handling som faller under samma brottsbeskrivning. Man ställes då inför frågan, huruvida denna handling ingår såsom del i ett förut avdömt brott och på denna grund ej kan göras till föremål för ny fällande dom. Avgörande härför kan i regel icke vara, huru det förut avdömda brottet beskrivits i den meddelade domen. Det kan nämligen bero på tillfälligheter, huruvida denna fått sådan avfattning att den nyupptäckta handlingen rymmes därunder. Sakliga synpunkter böra därför anläggas. Bör handlingen med hänsyn till sitt sammanhang med den avdömda brottsligheten anses tillsammans med denna utgöra ett brott, torde handlingen få anses inbegripen under den meddelade domen och ny dom vara utesluten, detta fastän handlingen ej kunnat öva inflytande på straffmätningen. Innefattar handlingen endast ett mindre avsevärt tillägg till den redan avdömda brottsligheten, är detta resultat tillfredsställande. Låter upptäckten av handlingen brottsligheten framstå såsom betydligt större än vid domen antagits, är resultatet däremot mindre tilltalande."⁹⁴

Härefter skall undersökas *svensk praxis'* inställning till frågan, i vad mån handlingar, som tillsammans med tidigare bedömda utgöra ett enda brott, kunna åtalas i ny rättegång. Atskilliga rättsfall äro av intresse för bedömande av detta spörsmål. Innebörderna av domstolarnas avgöranden i de olika fallen är emellertid ofta synnerligen vansklig att fastställa, främst beroende på svårigheten att avgöra, huruvida ett eller flera brott ansetts för handen. En tämligen ingående analys av rättsfallsmaterialet torde därför vara påkallad.

I fem av de rättsfall som främst synts vara av intresse har, sedan tilltalad dömts för visst brottsligt förfarande, åtal för likartade handlingar, som förövats före delgivning av stämning i det tidigare målet, upptagits till prövning och föranlett ytterligare ansvar.

Det första av dessa fall refereras i NJA 1904 s. 589. Bröderna Anton och Herman Bexelius hade såsom innehavare av firman Ahlbom & Co. i Stockholm fällts till ansvar för att de under närmare angiven tid olovligt försålt spritdrycker i Malmberget. Försäljningarna hade tillgått på så sätt, att firman, som haft försäljningsrätt endast i Stockholm, efter

⁹⁴ *Strahl*, Påföljder för brott s. 168.

rekvisition från personer i Malmberget avsänt den önskade kvantiteten med järnväg till firmans eget mottagande i Malmberget. Samtidigt hade fullmakt för försändelsens uttagande tillställts vederbörande rekvisent mot postförskott å köpeskillingen. Sedermera åtalades bröderna Bexelius för att de såsom innehavare av firman Haglind & Co. i Stockholm gjort sig skyldiga till olovlig försäljning av spritdrycker i Malmberget under enahanda förhållanden och samma tid, som det första åtalet avsett. HR:n ogillade åtalet under hänvisning till det förstnämnda utslaget. Svea HovR, vars utslag, såvitt nu är i fråga, icke ändrades av HD, fällde emellertid bröderna Bexelius till ansvar i målet med motivering bl. a., att "den omständigheten, att bröderna Bexelius i egenskap af innehafvare af annan till försäljning af brännvin berättigad firma fällts till ansvar för enahanda, å samma tid och ställe föröfvad förbrytelse, som förevarande åtal afsåge, lagligen icke föranledde därtill, att det uti detta mål ifrågakomna förfarande icke skulle för dem medföra särskilt ansvar". Två ledamöter i HovR:n ville dock, under hänvisning till det tidigare utslaget, fastställa HR:ns domslut. I HD lämnade en ledamot — likaledes med åberopande av det nämnda utslaget — "besvären utan vidare afseende".⁹⁵

Det i tidsföljden närmaste av nämnda rättsfall, där nytt åtal föranlett en skärpning av ansvaret, refereras i NJA 1923 s. 469 III. M. N. Sandell åtalades vid RR:n i Östersund bl. a. för det han utan behörighet att utöva läkarkonsten den 26 april 1921 mot ersättning behandlat kräftsjukdom. Under målets handläggning upplyste, att Sandell för en den 26 mars 1921 företagen behandling av tuberkulos efter stämning, som delgivits honom den 19 maj samma år, av HD dömts att böta 800 kronor jämlikt 6 § 2 mom. 1 st. lagen 21 september 1915 om behörighet att utöva läkarkonsten. HD fällde det oaktat till ansvar jämlikt 6 § 2 mom. 2 st. samma lag men uttalade, att eftersom den ifrågavarande förseelsen begåtts, innan Sandell ställts under tilltal för den tidigare

⁹⁵ Till sistnämnda votum må i förbigående anknytas några reflexioner. Enligt nu gällande rätt torde vara klart, att högre instans, som finner res judicata för handen, skall med undanröjande av den lägre instansens dom avvisa åtalet, även om yrkande härom icke framställts. (Jfr 51:26 och 55:15 RB samt PLB s. 526 och 583.) Detta tillvägagångssätt torde även enligt äldre rätt få anses ha varit det riktiga. I rättsfallet komplicerades emellertid frågan av att de tilltalade överhuvud icke fullföljt talan till HD, varför med nämnda JR:s ståndpunkt i resjudicatafrågan ett spörsmål om reformatio in pejus icke gäller gentemot åklagare eller målsägande, torde äldre rätts ståndpunkt härvidlag vara ganska vanskelig att fastställa. (Jfr PLB s. 536 ff.) Vid antagande av res judicata synes i varje fall undanröjande och avvissning ha innefattat det mest tillfredsställande resultatet, trots att detta utgjort en förändring till den klagande partens nackdel.

begångna, förstnämnda förseelsen skulle anses som en fortsättning av den tidigare. Med tillämpning av 6 § 2 mom. 1915 års lag samt 4:3 och 4:9 SL utmättes för båda behandlingarna ett gemensamt bötesstraff å ettusen kronor. Samtidigt förordnades, att vid straffets verkställighet skulle avräknas vad Sandell av det honom förut ådömda straffet kunde ha utstått.

I samma riktning gick utgången i NJA 1937 s. 324. W. Pettersson dömdes genom utslag, som vann laga kraft, av RR:n i Göteborg till ansvar för fortsatt brott, bestående i att han vid åtskilliga tillfällen under tiden juli 1934—försommaren 1936 förövat utpressning mot bankkamreraren S. Ström. Det vid dessa tillfällen utpressade beloppet antogs uppgå till "en betydande del av 6 000 kronor". Sedermera instämde allmän åklagare Pettersson på nytt med yrkande om ansvar för det han mot Ström förövat utpressning utöver vad som avsetts i RR:ns tidigare utslag. Det upplystes under målets handläggning, att de numera avsedda utpressningshandlingarna företagits under tiden 1 juli 1934—någon dag före 13 juli 1936, sålunda väsentligen samma tidrymd, under vilken de tidigare bedömda utpressningsförfarandena ägt rum. Den utpressade summan förmenades uppgå till sammanlagt åtminstone 30 000 kronor. RR:n ogillade åtalet med motivering, att "samtliga de gärningar genom vilka nu omförmälda utpressningar skett vore att anse såsom ett fortsatt brott av beskaffenhet att, sedan Pettersson för viss del därav blivit dömd till straff, brottet i övrigt icke borde för Pettersson föranleda särskilt ansvar". HovR:n, vars utslag av HD lämnades utan ändring, undanröjde emellertid straffbestämningen i RR:ns tidigare utslag jämlikt 4:9 SL och utmätte ett gemensamt straff för all den föreliggande brottsligheten med åberopande av 4:3 SL. Tillika förordnades, att vad Pettersson utstått av det tidigare ådömda straffet skulle avräknas från den gemensamma straffbestämningen.

Slutligen märkas två rättsfall angående olaga realisation. I rättsfallet SvJT 1938 rf. s. 30 hade konsthandlanden K. L. Arfvedsson genom utslag av polisdomstolen i Hälsingborg den 4 februari 1936, vars slut fastställts av HD den 2 februari 1937⁹⁶, dömts till 40 dagsböter för det han utan vederbörligt tillstånd under tiden 23 november—4 december 1935 å en av honom i Hälsingborg anordnad utställning försålt taylor, som icke varit utförda av honom själv. Sedermera yrkade all-

⁹⁶ Jfr NJA 1937 s. 66. Datum för delgivning av stämning i detta mål framgår icke vare sig av referatet i NJA eller av akten i målet. Att stämningen måste ha delgivits efter förövandets av de senare åtalade handlingarna kan emellertid utläsas därav, att den baserade sig på en den 19 december 1935 dagtecknad polisrapport.

män åklagare vid RR:n i Kristianstad ansvar å Arfvedsson för det han under tiden 6—10 december 1935 försålt tavlor i Kristianstad under liknande omständigheter som i Hälsingborg. RR:n dömde Arfvedsson för olaga realisation i Kristianstad till 25 dagsböter. HovR:n fann, att de i Hälsingborg och Kristianstad bedrivna försäljningarna vore att anse som fortsättning av ett och samma brott och dömde Arfvedsson med tillämpning av 4 kap. 3 och 9 §§ SL samt 18 § näringsfrihetsförordningen att utgiva 60 dagsböter, från vilket straff skulle avräknas vad Arfvedsson redan kunde hava utstått av det honom förut ådömda straffet. En ledamot i HovR:n, e. o. assessorn *Svennegård*, var skiljaktig och ansåg, att den olaga realisationen i Kristianstad icke bort föranleda särskilt ansvar, enär den ägt rum före det Arfvedsson genom Polisdomstolens i Hälsingborg utslag fällts till ansvar för enahanda försäljning i Hälsingborg under tiden 23 november—4 december 1935.

I rättsfallet NJA 1939 s. 134 hade K. G. V. Hansson genom laga kraftvunnet utslag den 19 mars 1937 dömts till dagsböter för olaga realisation i Vindeln den 12, 13 och 14 november 1936. Sedermera yrkade allmän åklagare ansvar å Hansson för det han den 22, 23 och 24 oktober 1936 gjort sig skyldig till olaga realisation i Sorsele. HR:n fällde till ansvar. HovR:n ogillade emellertid åtalet under hänvisning till det tidigare utslaget, "enär Hanssons i förevarande mål åtalade förfarande ägt rum därförut, samt detsamma följaktligen icke skall föranleda särskilt ansvar."⁹⁷ I HD ansåg ett JR, att målet borde hänskjutas till avgörande i plenum, enär den å avdelningen rådande meningen icke överensstämde med den lagtolkning, som antagits i rättsfallet NJA 1914 s. 571,⁹⁸ men majoriteten fann sådan åtgärd icke erforderlig och dömde Hansson för de sist åtalade realisationerna jämlikt 18 § näringsfrihetsförordningen. Nyssnämnda JR var av skiljaktig mening och fastställde HovR:ns utslag.

Söker man analysera avgörandena i de anförda fem rättsfallen, kan först beträffande 1904 års fall konstateras, att den segrande meningen säkerligen innebär, att de tilltalades förfaranden i egenskap av innehavare av olika firmor antagits utgöra skilda brott. Med denna ståndpunkt till frågan om brottskonkurrens blir det klart, att res judicata icke kunnat antagas. Det torde vara i nämnda fråga, som HR:n och

⁹⁷ Samtidigt fastställde HovR:n ett annat av samma HR den 30 juni 1937 meddelat utslag av innehåll, att Hansson dömdes att böta 30 dagsböter för olaga realisation i Lycksele den 22, 23 och 24 april 1937.

⁹⁸ Se härom nedan s. 251 not 102.

reservanterna i överrätterna hyst en avvikande åsikt. Enligt denna lär det för förfarandenas straffrättsliga bedömning ha varit likgiltigt, vilken firma vederbörande för tillfället företrädde. Hade all brottslighet samtidigt förelegat till bedömning i det första målet, borde enligt denna ståndpunkt endast ett brott ha ansetts för handen. Ur resjudicatsynpunkt torde HR:ns och reservanternas mening innebära, att handlingar, som tillhoppa endast utgöra ett brott, icke kunna föranleda ansvar i skilda rättegångar.

I utpressningsfallet torde utgången få sin förklaring av att den tilltalade ansetts ha gjort sig skyldig till ett fortsatt brott i vidsträckt bemärkelse. Den "för den ifrågavarande brottsarten karakteristiska rättsstridiga effekten"⁹⁹ lär väl, såvitt avser förmögenhetsbrott i allmänhet, utgöras av vinningen eller skadan, resp. i förekommande fall förmögenhetsöverföringen. För utpressningsbrottets del kan i anslutning härtill antagas vara lagens mening, att den som vid upprepade tillfällen av en annan utpressat olika penningssummor, gjort sig skyldig till lika många brott som utpressningstillfällen. Är detta antagande riktigt, synes utgången av rättsfallet vara naturlig och nytt åtal även enligt gällande rätt ha bort tillåtas.¹⁰⁰

Även i de båda rättsfallen angående olaga realisation torde utgången få sin förklaring av att flera brott ansetts för handen. Särskilt må framhållas, att denna uppfattning förfäktades av JK i 1939 års fall. Vid utvecklingen av sin talan i HD anställde JK en intressant jämförelse mellan straffbuden för olaga gårdfarihandel och olaga realisation, som synes förtjänt att i sina huvuddrag återgivas. Beträffande gårdfarihandel anfördes, att för brottet karakteristiskt vore kringförandet av varor från en ort till en annan, och att i enlighet härmed olaga gårdfarihandel inom olika kommuner eller domkretsar uppfattades såsom enkel brottslighet, åtminstone om handeln skett någorlunda i ett sammanhang. Beträffande realisation hävdades däremot, att i brottsbeskrivningen icke finnes något, som antyder, att ett upprepande skulle vara normalt eller typiskt; realisation föreläge, så snart lager av handelsvaror på kortare tid avyttrades inom viss ort. Ytterligare framhölls, att straffbudet för olaga realisation tillkommit bl. a. för att skydda handlandena på den ort, där realisationen förekomme. Anordnades realisation på mer än en ort, skulle alltså handlandena å en var av dessa orter bli utsatta för rättskränkning. Slutligen erinra-

⁹⁹ Hagströmer I s. 638.

¹⁰⁰ Jfr angående utpressningsbrottets konstruktion enligt 1942 års lagstiftning om förmögenhetsbrott *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 205 ff.

des om den i 9 § 3 mom. sista stycket näringsfrihetsförordningen stadgade avgift, som skall utgå till varje kommun, inom vilken realisation enligt meddelat tillstånd får äga rum. Bedreves realisationen utan tillstånd i flera kommuner, undandrogen var och en av dessa den ifrågavarande avgiften, ett förhållande, som i likhet med övriga anförda synpunkter ansågs tala för att realisation inom flera kommuner borde uppfattas som flerfaldig brottslighet.¹⁰¹ Sannolikt ha JK:s otvivelaktigt beaktansvärda synpunkter av HD ansetts avgörande, och det är troligt, att liknande synpunkter dikterat HovR:ns ståndpunkts-tagande i 1938 års fall.¹⁰²

Vanskligare att tolka är 1923 års rättsfall angående utövning av läarkonsten. Vid första påseende kan det visserligen förefalla tämligen klart, att de båda behandlingarna ansetts utgöra skilda brott, eftersom de subsumerats under olika stycken i 6 § 2 mom. 1915 års lag. Härför talar också det förhållandet, att HD i utslaget använt uttrycken "nu ifrågavarande förseelsen" resp. "förstnämnda förseelse", ävensom rättsfallets rubrik: "För förseelser under samma åtalstid (9 §) mot såväl 1 som 2 st. i 2 mom. av 6 § ådömes ett enda straff."¹⁰³

Å andra sidan är att märka följande. Båda de ifrågavarande stadgandena äro så utformade, att de otvivelaktigt var för sig vid en enkel tillämpning rymma ett flertal likartade förfaranden.¹⁰⁴ Härtill kommer, att 1915 års lag i 9 § innehåller ett avbrottsstadgande, enligt

¹⁰¹ Jfr *Hult* s. 62 ff.

¹⁰² I 1939 års rättsfall ifrågasattes som nämnts av en ledamot i HD, huruvida den sedermera segrande uppfattningen vore förenlig med den, som kommit till uttryck i NJA 1914 s. 571. Sistnämnda rättsfall gällde försäljningar inom Torpa socken och Kungsörs köping. Åklagaren ansågs emellertid icke behörig att åtala de inom köpingen skedda försäljningarna, och de, för vilka ansvar ådömdes, hade samtliga förövat i inom samma kommun. Någon motsättning mellan fallen torde sålunda icke föreligga med hänsyn till frågan, om försäljningar inom olika kommuner skola bedömas som ett eller flera brott. Jfr däremot NJA 1913 B 156 samt underinstansernas utslag i NJA 1939 s. 174.

¹⁰³ Det förtjänar anmärkas, att en ledamot av HD, som ansåg 6 § 2 mom. 1 st. tillämpligt på båda fallen, icke talade om olika förseelser utan om att den tilltalade "för båda behandlingarna förskyllt ett gemensamt straff och nu skall så dömas som hade han på en gång varit lagförd för båda gärningarna". — Åsikten att HD ansett flera brott för handen omfattas av *Strahl*, Påföljder för brott s. 169.

¹⁰⁴ Särskilt är härvid att märka det förhållandet, att yrkesmässighet i 6 § 2 mom. 1 st. upptagits såsom straffskärpningsgrund och i 6 § 2 mom. 2 st. såsom brottsrekvisit. Det är visserligen sant, att i tysk doktrin allmänt antagits, att en enda handling kan uppfylla yrkesmässighetsrekvisitet, och att denna åsikt även vunnit anslutning i svensk praxis och doktrin. (Se sålunda NJA 1927 s. 315 samt *Bergendal* i NTFS 1927 s. 238 f. *Sjunnesson*, s. 158, är dock "ytterst förvånad" över den tyska doktrinen inställning.) Detta förhållande utesluter emellertid uppenbarligen icke, att det normala tillvägagångssättet vid yrkesmässig verksamhet, mot vilket straffbuden för yrkesmässiga förbrytelser måste antagas i första hand rikta sig, utgöres av upprepade likartade handlingar. Jfr KPr 1915:85 s. 38.

vilket i dess lydelse vid tidpunkten för rättsfallets avgörande tilltalad, som fortsatte samma förseelse, skulle för varje gång han undfått del av åtal fällas till det ansvar som för sådan förseelse bestämts. Detta stadgande ansågs, såsom särskilt framgår av rättsfallets rubrik, tillämpligt trots att behandlingarna subsumerades under olika straffbestämmelser. Denna utgång är väl förklarlig, eftersom 6 § 2 mom. 2 st. tillämpades på den sist åtalade behandlingen, enär det icke ansågs styrkt, att den tilltalade insett, att den behandlade led av kräftsjukdom. Hade så varit fallet, skulle 1 st. i samma lagrum ha tillämpats på båda behandlingarna, och de hade då otvivelaktigt endast utgjort ett brott.¹⁰⁵ Det förefaller ganska egendomligt, att en brist i det subjektiva rekvisitet, som föranlett tillämpning av en lindrigare reservbestämmelse, skulle ha medfört, att behandlingarna uppfattats såsom flera brott. Det förhållandet, att skilda brottsbeskrivningar voro tillämpliga på olika handlingar synes nämligen icke i och för sig ha uteslutit, att de tillsammans bildade ett fortsatt brott i inskränkt mening.¹⁰⁶

Enligt det anförda synes i hög grad tveksamt, huruvida HD ansett de båda behandlingarna utgöra flera eller ett enda brott. Måhända är det senare alternativet trots uttryckssätten i HD:s motivering och rättsfallets rubrik det mera sannolika.

De i det föregående anförda rättsfallen böra sammanställas med fem i SvJT refererade, av HovR slutligen avgjorda rättsfall, i vilka nytt åtal ansetts icke kunna föranleda ytterligare ansvar. I det äldsta av dessa, SvJT 1917 s. 393, voro omständigheterna följande. Genom tre laga kraftvunna utslag den 15 juli 1916 hade ryske undersåten M. Silwert av samma HR dömts att böta *dels* på talan av länsmannen A. Svensson för under år 1916 inom dennes distrikt bedriven olaga gårdfarihandel 200 kronor, varav $\frac{1}{2}$ skulle tillfalla Kronan och $\frac{1}{2}$ Svensson, *dels* på talan av länsmannen O. Roupé för olaga gårdfarihandel under tiden januari—april 1916 inom dennes distrikt 150 kronor, *dels ock* på talan av länsmannen E. Kinberg för olaga gårdfarihandel under februari och mars 1916 inom dennes distrikt 150 kronor, båda

¹⁰⁵ Jfr t. ex. samma referat under IV.

¹⁰⁶ Se *Hagströmer* I s. 723 f. — Det förtjänar tilläggas, att därest avbrottsstadgandet haft sin nuvarande lydelse, enligt vilken vad den tilltalade före varje åtal förbrutit skall anses som *särskilt brott*, dess tillämpning med hänsyn till ordalagen skulle ha utgjort stöd för uppfattningen, att de båda behandlingarna uppfattats såsom ett enda brott. Detta förhållande är av betydelse så till vida, som 1938 års lagändring icke torde ha åsyftat någon ändring i bedömandet av vad som utgjorde ett eller flera brott.

sistnämnda belopp att lika fördelas mellan Kronan, vederbörande åklagare och angivaren i de två sistnämnda målen, O. Kristoffersson. På angivelse av Kristoffersson yrkade därefter jämväl länsmannen Y. Persson vid HR:n ansvar å Silwert för det han under februari och mars 1916 utan vederbörligt tillstånd idkat gårdfarihandel inom Perssons tjänstgöringsdistrikt. HR:n fann, att de sist åtalade försäljningarna i förhållande till de tidigare avdömda utgjorde fortsättning av samma brott och att med hänsyn till 4:9 SL straffet skulle så bestämmas, som om Silwert blivit på en gång lagförd för hela den föreliggande brottsligheten. Då emellertid maximistraffet för brott mot 18 § näringsfrihetsförordningen, 500 kronors böter, redan utdömts, kunde enligt HR:ns mening någon ökning av straffet icke äga rum. Däremot fann sig HR:n oförhindrad att verkställa ändring i den ursprungliga bötesfördelningen, varigenom även Persson tillerkändes andel i de ådömda böterna. Mot HR:ns utslag fullföljdes talan dels av Svensson med yrkande om återställande av den ursprungliga bötesfördelningen, i vad den berörde honom, dels av Persson med yrkande om särskilt straff för de av honom åtalade försäljningarna. HovR:n över Skåne och Blekinge biföll Svenssons yrkande men lämnade Perssons utan avseende.

I rättsfallet SvJT 1925 rf. s. 24 hade F. Norman genom laga kraftvunnet utslag dömts till böter för att i strid mot meddelat förbud ha avverkat virke å en honom tillhörig fastighet. Tillika hade det avverkade virket, vilket i januari 1922 tagits i beslag, förklarats förbrutet. Sedermera påträffades emellertid å Normans fastighet ett av honom i samband med det i januari 1922 beslagtagna avverkat virkesparti, som på grund av sitt undangömda läge förut undgått beslag. Åklagaren yrkade då vid HR:n, att även sistnämnda parti måtte förklaras förbrutet. HR:n, vars utslag av HovR:n över Skåne och Blekinge lämnades utan ändring, upptog icke åklagarens talan till prövning, "enär ifrågavarande, den 9 maj 1922 beslagtagna virke ostridigt blivit å samma fastighet avverkat i sammanhang med berörda skogsavverkning".

I rättsfallet SvJT 1927 rf. s. 20 var situationen följande. Handlanden F. Hermansson-Juvall hade fällts till ansvar för att han under oktober 1924 idkat olaga gårdfarihandel inom Strövelstorps socken, tillhörande Rebbelberga landsfiskalsdistrikt. Sedan utslaget vunnit laga kraft, åtalades samme handlande för att han under samma tid idkat olaga gårdfarihandel jämväl inom Hjärnarps socken, tillhörande samma landsfiskalsdistrikt. HR:n fällde till ansvar med åberopande av bl. a. 4:3 och

4:9 SL. HovR:n över Skåne och Blekinge fann emellertid under hänvisning till det tidigare utslaget, att vad i målet lagts Hermansson-Juvall till last "icke lagligen kunde föranleda därtill, att Hermansson-Juvall ånyo dömdes till ansvar". Med upphävande av HR:ns utslag lämnade HovR:n därför åklagarens talan utan bifall.

Det i tidsföljden närmaste av de ifrågavarande rättsfallen rör olovligt utövande av tandläkaryrket och refereras i SvJT 1930 rf. s. 56. Efter stämning, som utfärdats den 24 februari 1928, hade tandteknikern G. Gunnarsson genom utslag av RR:n i Göteborg den 27 mars 1928 ådömts ansvar för det han vid särskilda tillfällen under år 1926 obehörigen utövat tandläkarkonsten. Sedermera väcktes vid samma domstol åtal mot Gunnarsson för det han vid särskilda tillfällen under juli, september och november 1927 samt januari 1928 i Göteborg olovligen utövat tandläkaryrket. RR:n fällde den tilltalade till särskilt ansvar för vad som i det senare åtalet lagts honom till last. Göta HovR fann däremot med hänsyn till att "Gunnarssons i förevarande mål åtalade förfarande ägt rum före anhängiggörandet av det åtal, på grund varav Gunnarsson genom RR:ns utslag d. 27 mars 1928 fällts till ansvar för olovligt utövande av tandläkaryrket", att vad i målet lagts Gunnarsson till last "ej bort föranleda till särskilt ansvar", och prövade därför lagligt att med upphävande av RR:ns utslag ogilla åklagarens talan.

Slutligen bör uppmärksammas rättsfallet SvJT 1936 rf. s. 63. Efter stämning till Tössbo HR:s sammanträde den 25 november 1935 yrkade allmän åklagare ansvar å åkeriägaren Aron Svensson för det han genom 201 särskilda transporter under tiden 10 juli 1934—18 oktober 1935 bedrivit yrkesmässig biltrafik, som icke omfattats av honom meddelat trafiktillstånd. Innan målet avgjordes av HR:n hade emellertid Svensson i ett mot honom den 24 januari 1936 vid Askims, Hisings och Sävedals HR anhängiggjort mål genom utslag den 28 januari 1936, som sedermera vann laga kraft, fällts till ansvar för det han den 14 april 1934 inom Sävedals landsfiskalsdistrikt olagligen utövat länstrafik. Tössbo HR fällde likväl den tilltalade till ansvar för vad som i målet lagts honom till last. Göta HovR, där den tilltalade besvärade sig över sistnämnda avgörande, fann emellertid, att vad Svensson i det förut avgjorda och det förevarande målet låtit komma sig till last var att anse som en förseelse, samt att sedan Svensson genom Askims, Hisings och Sävedals HR:s utslag för viss del av förseelsen ådömts straff, densamma i övrigt icke bort föranleda särskilt ansvar. HovR:n prövade

därför lagligt att med upphävande av överklagade utslaget ogilla åklagarens talan.

Vid en analys av de refererade rättsfallen är först och främst av intresse att sammanställa 1917 och 1927 års fall, som båda röra olaga gårdfarihandel. I båda rättsfallen gick utgången visserligen i samma riktning så till vida som ytterligare ansvar för den tilltalade icke ansågs kunna ifrågakomma. I 1917 års fall motiverades emellertid utgången härvidlag av HR:n med att 500 kronors böter (som utgör det för brott mot 18 § näringsfrihetsförordningen stipulerade straffmaximum) redan utdömts. E contrario torde härav kunna dragas den slutsatsen, att HR:n, därest det tidigare ådömda bötesbeloppet icke uppgått till 500 kronor, skulle ha ansett sig oförhindrad att ådöma den tilltalade ytterligare ansvar för de sist åtalade försäljningarna.¹⁰⁷ HovR:ns ståndpunkt i detta hänseende synes icke kunna med säkerhet angivas, eftersom den beträffande yrkandet om särskilt ansvar endast uttalade, att besvären lämnades utan avseende. Att HovR:n icke ändrade HR:ns motivering kunde visserligen synas tyda på att den delade HR:ns uppfattning. Det är emellertid sannolikt, att HovR:n funnit sig sakna anledning att ingå i bedömande av spörsmålet, huruvida straffskärpning skulle ha kunnat inträda, därest maximum icke uppnåts, och därför med avsikt underlåtit att vare sig ändra eller uttryckligen acceptera HR:ns motivering.

Om man däremot antager, att HovR:n, såvitt nu är i fråga, delat HR:ns uppfattning beträffande såväl slut som motivering, kommer avgörandet i strid mot HovR:ns ståndpunkt i 1927 års rättsfall. Ett förhållande, som möjligen kunde anses utgöra en förklaring till en sådan motsättning är, att 1927 års rättsfall gällde försäljningar inom samma landsfiskalsdistrikt, medan det i 1917 års fall var fråga om försäljningar inom olika åklagares distrikt. Det är tänkbart, att i sistnämnda fall vad den tilltalade förbrutit inom varje åklagares distrikt ansetts utgöra särskilt brott, en förmodan som kan synas vinna stöd av att frågan om ansvar för de ursprungliga försäljningarna på talan av olika åklagare handlagts i tre skilda mål, avgjorda genom särskilda utslag.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Fullt säker är emellertid slutsatsen knappast. Även om motiveringen obestriddligen tyder på att HR:n tagit ställning till denna fråga, bör ju observeras, att ett sådant ställningstagande icke varit nödvändigt för målets avgörande, ett förhållande som manar till försiktighet vid tolkningen.

¹⁰⁸ Mot denna hypotes strider icke det förhållandet, att straffmaximum enligt 18 § näringsfrihetsförordningen ansågs icke kunna överskridas. Även vid antagande av fortsatt brott i vidsträckt mening var nämligen strafflatituden enligt 4:3 SL – som åtminstone av HR:n sannolikt ansetts tillämplig, ehuru lagrummet icke citerats – densamma som för enkelt brott.

I och för sig är det väl heller icke orimligt att uppställa en viss begränsning i territoriellt hänseende såsom förutsättning för sådant samband mellan flera försäljningar, som berättigar att de betraktas såsom ett enda brott. Näringsfrihetsförordningen ger emellertid intet stöd för antagandet, att en dylik gräns skulle sammanfalla med gränsen för vederbörande åklagares distrikt, en gränsdragning som f. ö. ur straffrättslig synpunkt torde vara tämligen irrationell.¹⁰⁹ Att åtal för försäljningar inom de olika distrikten handlagts i skilda mål har säkerligen heller icke — åtminstone i första hand — föranletts av straffrättsliga överväganden utan av det förhållandet, att enligt 24 § näringsfrihetsförordningen vederbörande åklagare ägde rätt till andel i ådömda böter. Det kan sålunda icke uteslutas, att HR:n ansett samtliga ursprungligen åtalade försäljningar utgöra ett brott, ehuru det med hänsyn till bötesfördelningen ansetts lämpligt, att det uppdelades på skilda mål.¹¹⁰

Av det sagda torde framgå, att 1917 års rättsfall innehåller alltför många ovissa faktorer för att tillåta några säkra slutsatser. Det är möjligt, att HovR:n i likhet med HR:n ansett ytterligare ansvar uteslutet endast på den grund, att straffmaximum redan utdömts. Är denna tolkning riktig, kan rättsfallet innebära antingen att försäljningarna inom de olika åklagarnas distrikt betraktats som skilda brott, eller att HovR:n ansett laga kraftvunnen dom för en del av ett brott icke utesluta ytterligare ansvar för återstoden av samma brott. Den tolkning av HovR:ns ståndpunkt, som har mest fog för sig, synes emellertid vara, att HovR:n icke ingått i bedömande av sistnämnda spörsmål, eftersom det under alla omständigheter ansetts klart, att ytterligare ansvar med hänsyn till det uppnådda straffmaximum icke kunde ifrågakomma.¹¹¹

Om sålunda någon ovisshet kan råda om innebörden av 1917 års

¹⁰⁹ Jfr JK:s ovan s. 250 refererade uttalanden angående tolkningen av straffbudet för olaga gårdfarihandel.

¹¹⁰ Att regler om bötesfördelning icke få inverka på det straffrättsliga bedömandet är tydligt och har särskilt framhållits av *Bergendal*, Lärobok s. 661 f. Frågan, i vad mån dylika regler kunna tillåtas medföra ett processuellt sönderstyckande av en straffrättslig enhet, torde icke vara lika lätt besvarad. Vi sakna emellertid anledning att närmare beröra detta spörsmål, eftersom det efter utfärdandet av lagarna 24 april 1936 och 19 juli 1941 om upphörande av landsfogdes resp. landsfiskals rätt till andel i böter m. m. samt 19 mars 1937 om upphävande av vissa åklagares rätt till andel i böter m. m. jämte av sistnämnda lag föranledda KBr väsentligen saknar praktisk betydelse.

¹¹¹ För att komma till motsatt resultat måste man nämligen ha antagit dels att försäljningarna inom de olika distrikten utgjorde skilda brott, dels ock att 4:3 SL icke ägde tillämpning på dessa brott.

rättsfall, lär däremot innebörden av övriga fyra anförda hovrättsavgöranden vara så till vida klar, som samtliga med något varierande formuleringar torde giva uttryck åt uppfattningen, att laga kraftvunnen dom för en del av ett brott förhindrar ytterligare ansvar för återstoden av samma brott.¹¹² Vid bedömande av dessa avgörandens betydelse ur resjudicatasynpunkt är emellertid att observera, att endast i ett av fallen — SvJT 1925 rf. s. 24 — den åtgärd vidtagits, som även före RB:s ikraftträdande måste anses ha varit den korrekta i fall, då ett tidigare avgörande antagits utöva en negativ rättskraftsfunktion, nämligen avvisning av åtalet. I övriga fall ogillades däremot åklagarens talan.¹¹³ Det är möjligt, att detta förhållande endast är att tillskriva ett mindre exakt skrivsätt. Det kan emellertid också tänkas, att domstolarna avsiktligt underlåtit att avvisa åklagarens talan på grund av res judicata. Är sistnämnda antagande det riktiga, synas två olika förklaringar av tillvägagångssättet kunna ifrågasättas.

Den ena av dessa är, att åtalet ogillats, emedan den tilltalades brottslighet ansetts tillräckligt bestraffad genom den tidigare domen. Tydligt är nämligen, att om den tilltalade dömts för ett relativt stort antal handlingar, en straffhöjning stundom icke ter sig påkallad, även om det upptäckes, att han förövat några ytterligare likartade handlingar. Särskilt är väl detta fallet, då vid tillämpningen av ett lagrum, vilket under en enkel tillämpning innesluter åtskilliga till tid och rum skilda handlingar, icke kunnat utrönas det exakta antalet brottsliga handlingar och de närmare omständigheterna kring var och en av dessa. Det straff, som utmätas, torde då kunna antagas vara tämligen approximativt beräknat och sålunda förutse någon avvikelse med hänsyn till antalet handlingar. Denna förklaring är dock knappast hållbar. Motiveringarna till ifrågavarande domstolsavgöranden tyda nämligen icke på att domstolarna enligt vanliga straffmätningsgrunder funnit det tidigare ådömda straffet tillräckligt högt utan på att ytterligare ansvar ansetts *icke lagligen kunna* ådömas den tilltalade. Denna uppfattning uttalas klart i HovR:ns utslag i 1927 års rättsfall. I övriga fall har vanligen använts lokutionen, att det nya åtalet "icke bort" föranleda ytterligare ansvar. Med hänsyn till att denna slutsats endast motiverats med att de senare åtalade förfarandena ägt rum innan den

¹¹² Se även de ovan s. 228 not 24 anmärkta målen mellan allmän åklagare och F. S. Ridderheim, i vilka fall de tidigare avgörandena dock icke vunnit laga kraft.

¹¹³ Detsamma gäller också de från den slutliga utgången avvikande meningar, som framförts i NJA 1937 s. 324 och 1939 s. 134 samt i SvJT 1938 rf. s. 30; jfr NJA 1904 s. 589. Jfr även de ovan s. 228 not 24 anmärkta målen mellan F. S. Ridderheim och allmän åklagare.

tilltalade dömts eller åtalats för de först bedömda handlingarna¹¹⁴ eller med att de olika handlingarna utgjorde en förseelse¹¹⁵ eller ett fortsatt brott¹¹⁶, torde det emellertid icke heller i dessa fall ha varit fråga om vanliga straffmätningssynpunkter. Det förtjänar f. ö. framhållas, att med tillämpning av dylika synpunkter en straffskärpning stundom säkerligen ansetts påkallad. I SvJT 1936 rf. s. 63 hade exempelvis den tilltalade ursprungligen dömts för att vid *ett* tillfälle ha olovligen utövat yrkesmässig biltrafik, medan det åtal, som senare prövades utan att bifallas, avsåg enahanda förfaranden vid 201 andra tillfällen. Det torde kunna tagas för givet, att, därest samtliga 202 förfaranden samtidigt förelegat till bedömande, straffet skulle ha satts högre än vad den tilltalade nu fick vidkännas för ett enda av dessa förfaranden.¹¹⁷

Den andra förklaring, som kan ifrågasättas, är att man funnit sig förhindrad att ådöma ytterligare ansvar för viss del av ett brott, om den tilltalade redan tidigare för annan del av samma brott fällts till ansvar, icke på grund av reglerna om res judicata utan på grund av de straffrättsliga reglerna. Man kan härvid tänkas ha resonerat så, att det icke är förenligt med straffrättens regler, att någon för olika delar av samma brott ådömes skilda straff, och att gemensamt straff heller icke kunnat åvägbringas med tillämpning av 4:9 SL, eftersom detta lagrum enligt ordalydelsen endast berörde fall, då fråga var om flera skilda brott, varför ingen annan möjlighet återstått än att frikänna den tilltalade.¹¹⁸ Icke heller denna förklaring synes emellertid särskilt plausibel, eftersom några betänkligheter mot en analogisk tillämpning av 4:9 SL knappast synas ha behövt möta, därest man icke ansett reglerna om res judicata lägga hinder i vägen. Den sannolikaste anledningen till att de nämnda avgörandena givits formen av ogillande och icke avvísning synes därför vara den först antydda, nämligen att

¹¹⁴ SvJT 1930 rf. s. 56, HovR:n i NJA 1939 s. 134 samt en ledamot i HovR:n i SvJT 1938 rf. s. 30.

¹¹⁵ SvJT 1936 rf. s. 63.

¹¹⁶ RR:n i NJA 1937 s. 324.

¹¹⁷ Tilläggas kan, att av referaten i SvJT av rättsfallen 1930 rf. s. 56 och 1936 rf. s. 63 icke framgår, vilket straff som utdömts i den tidigare rättegången, ett förhållande som tyder på att dettas storlek ansetts sakna betydelse.

¹¹⁸ Enligt detta betraktelsesätt skulle däremot något hinder icke ha förelegat mot att bifalla det senare åtalet, om den första rättegången resulterat i ett frikännande. Något fall av förevarande slag, där den första domen blivit frikännande, finnes veterligen icke refererat i rättsfallssamlingarna. Detta beror sannolikt på att något sådant fall icke förekommit, men man torde icke kunna utesluta möjligheten, att det ansetts självklart, att i sådant fall hinder mot bifall till det senare åtalet icke förelegat.

man icke fäst större vikt vid detta formella spörsmål och därvid kommit att begagna ett mindre korrekt skrivsätt.¹¹⁹

Såsom *sammanfattning* av den verkställda undersökningen av svensk praxis kan sägas, att åtskilliga hovrättsavgöranden ge uttryck åt uppfattningen, att laga kraftvunnen fällande dom för vad som sedermera visar sig vara en del av ett brott bildar res judicata i förhållande till åtal för annan del av samma brott. Något klart avgörande i HD av samma innebörd synes emellertid icke föreligga,¹²⁰ och ett före de nämnda hovrättsavgörandena tillkommet rättsfall, NJA 1923 s. 469 III, kan möjligen anses tyda på en motsatt uppfattning.^{120a}

Den föregående redogörelsen för utländsk rätt och svensk doktrin och praxis före RB:s ikraftträdande ger exempel på åtskilliga olika sätt att lösa förevarande resjudicataproblem. Vilken lösning som bäst motsvarar syftet med och avfattningen av RB:s bestämmelser är en synnerligen vanskelig fråga. Det synes lämpligt att vid behandlingen härav skilja mellan fall, då den första domen var fällande, och fall, då den första rättegången lett till frikännande dom.

a. *Fällande dom.*

Det är givet, att om tilltalad genom laga kraftvunnen dom fällts till straff för en eller flera brottsliga handlingar och det sedermera uppdagas, att han före anhängiggörandet av åtalet förövat andra likartade handlingar, vilka stå i så nära samband sinsemellan och med de bestraffade, att de tillsammans utgöra ett enda brott, nytt åtal många gånger skulle te sig skäligen ändamålslost, eftersom det kunde förväntas medföra på sin höjd en obetydlig straffskärpning. I dylika fall är intresset ur allmän synpunkt av nytt åtal uppenbarligen mycket ringa. Ett konsekvent väckande av åtal i sådana situationer skulle snarast vara ägnat att hos allmänheten försvaga aktningen för straffrättsskipningen genom att framkalla uppfattningen, att det brottsbeivrande samhällsmaskineriet stundom sättes i gång i oträngt mål. Ur individualpreventiv synpunkt kunde vidare ett dylikt åtal ofta väntas

¹¹⁹ Till stöd härför kan även anföras, att under rubriken till rättsfallen SvJT 1927 rf. s. 20, 1930 rf. s. 56 och 1936 rf. s. 63 hänvisas till *Hagströmers* framställning, där ifrågavarande spörsmål betraktas som frågor om res judicata.

¹²⁰ Se emellertid NJA 1938 B 83, där dock det tidigare avgörandet icke vunnit laga kraft och där dessutom den tilltalade ensam fullföljt talan.

^{120a} Här må erinras om att samtliga refererade rättsfall ligga i tiden före ikraftträdandet av 1938 års konkurrenslagstiftning. Detta förhållande synes dock icke ägnat att påverka deras betydelse för bedömandet av den principiella resjudicatafrågan.

snarare försvåra än underlätta den tilltalades återanpassning i samhället. Att det ur processuell synpunkt skulle innebära en onödig belastning av åklagarens och domstolens arbetskraft är uppenbart. I en rättsordning, där legalitetsprincipen beträffande åklagares skyldighet att åtala brottsliga handlingar strängt upprätthålles, fyller en rättskraftsregel av sådan utformning, att den förhindrar dylika åtal, otvivelaktigt en beaktansvärd funktion.

Efter RB:s ikraftträdande tillgodoses emellertid nyssnämnda synpunkter i svensk rätt i stor utsträckning genom en modifikation i legalitetsprincipen. I 20:7 punkt 2 RB har åklagare meddelats befogenhet att eftergiva allmänt åtal för brott, som förövats innan den misstänkte dömts för annat av honom förövat brott eller till fullo undergått straff eller annan påföljd för sådant brott, om det är uppenbart, att brottet i jämförelse med det först bedömda är med hänsyn till påföljden utan nämnvärd betydelse. Givet är, att denna bestämmelse a fortiori bör vara analogiskt tillämplig beträffande handlingar, som utgöra delar av ett och samma brott, därest icke redan utformningen av avvisningsregeln i 30:9 RB förhindrar åtal i sådant fall.

Det är med hänsyn till stadgandet i 20:7 punkt 2 RB tydligt, att en utformning av avvisningsregeln, enligt vilken laga kraftvunnen fällande dom för en del av ett brott förhindrar åtal för återstoden av samma brott, får praktisk betydelse dels gentemot målsägande, dels gentemot åklagare, då antingen åtal väckes utan utnyttjande av befogenheten till åtalseftergift eller en mera avsevärd förhöjning av straffet kunde förväntas bli följden av bifall till det nya åtalet.

Till stöd för möjligheten att upptaga nytt åtal till prövning kan anföras, att åtal för andra handlingar än de tidigare bedömda icke i någon mån föranleder en omprövning av det material, som bedömts i den tidigare rättegången, och att följaktligen bifallande domar över båda åtalen icke komma i konflikt med varandra. Ur denna synpunkt är sålunda situationen, därest nytt åtal upptages till prövning och bifalles, väsentligen analog med den, som avses i 4:3 SL. En analogisk tillämpning av detta lagrum med iakttagande av att man icke finge att göra med någon konkurrenslatitud utan endast straffskalan för enkelt brott och att gemensamt straff skulle ådömas även vid bötesstraff synes sålunda ur den angivna synpunkten icke möta några betänkligheter.

Ett tungt vägande skäl för antagande av res judicata är emellertid, att detta bereder en önskvärd garanti för att den åtalande parten

bedriver utredningen med sådan omsorg, att samtliga straffrättsligt sammanhängande handlingar i ett sammanhang föreläggas domstolen till bedömande. Antoges rättskraften omfatta endast de bedömda handlingarna, kunde befaras, att den åtalande parten icke iakttog samma grundlighet vid utredningen i förlitan på att alltid i en senare rättegång kunna åtala handlingar, som ursprungligen undgått hans uppmärksamhet, varigenom risken för ett ur flera synpunkter olämpligt processuellt sönderstyckande av sammanhängande brottslighet komme att i måhända icke oväsentlig grad ökas. Vad särskilt beträffar målsägande torde man dessutom icke helt kunna bortse från risken för att en möjlighet till uppdelande av ett och samma brott på skilda åtal kunde komma att utnyttjas i trakasseringssyfte.

En preklusionspåföljd kunde visserligen förefalla mindre tilltalande, om trots omsorgsfull utredning samtliga brottsliga handlingar ursprungligen icke kunnat upptäckas och de senare upptäckta äro av den omfattning, att en icke helt obetydlig skärpning av straffet inom straffskalans ram vore att förvänta av ett nytt åtal. Stå de olika handlingarna verkligen i så nära inbördes förhållande, att de utgöra ett enda brott, torde emellertid den straffkvantitet, den tilltalade genom antagande av res judicata kan komma att undgå, knappast vara så betydande, att effektivitetssynpunkten härigenom i alltför hög grad eftersättes. Detta antagande torde överensstämma med de synpunkter, som lagts till grund för resningsinstitutets utformning. Enligt 58:3 RB kan ju resning efter fällande straffdom icke beviljas i syfte att åvägbringa en skärpning av straffet inom ramen för den tidigare tillämpade straffskalan.

En avvägning av de olika anförda synpunkterna synes giva vid handen, att skälen för antagande av res judicata ha den största tyngden. Denna ståndpunkt står också i överensstämmelse med såväl den oftast företrädde meningen i utländsk rätt som den uppfattning, vilken kommit till uttryck i åtminstone flertalet svenska rättsfall i frågan och hos flertalet av de författare, som i svensk litteratur behandlat hithörande spörsmål.

b. Frikännande dom.

Det förefaller uppenbart, att riktigheten av en frikännande dom över åtal för vissa handlingar icke bör kunna underkastas prövning genom att dessa handlingar tillsammans med andra likartade handlingar, som senare upptäckts, upptagas i ett nytt åtal. Såvitt gäller de

genom den tidigare domen prövade handlingarna föreligger otvivelaktigt res judicata. Avsevärt vanskligare att bedöma är däremot spörsmålet, om en frikännande dom för vissa handlingar förhindrar prövning av åtal för enbart andra likartade handlingar, därest förhållandet mellan de i de båda rättegångarna påstådda handlingarna är sådant, att den tilltalade, om han förövat samtliga, enligt straffrättens regler icke förskyllt ansvar för mer än ett brott.

En undersökning ur ändamålssynpunkter torde giva vid handen, att starkare skäl kunna anföras för prövning av nytt åtal i detta fall än i fall, där den tidigare domen blivit fällande. I det föregående har antagits, att det ur effektivitetssynpunkt icke möter större betänkligheter, att den som fällts till ansvar för vissa handlingar, icke kan ådömas en skärpt bestraffning inom ramen för samma straffskala efter upptäckten av andra likartade handlingar. Ur denna synpunkt synes det emellertid något mindre tillfredsställande, att en frikännande dom för vissa handlingar skulle medföra, att den tilltalade helt undginge ansvar genom att han icke heller för andra likartade handlingar kunde dömas till straff.

Även i detta fall kan man naturligtvis säga sig, att antagande av res judicata erbjuder den bästa garantien för att den åtalande parten bedriver utredningen med sådan omsorg, att alla straffrättsligt sammanhängande rättsfakta i ett sammanhang föreläggas domstolen till bedömande. Denna synpunkt synes emellertid vara tillräckligt tillgodosedd genom antagande av res judicata vid fällande dom. Den part, som väcker ett åtal, torde nämligen så gott som undantagslöst räkna med att det åtminstone till någon del blir bifallet, varför man i stort sett lär sakna anledning till farhågor, att han skulle lägga ned mindre möda på utredningen med vetskap om att han efter frikännande dom kunde väcka åtal för andra likartade handlingar, om blott detta är uteslutet efter fällande dom.

Är det sagda riktigt, innebär det, att den synpunkt, som i första hand motiverar ett eftersättande av effektivitetssynpunkten efter fällande dom, icke torde nödvändiggöra, att även en frikännande dom förhindrar nytt åtal för andra likartade handlingar. Det vill därför synas, som om sakliga skäl talade för att i nu förevarande fall antaga res judicata vid fällande men däremot icke vid frikännande dom.

I detta läge uppställer sig frågan, om det med hänsyn till lagens ordalag är möjligt att avgränsa rättskraftens omfång olika vid fällande och frikännande dom. I det föregående har flerstädes understrukits,

att det enligt 30:9 RB kommer an på vad som genom domen prövats, oberoende av hur prövningen utfallit, och att därför frågan om res judicata måste bedömas på samma sätt vid fällande och frikännande dom.

Med hänsyn till en speciell egenhet hos de här ifrågavarande situationerna synes emellertid böra närmare undersökas, om den allmänna satsen, att resjudicatafrågan befinner sig i samma läge efter fällande och frikännande dom, även här håller streck. Ståndpunkten, att res judicata föreligger efter fällande dom, måste tydligen lagtekniskt motiveras så, att vad som utgör en del av ett brott tillika utgör endast en del av en gärning, och att en del av en gärning icke kan prövas, sedan annan del av samma gärning varit föremål för dom, som vunnit laga kraft. Vad som särskilt kännetecknar de aktuella fallen är det förhållandet, att en handling, som motsvarar rekvisiten i en brottsbeskrivning och sålunda för ett isolerat betraktande framstår som ett brott, kommer att utgöra endast en del av ett brott, om den ställes i relation till en annan likartad handling.¹²¹ Med utgångspunkt härifrån skulle man kunna tänkas resonera på följande sätt.

Om endast en handling, A, i verkligheten föreligger, utgör A ett brott och en gärning. Om däremot även en annan handling, B, företagits, bildas brottet och gärningen av enheten AB. Av denna enhet utgöra såväl A som B osjälvständiga delar, av vilka ingen kan göras till föremål för åtal, sedan dom över den andra delen vunnit laga kraft. Låt oss nu antaga, att A prövats genom laga kraftvunnen dom. Om nytt åtal väckes för B, blir frågan, huruvida B kan sägas ingå i enheten AB. Kan man vid bedömande av denna fråga konstatera, att A i verkligheten ägt rum, blir svaret jakande, och åtalet för B skall avvisas. Kommer man till resultatet, att A i verkligheten icke företagits, kan den däremot enligt detta resonemang icke sägas bilda någon enhet tillsammans med B, och B måste då antagas utgöra en självständig gärning, som kan prövas utan hinder av domen över A.¹²²

Vid bedömandet i den senare rättegången, huruvida A i verkligheten föreligger eller icke, kunde man nu förfara på två olika sätt. Den ena möjligheten vore att domstolen i den senare rättegången ansåges ha fullt fria händer, dvs. att den för bedömande av identitetsfrågan

¹²¹ Vi kunna för enkelhetens skull begränsa resonemanget till två handlingar. Mutatis mutandis gäller emellertid detsamma, om de båda enheterna var för sig utgöras av flera handlingar.

¹²² Detsamma torde gälla, om A visserligen förövats men icke är straffbar, i vilket fall den likaledes icke kan bilda en brottsenhet tillsammans med B.

ägde pröva, huruvida A föreligger eller icke, oavsett den tidigare domens ståndpunkt.¹²³ Den andra möjligheten vore, att den tidigare domen ansåges ha med för identitetsprövningen bindande verkan fastslagit, huruvida A föreligger eller icke.¹²⁴

Det första av dessa alternativ kunde synas i princip böra tillerkännas företräde, särskilt om man utgår från den av PLB företrädde uppfattningen, att domstol i brottmål icke bör anses bunden av ett tidigare avgörande i vidare mån än som följer av 30:9 RB. Emellertid skulle detta medföra bl. a. följande egendomliga konsekvens. Om domstolen funne, att den tilltalade tidigare frikänts med rätta — emedan A icke existerade — skulle åtalet för B upptagas till prövning, medan det däremot skulle avvisas, därest domstolen funne den tilltalade rätteligen ha förskyllt straff även för A. Denna konsekvens, innebärande, att den som domstolen finner ha frikänts med rätta, blir vid bedömande av det nya åtalet sämre ställd än den som enligt rättens mening frikänts med orätt, lär knappast kunna accepteras, helst som den tilltalade själv genom att — eventuellt mot bättre vetande — påstå att han gjort sig skyldig till A skulle kunna föranleda, att han undginge straff för B.¹²⁵ Det senare alternativet, enligt vilket domstolen vid sitt avgörande av identitetsfrågan är bunden av utgången i den tidigare rättegången, skulle därför i och för sig vara att föredraga, oaktat det innebure antagande av en form av positiv rättskraftsfunktion, som får anses sakna stöd i 30:9 RB. Enligt detta alternativ skall tydligen åtalet för B avvisas, därest åtalet för A lett till fällande dom, men upptagas till prövning, om åtalet för A resulterat i ett frikännande.

Det ifrågasatta resonemanget kan vid första påseende onekligen te sig bestickande. Vid närmare betraktande torde emellertid visa sig, att det knappast är hållbart. Det utgår sålunda från förutsättningen, att en åtalad handling icke kan utgöra en del av en gärning enligt 30:9 RB, om den icke har någon motsvarighet i verkligheten, och bygger vidare på antagandet, att domen måste betraktas som utslagsgivande för frågan, huruvida någon sådan motsvarighet existerat. Det vill emellertid synas, som om detta betraktelsesätt konsekvent tillämpat skulle leda till antagandet, att genom en dom, som frikänt den tilltalade, emedan han icke befunnits övertygad om att ha förövat det förfarande,

¹²³ Detta alternativ torde motsvara den uppfattning, som i tysk doktrin företräts av bl. a. *Bockshammer* och *Heinrich*. Se härom ovan s. 239.

¹²⁴ Detta alternativ synes motsvara den ståndpunkt, som omfattats av RG. Se ovan s. 238.

¹²⁵ Det bör erinras om att vid brott av det slag, varom nu är fråga, straffarbete ytterst sällan ingår i latituden, varför resning regelmässigt icke kan ifrågakomma.

som lagts honom till last, icke någonsin prövats någon gärning, enär enligt domens ståndpunkt ingen gärning funnits att pröva. En sådan dom skulle sålunda aldrig kunna utgöra rättegångshinder enligt 30:9 RB, en konsekvens som emellertid är uppenbart omöjlig att acceptera.

Det förefaller mot bakgrunden av det sagda tydligt, att det ifrågasatta resonemanget utgår från en felaktig problemställning. Man torde vid bedömande av spörsmål om gärningsidentitet icke böra taga hänsyn till huruvida det först åtalade förfarandet haft någon motsvarighet i verkligheten eller icke. I stället synes man ha att fråga sig, om de i de båda rättegångarna *påstådda* förfarandena jämförda med varandra äro att betrakta som en och samma gärning. I enlighet härmed måste i de nu ifrågavarande fallen — därest man icke vill tillåta nytt åtal efter fällande dom — kriteriet på gärningsidentitet vara, att de i de båda rättegångarna påstådda handlingarna, även om den tilltalade förskyllt ansvar för dem alla, enligt straffrättens regler icke skulle utgöra mer än ett brott.

Kap. 14

Några sammanfattande synpunkter

Såsom den föregående utredningen torde ha visat, kunna spörsmål om gärningsidentitet uppkomma i de mest skiftande situationer, och lagtextens ordalag ge av naturliga skäl endast en mycket begränsad ledning för deras besvarande. I huvudsak är man hänvisad till ändamålsöverbäganden av det slag som redovisats i den företagna undersökningen. Även om det bör understrykas, att det är av stor vikt att rättskraftens omfång såvitt möjligt erhåller en klar avgränsning med beaktande av olika situationers *typ* utan ett alltför kasuistiskt hänsynstagande till de speciella omständigheterna i enskilda fall, synes man knappast kunna med fördel sammanfatta riktlinjerna för bedömande av spörsmål om gärningsidentitet i en enkel formel. En mera allmän återblick på undersökningens resultat synes däremot här vara på sin plats.

Det är påfallande, att svenska domstolar och svensk doktrin före RB:s ikraftträdande visat sig relativt obenägna att antaga res judicata vid avvikelser med hänsyn till rättsfakta eller deras rättsliga kvalificering. Den *svenska rättens inställning* i detta hänseende torde i varje fall generellt sett kunna sägas ha varit mera *restriktiv* än den hållning man i allmänhet intagit i utländsk rätt. Skillnaden i avvägning mellan effektivitets- och trygghetssynpunkterna är desto mera påtaglig, som antagande av res judicata i de kontinentala och anglosachsiska rättsordningarna innebär, att någon omprövning av ansvarsfrågan till men för den tilltalade överhuvud icke kan äga rum, medan enligt svensk rätt även vid antagande av res judicata en dylik omprövning under vissa förutsättningar kunnat och alltjämt kan ske, nämligen genom resning till men för den tilltalade (tidigare även genom återupptagande jämlikt 17:32 ÄRB).

Den uppfattning om identitetsproblemens lösning, som förfäktats i detta arbete, står på åtskilliga punkter icke i överensstämmelse med tidigare svensk praxis och doktrin, medan den i allmänhet relativt nära ansluter sig till resultat i utländsk rätt.

Såsom skäl för förordandet av en vidsträcktare avgränsning än tidigare av rättskraftens omfång i svensk rätt har bl. a. framhållits en successiv *förskjutning i rättsuppfattningen* inom såväl straffrätten som straffprocessrätten. I förstnämnda hänseende är att märka, att intresset av en omprövning av ansvarsfrågan i enstaka fall torde te sig betydligt mindre framträdande med utgångspunkt från den numera förhärskande uppfattningen om straffets ändamål såsom prevention än mot bakgrunden av en äldre tids vedergällningsteori. Såvitt gäller straffprocessen har påvisats, att uppställandet av inkvisitionsprincipen såsom ledande grundsats för brottmålsförfarandets anordnande medfört en tydlig tendens till eftersättande av den tilltalades intressen, däribland även intresset av att erhålla ett slutgiltigt avgörande, som ger honom trygghet mot upptagande av ansvarsfrågan till förnyad prövning. Även om den akusatoriska principens företräde sedan länge varit erkänt även i vårt land, kan processlagstiftningen först i och med RB:s ikraftträdande sägas ha tagit steget över från inkvisitionsprincip till akusationsprincip såsom ledande grundsats inom straffprocessen. Det är naturligt, att denna förändring återspeglas även inom resjudicialläran i form av en vidsträcktare avgränsning än tidigare av rättskraftens omfång.

Bland omständigheter, som i det föregående framhållits såsom betydelsefulla, må vidare särskilt erinras om *resningsreglernas utformning*. Eftersom valet mellan att antaga res judicata eller icke innebär ett val mellan att tillåta omprövning av ansvarsfrågan endast genom resning under i 58:3 RB angivna förutsättningar eller att medgiva omprövning genom nytt åtal, oavsett om någon av nämnda förutsättningar i det konkreta fallet brister, måste den avgörande synpunkten bli, om sakliga skäl finnas för att vid en viss typ av avvikelser såsom förutsättning för omprövning kräva, att i 58:3 RB uppställda fordringar äro uppfyllda. Vid bedömandet härav har man särskilt att beakta, att man upprätthåller en viss konsekvens i avvägningen mellan de olika synpunkterna i å ena sidan fall, då endast ny bevisning tillkommit, och å andra sidan fall, då ett krav på omprövning betingas av upptäckten av nya rättsfakta.

Slutligen bör understrykas betydelsen för frågor om avvísning på

grund av res judicata av att *RB icke erkänner en positiv rättskraftsfunktion* av dom i brottmål. Genom antagande av en positiv rättskraftsfunktion förhindras, att ett nytt åtal, även om det upptages till prövning, avgöres på ett sätt, som direkt strider mot en tidigare dom. Vid bedömande av huruvida 30:9 RB är tillämplig eller icke har man där emot, såsom i det föregående ofta understrukits, endast att fästa avseende vid om det är fråga om samma gärning, som genom domen prövats, utan hänsynstagande till hur prövningen utfallit. Om man i ett visst konkret fall anser nytt åtal böra upptagas till prövning, måste man sålunda vara beredd att intaga samma ståndpunkt i ett i övrigt analogt fall, där det tidigare avgörandet utfallit i rakt motsatt riktning. Eftersom domstolen, då ett åtal upptagits till prövning, icke i någon mån är bunden av ett tidigare avgörande, synes det ur åtskilliga synpunkter önskvärt, att principen om avvísning av åtal på grund av res judicata gives en vidsträcktare tillämpning än tidigare. Att häri genom effektivitetssynpunkten skulle otillbörligt eftersättas, synes icke vara att befara, då resningsreglerna i 58:3 RB torde erbjuda ett fullt tillräckligt korrektiv i de fall, då en omprövning av ansvarsfrågan verkligen ter sig ur allmän synpunkt påkallad.

Åberopad litteratur

1. Urkundspublikationer, kommittébetänkanden, rättsfallssamlingar m. m.

Corpus iuris civilis. Vol. I. 30. ed. stereotypa. Institutiones. Recognovit Paulus Krueger. Digesta. Recognovit Theodorus Mommsen. Retractavit Paulus Krueger. Berolini 1920.

Stadgar, Kongl. Förordningar, Bref och Resolutioner, ifrån Åhr 1528. in til 1701. angående Justitiæ- och Executions-Ärender, ...; uppå Hans Kongl. May:tz allernådigste befalning ... samlade ... [av J. Schmedeman; dedik.] Stockholm 1706. Cit. *Schmedeman*.

Samling af Kongl. Maj:ts Bref, vilka på inkomne förfrågningar om Lagens rätta förstånd eller eljest i sådana mål som Rättegången röra, utfärdade blifwit, utg. af Johan Jusleen. Stockholm 1751. Cit. *Jusleen*.

Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686—1736 efter offentligt uppdrag utg. af Wilhelm Sjögren. VIII. Uppsala 1909. Cit. *Sjögren VIII*.

[Lagcommiteen.] Förslag till Allmän Criminallag [med motiver]. Stockholm 1832. Cit. LK.

[Lagberedningen.] Förslag till Rättegångsbalk [med Lagcommiteens motiver samt nya motiver]. Stockholm 1849. Cit. ÄLB.

Nya lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. D. I—IV & Bih. Stockholm 1884. Cit. NLB.

Nya lagberedningens förslag till lag angående bevisning inför rätta äfvensom till andra dermed sammanhängande författningar. [Framlagt 14 dec. 1889.] Stockholm 1890. Cit. 1889 års förslag angående bevisning inför rätta.

SOU 1926:31—33. Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. D. I—III. Stockholm 1926.

SOU 1937:24. Förslag till ändrad lagstiftning om sammanträffande av brott jämte motiv. Utarb. inom justitiedepartementet. Stockholm 1937.

SOU 1938:43—44. Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. I—II. Stockholm 1938. Cit. PLB. [Sidhänvisningarna avse II.]

SOU 1944:69. Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om brott mot staten och allmänheten. Stockholm 1945.

SOU 1946:83. Betänkande med förslag till strafflagstiftning för krigsmakten avg. den 16 november 1946. Stockholm 1946.

SOU 1946:91. Betänkande angående revision av det militära rättegångsväsendet avg. den 17 december 1946. Stockholm 1947.

SOU 1947:60. Förslag till tryckfrihetsförordning avg. av 1944 års tryckfrihetssakkunniga. Stockholm 1947.

Arkif, Juridiskt. Utg. af Carl Schmidt. Bd 1—34. Christianstad 1830—1862. Cit. SJA.

Arkiv, Nytt juridiskt. Avd. I. Stockholm 1874—. Cit. NJA.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd 1—77: H. 1—2. Leipzig 1880—1944. Cit. RGSt. [Hänvisning sker till band.]

Juristtidning, Svensk. Årg. 1—. Stockholm 1916—. Cit. SvJT [rf. = rättsfallsavdelningen].

Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning. Utg. af Christian Naumann. Stockholm 1864—1888. Cit. NT.

Ugeskrift for Retsvæsen. Afdeling A. Dansk Domssamling. København 1906. — Cit. U.

Berättelse, Justitiekanslerns i statsrådet, om Justitiekanslers ämbetsåtgärder och iakttagelser rörande lagarnas efterlevnad. Avgiven för år 1944. Helsingfors 1945.

Ämbetsberättelse, Justitieombudsmannens, avgiven till lagtima riksdagen 1949... Stockholm 1949.

Ämbetsberättelse, Militieombudsmannens, ... 1931, 1932, 1943, 1945, 1946. Stockholm s. å.

Agge, Ivar, Utlåtande angående konfiskation. I: Svea Hovrätts akt i mål mellan allmän åklagare och E. B. Strandberg, avgjort genom utslag den 15 juni 1948. Cit. Agge, Utlåtande.

Hassler, Ake, & Stjernstedt, Georg, P. M. angående utsträckt möjlighet att återbryta dom varigenom någon sakfällts för brott. Bilaga A till FLU 1937:9, s. 6 ff. Cit. Hassler—Stjernstedt.

Sveriges officiella statistik. Rättsväsen. Brottsligheten år 1945. Av Statistiska Centralbyrån. Stockholm 1948.

2. Citerad litteratur i övrigt

(Där annat icke närmare angives nedan, sker citering med enbart författarnamn eller – beträffande tidskriftsuppsatser vid flera arbeten av samme författare – med författarnamn jämte tidskriftens årgång.)

Abbott, Austin, Abbott's criminal trial practice. 4. ed. by P. W. Viesselman. Rochester, N. Y. 1939.

Abrahamsson, P., Swerikes Rijkens Lands-Lag, som af Rijkens Råd blef öfversedd och förbättrat och af K. Christofer . . . årom efter C. B. 1442 stadfäst . . . Nu å nyo andra gången med anmärckningar uplagd. [Föret.] Stockholm 1726.

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

– Något om processföremålet och dess bestämmande enligt svensk straffprocessrätt. I: Festskrift för Otto Hjalmar Granfelt. Helsingfors 1934. S. 18 ff. Cit. Agge, Processföremålet.

– Några anmärkningar om den enskilda åtalsrättens utveckling och ställning i viktigare nutida rättssystem. FJFT 1934 s. 137 ff.

– Några anmärkningar rörande skadeståndstalan i brottmål. SvJT 1936 s. 241 ff.

– Straffprocessrätt. Anteckningar efter föreläsningar. D. II. [Utg. av Juridiska föreningen i Uppsala. Stenc.] Uppsala 1936. Cit. Agge, Straffprocessrätt II.

– Till den straffrättsliga konkurrenslärans utvecklingshistoria. FJFT 1936 s. 393 ff.

– Straffprocessens konstruktion och brottmålsutslaget rättskraft. SvJT 1937 s. 617 ff.

– Studier över det straffrättsliga reaktionssystemet. I. Stockholm 1939. Cit. Agge, Reaktionssystemet.

– Den svenska straffrättens allmänna del i huvuddrag. H. I–II. Stockholm 1944–48. Cit. Agge, Lärobok.

Alexanderson, Nils, Föreläsningar öfver den svenska tryckfrihetsprocessen. Uppsala & Stockholm 1907.

– Tillämpning av läran om dolus eventualis. SvJT 1945 s. 295 ff.

Andenæs, Johs., Straffbar unnlatelse. Et bidrag til strafferetsdogmatikken. Oslo 1942.

– Straffens formål. Tfr 1946 s. 481 ff.

Beckman, Nils, Första årets erfarenheter av den nya lagstiftningen om förmögensbrott. SvJT 1944 s. 299 ff.

Beling, Ernst, Literaturbericht. Strafprozess. ZStW 1915 s. 648 ff.

- Deutsches Reichsstrafprozessrecht mit Einschluss des Strafgerichtsverfassungsrechts. Berlin & Leipzig 1928. (Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft . . . hrsg. von H. Fehr . . . und F. Stier–Somlo. Bd 17.)

Bergendal, Ragnar, Om vanemässighet och yrkesmässighet såsom brottsrekvisit och straffskärpningsgrunder. NTfS 1927 s. 223 ff.

- Straffrätt. 2. omarb. och tillökade uppl. Lund 1928. (Lärobok i rättskunskap för blivande landsfiskaler utg. genom socialdepartementets försorg. III.) Cit. *Bergendal*, Lärobok.

Bergendal, Sven, Bidrag till de svenska rättsmedlens historia. Efter författarens död utg. af Hadar Berglund. Uppsala & Stockholm 1916. Cit. *Sven Bergendal*.

Berner, Albert Friedrich, Non bis in idem. CA 1855 s. 472 ff. Cit. *A. F. Berner*.

Berner, Max, Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozess. Leipzig 1891. Cit. *Max Berner*.

Binding, Karl, Handbuch des Strafrechts. Bd I. Leipzig 1885. (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft . . . Hrsg. von K. Binding. Abth. 7. Th. 1. Bd 1.) Cit. *Binding*, Handbuch I.

- Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Bd II. Strafprozess. München & Leipzig 1915. Cit. *Binding*, Abh. II.

Birkmeyer, Karl, Deutsches Strafprozessrecht mit eingehender Bezugnahme auf die preussischen und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des österreichischen Strafprozessrechtes. Vorlesungen. Berlin 1898.

Bockshammer, Richard, Über die Anwendung des Grundsatzes Ne bis in idem auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts. Stuttgart 1896. (Diss. Tübingen.)

Borgmann, Fritz, Die Identität der That. Beitrag zur Lehre von der Rechtskraft des Strafurteils. Göttingen 1891. (Diss.)

Bower, George Spencer, The doctrine of res judicata. London 1924.

Boye, Tage, Några spörsmål rörande straffbedömning i bilmål. SvJT 1948 s. 287 ff.

Brandt, Fr., Forelæsninger over den norske retshistorie. II. Kristiania 1883.

Brück, Sture, Studier över strafflagen kap. 23. Akad. avh. Uppsala 1933. (Uppsala universitets årsskrift. 1933. Juridik. 2.)

Buchholz, Lothar, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt. Breslau-Neukirch 1940. (Strafrechtliche Abhandlungen begr. von H. Bennecke . . .H. 413.)

Bünger, Paul, Über Handeln und Handlungseinheit, als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe. ZStW 1888 s. 520 ff., 661 ff.

Bäärnhielm, Gösta, Rättegången i brottmål. (Lärobok i rättskunskap för blivande landsfiskaler utg. genom socialdepartementets försorg. IV. 2., omarb. uppl. Lund 1927. [Avd.] 2.)

Code, United States, Annotated. Prepared by the editorial staffs of Edward Thompson company and West publishing company. Title 18. St. Paul, Minnesota & Brooklyn, N. Y. 1949. Cit U.S.C.A., Title 18.

Cuche, Paul, Précis de droit criminel. 6. éd. Paris 1936. (Petits précis Dalloz.)

C. W. L. J., Outstanding offences and *autrefois convict*. The Law journal 1948 s. 172.

Dige, Palle H., Bevis i Kontraktsforhold. En undersøgelse og kritisk Vurdering af de Bevisbyrderegler, som dansk Ret anvender i Kontraktsforhold. København 1945.

Dillén, Nils, Föreläsningar i straffprocessrätt enligt den nya rättegångsbalken. Stockholm 1947.

Diller, Albert, Das fortgesetzte Delikt im Lichte der Strafrechtserneuerung. ZStW 1937 s. 361 ff.

Doerner, Die Wiederaufnahme des Verfahrens. I: Das kommende deutsche Strafverfahren. Bericht der amtlichen Strafprozesskommission. Hrsg. von Franz Gürtner. Berlin 1938. S. 428 ff.

Doerr, F., Das fortgesetzte Delikt. Seine Geltung und seine Wirkung im deutschen Recht. GS 1902, Beilageheft.

Dohna, Alexander Graf zu, Das Strafprozessrecht. Systematisch dargestellt. 3., neu bearb. Aufl. Berlin 1929.

Donnedieu de Vabres, H., Traité de droit criminel et de législation pénale comparée. 3. éd. Paris 1947.

Eckhoff, Torstein, Rettskraft. Oslo 1945.

Ehrensvärd, A., Om verkan af utländsk straffdom i straffrättsligt hänseende. Akad. afh. Lund 1895.

Eichhorn, G., Non bis in idem und das Reichsgericht. GS 1886 s. 401 ff.

Ekeberg, Birger, Strahl, Ivar, [&] *Beckman, Nils*, Strafflagen jämte förklaringar till den nya lagstiftningen om förmögenhetsbrott. 3. uppl. Stockholm 1945.

Ekelöf, Per Olof, Om interventionsgrunden. Akad. avh. Uppsala 1937. Cit. *Ekelöf*, Interventionsgrunden.

Ekelöf, Per Olof, Förutsättningarna för ändring av talan i tvistemål. Uppsala & Leipzig 1941. (Uppsala universitets årsskrift. 1941:3.) Cit. *Ekelöf*, Ändring av talan.

– Straffet, skadeståndet och vitet. En studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt. Uppsala & Leipzig 1942. (Uppsala universitets årsskrift. 1942:8.) Cit. *Ekelöf*, Straffet.

– Juridisk slutledning och terminologi. TfR 1945 s. 211 ff.

– Bevisvärde, tillräckligt bevis och bevisbörda. I: Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt. Uppsala 1947. S. 1 f. Cit. *Ekelöf*, Bevisvärde.

– Kompendium över civilprocessen. D. I–II. [Utg. av Juridiska föreningen i Uppsala. Stenc.] Uppsala 1948. Cit. *Ekelöf*, Civilprocessen.

Engströmer, Thore, Domstolarnas bundenhet av HD:s prejudikat. SvJT 1947 s. 288 f.

Esmein, A., Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours. Paris 1882.

Fahlbeck, Erik, Förvaltningsrättsliga studier. [I.] Stockholm 1938.

–, *Jägerskiöld, Stig* [&] *Sundberg, Halvar G. F.*, Medborgarrätt. Helsingfors 1947.

Forholdet, Angaaende, mellem Tiltalebeslutning og Dom. [Anon.] NRT 1872 s. 737 ff.

Forsman, Jaakko, Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889. Med tillstånd af föreläsaren utg. af Lars Wasastjerna. 3. uppl. Helsingfors 1914.

Freeman, A. C., A treatise of the law of judgments including all final determinations of the rights of parties in actions or proceedings at law or in equity. Vol. II. 5. ed., revised and greatly enlarged by Edward W. Tuttle. San Francisco 1925.

Garraud, René, [&] *Garraud, Pierre*, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale. T. II, IV, VI. Paris 1909, 1926, 1929.

Gemmel, Hugo, Om ställande under framtiden för brott. Norrköping 1911.

Glaser, Julius, Die Durchführung der Regel: Non bis in idem im englischen und französischen Strafprozess. GS 1871 s. 1 ff.

– Das Verhältnis des Urtheils zur Strafklage. GS 1884 s. 81 ff.

– Der Verbrauch der Strafklage nach deutschem Strafprozessrecht. Grünhut 1885 s. 303 ff.

– Handbuch des Strafprozesses. Bd. II. Leipzig 1885. (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft... hrsg. von K. Binding. Abth. 9. Th. 4. Bd 2.)

- Goos, C.*, Strafferetsplejens almindelige Grundsætninger. Indledning til en Forelæsning over den danske Straffeprocess. Kjøbenhavn 1878. (Indbydelsesskrift til Kjøbenhavns Universitets Aarsfest til Erindring om Kirkens Reformation.)
- Granfelt, Otto Hjalmar*, Lärobok i straffprocessrätt. H. 1. Helsingfors 1925.
- Grottenfelt, Julius*, Kommentar till strafflagen. Allmänna delen. Helsingfors 1913.
- Guldborg, Harry*, Om bevisprövning och sanningsplikt. SvJT 1948 s. 83 ff.
- Hagerup, Francis*, Den norske straffeprocess. Bd I—II. 2. delvis omarb. og forøgede udg. Kristiania 1904—05. Cit. *Hagerup*, Straffeprocess I, II.
- Nogle Ord om Betingelserne for Anvendelse af Hæleristraf. NRT 1892 s. 97 ff., 497 ff.
- Hagströmer, Johan*, Svensk straffrätt. Föreläsningar. Bd I. Uppsala 1901—1905.
- Hall, Karl Alfred*, Gestaltwandel der Tat im Strafverfahren. DRW 1941 s. 305 ff.
- Halsbury's Laws of England*... 2. ed. under the general editorship of Viscount [D.] Hailsham. Vol. IX. London 1933.
- Harris, Seymour F.*, Principles and practice of the criminal law. 17. ed. Rewritten and enlarged by A. M. Wilshire. London 1943. Cit. *Harris—Wilshire*.
- Hassler, Åke*, Svensk rättspraxis. Processrätt 1931—1935. SvJT 1937 s. 210 ff.
- Några ord om rättegångsbalkens systematik och terminologi. SvJT 1940 s. 151 ff.
- [Anmälan av Palle H. Dige, Bevis i Kontraktsforhold.] SvJT 1945 s. 622 ff.
- Domstolarnas bundenhet av HD:s prejudikat. SvJT 1947 s. 289.
- Den nya rättegångsbalken D. I. Lund 1947.
- Hedenskog, Oskar*, Om offentlig åtalsrätt. Akad. afh. Lund 1896.
- Heffter, August Wilhelm*, Non bis in idem im Hinblick auf den gedruckten Entwurf einer „Deutschen Strafprocess-Ordnung“... Berlin 1873.
- Heinrich, Gerhard*, Verbrauch der Strafklage bei Urteilen über Kollektiv- und fortgesetzte Delikte mit besonderer Berücksichtigung der Judikatur des Reichsgerichts. Jena 1930. (Diss.)
- Hélie, Faustin*, Pratique criminelle des cours et tribunaux. Résumé de la jurisprudence sur les codes d'instruction criminelle et pénal. P. I. 2. éd. complètement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence. Par Joseph Depeiges. Paris 1909.
- v. Hippel, Robert*, Deutsches Strafrecht. Bd I—II. Berlin 1925—30. Cit. *v. Hippel*, Strafrecht I, II.

v. *Hippel, Robert*, Der deutsche Strafprozess. Lehrbuch. Marburg 1941. Cit. v. *Hippel*, Strafprozess.

Holmbergson, Johan, Juridiska skrifter. Ordnade af en den aflidnes lärjunge samt efter författarens död utg. af Carl Justus Nerman. Christianstad 1845.

Honig, Richard, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit. Zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform. Mannheim, Berlin & Leipzig 1925. Cit. *Honig*, Handlungseinheit.

– Strafloze Vor- und Nachtat. Leipzig 1927. (Abhandlungen der Rechts- och Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen. 1927. H. 2.) Cit. *Honig*, Strafloze Vor- und Nachtat.

Hult, Phillips, Näringsrätt. Efter föreläsningar. [Stenc.] Stockholm 1931. (Stockholms högskolas juridiska förenings kompendier. Nr 43.)

Hurwitz, Stephan, Konfiskation i Anledning af begaaede Lovovertrædelser. En Fremstilling og kritisk Vurdering af dansk Rets Regler om Konfiskation i Anledning af begaaede Lovovertrædelser. København 1930. Cit. *Hurwitz*, Konfiskation.

– Den danske Strafferetspleje. København [1937–] 40.

– Tvistemaal. Hovedpunkter af dansk Civilprocesret i Domssager. København 1941. Cit. *Hurwitz*, Tvistemaal.

Häckner, Yngve, Ett par spörsmål om rättskraft i brottmål. I: Försäkringsrättsliga spörsmål behandlade av C. W. U. Kuylenstierna, Hj. Karlgren, E. Hörstadius . . . Stockholm 1938. (Försäkringsjuridiska föreningens publikation. Nr 1.) S. 107 ff.

Hägerström, Axel, Naturrätt i straffrättsvetenskapen? SvJT 1920 s. 321 ff.

Hälschner, H., Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt. Bd I. Bonn 1881.

Höpfner, Wilhelm, Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eine strafrechtliche Untersuchung. Bd I–II. Berlin 1901–08.

John, R. E., Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenkonkurrenz. Berlin 1860.

Kallenberg, Ernst, Om återfall i brott. [Akad. avh.] Lund 1894. Cit. *Kallenberg*, Återfall i brott.

– Om forum i brottmål. Lund 1896. Cit. *Kallenberg*, Forum i brottmål.

– De ordinära devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen. 2. uppl. Lund 1922. Cit. *Kallenberg*, Rättsmedlen.

– Svensk civilprocessrätt. [I:] 1. 2. uppl. Lund 1923; Bd II:6. Lund 1935.

– Grundfrågor angående domen i tvistemål. SvJT 1944 s. 353 ff.

Kallenberg, Ernst, Ytterligare några anmärkningar angående domen i tvistemål. SvJT 1945 s. 259 ff.

Keetsin-Liu, Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozessrecht. Breslau 1927. (Diss. München.)

Kenny, Courtney Stanhope, Outlines of criminal law, based on lectures delivered in the university of Cambridge. 15. ed., rev. by G. G. Phillips. Cambridge 1945.

Kohlrausch, Eduard, Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz. Greifswald 1899. (Diss.)

Kreüger, J., Bidrag till läran om grundens identitet vid exceptio rei judicatae. NT 1868 s. 357 ff.

v. Kries, August, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts. Freiburg i. B. 1892.

Kuuskoski, Reino, Rättegångsreformen i Finland. SvJT 1946 s. 612 ff.

Küssner, Non bis in idem. GA 1855 s. 198 f.

Lacoste, P., De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative. 3. éd. mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Ph. Bonnet Carrère. Paris 1914.

Laurens, Hippolyte De l'autorité de la chose jugée considérée comme mode d'extinction de l'action publique. Paris 1885. (Thèse.)

Lindblad, Joh. Christ., Om prescription enligt Sveriges lag. [1. uppl.] Stockholm 1827.

Litzenberg, Rudolf, Der Grundsatz „ne bis in idem“ und seine Anwendung auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektiv-Delikts. Hamburg 1936. (Diss.)

Löwe, E., Hellweg, A., & Rosenberg, W., Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich vom 22. März 1924 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den Gesetzen vom 24. November und 6. Dezember 1933. Kommentar. Halbbd [1–]2 [nebst] Ergänzungsbd & Nachtrag 2. 19., völlig umgearb. Aufl. von H. Gündel, F. Hartung, H. Lingemann, E. Niethammer. Berlin & Leipzig 1934–40. Cit. Löwe.

Mayer, Hellmuth, Der amtsrichterliche Strafbefehl. GS 1929 s. 330 ff., 1930 s. 36 ff.

Merkel, Adolf, Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Auf der Grundlage des „Lehrbuchs des Strafrechts“ in Verbindung mit den übrigen Schriften des Verfassers hrsg. und mit einer Einleitung versehen von M. Liepmann. Stuttgart 1912.

Mezger, Edmund, Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. München & Leipzig 1933.

Mittermaier, Ueber die Bedeutung des auf Nichtschuldig lautenden Wahrspruchs der Geschwornen und seine Wirkung in Bezug auf die Erhebung einer neuen gerichtlichen Verfolgung. ArchCrR 1850 s. 497 ff.

Mommson, Theodor, Römisches Strafrecht. Leipzig 1899. (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft ... hrsg. von K. Binding. Abt. 1. T. 4.)

Munch-Petersen, H., Den danske Retspleje. D. V. 2. gennems. og ændrede Udg. København 1926.

Nagler, Rechtskraft und Ergänzungsklage im Strafprozess. ZAkDR 1939 s. 371 ff., 401 ff.

Naumann, Christian, Om tortur, absolutio ab instantia och anklagades insättande på bekännelse, enligt svensk lag. NT 1864 s. 613 ff.

[*Nehrman*], *David*, Inledning til Then Swenska Processum Criminalem, efter Sweriges Rikes Lag och Stadgar, författad af David Ehrenstråle. Stockholm & Upsala 1759.

Nial, Håkan, [Anmälan av Minnesskrift utgiven av Juridiska Fakulteten i Uppsala 1929 till hågkomst av dess första doktorspromotion 1629. Upps. 1929.] SvJT 1930 s. 351 ff.

– "En teori om bevisbördan." SvJT 1931 s. 50 ff.

Niederreuther, Das fortgesetzte Delikt im Lichte nationalsocialistischer Rechtsauffassung. GS 1937 s. 289 ff.

– Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit im Lichte der Strafverfahrenserneuerung. GS 1939 s. 305 ff.

Olivecrona, Karl, Straffprocessrätt. Anteckningar efter professor K. Olivecronas kurs höstterminen 1937. Utg. av Juridiska föreningen i Lund. 2. uppl. [Stenc.] Lund 1941. Cit. *Olivecrona*, Straffprocessrätt (1941).

– Straffprocessen. Anteckningar efter professor K. Olivecronas kurs höstterminen 1937. Med korta anmärkningar om straffprocessen enligt nya rättegångsbalken. [Utg. av Juridiska föreningen i Lund.] 3. uppl. [Stenc.] Lund 1943. Cit. *Olivecrona*, Straffprocessrätt (1943).

– Straffprocessen. Kompendium. [Utg. av Juridiska föreningen i Lund. Stenc.] Lund 1948. Cit. *Olivecrona*, Straffprocessen (1948).

– Domen i tvistemål. Lund 1943. (Skrifter utg. av Juridiska fakulteten i Lund. 2.)

– Civildomens innebörd. SvJT 1944 s. 721 ff.

– Ännu några ord om domen i tvistemål. SvJT 1945 s. 804 ff.

Ordbok över svenska språket utg. av Svenska akademien. Bd X. Lund 1929.

Pagenstecher, M., Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1905.

Palme, W. A., Något om straffdoms subjektiva rättskraft. FJFT 1930 s. 15 ff.

Palme, W. A., Om civilprocessens begrepp och avgränsning från den frivilliga rättsvården enligt Finlands gällande processrätt. Akad. avh. Helsingfors 1933. Cit. *Palme*, Civilprocessens begrepp.

— Om det fortsatta brottet enligt gällande straff- och straffprocessrätt i Finland. Åbo 1943. (Juridiska föreningens i Finland publikationsserie. N:o 11.) Cit. *Palme*, Det fortsatta brottet.

Palmgren, Bo, Målsägandens åtalsrätt, dess innebörd, omfattning och utövning enligt Finlands gällande straffprocessrätt. Helsingfors 1939. (Juridiska föreningens i Finland publikationsserie. N:o 5.)

Petrén, Gustaf, Anteckningar angående vitets rättsliga natur i anledning av några rättsfall. FT 1946 s. 238 ff.

Planck, Jul. Wilh., Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht. Entwicklung der prozessualischen Erscheinungen, die durch den Einfluss mehrerer Rechtsstreitigkeiten auf einander hervorgerufen werden. Göttingen 1844.

Preiser, Aufspaltung der Sammelstraftat, insbesondere der fortgesetzten Handlung. ZStW 1939 s. 743 ff.

Påföljder, Om, för brott. Av *Ivar Strahl, Hugo Henkow, Hardy Göransson, Torsten Eriksson, Daniel Wiklund & Gustav Jonsson*. Stockholm 1948. (Kriminologisk handbok utg. av K. Schlyter. [5.]) Cit. *Strahl*, Påföljder för brott.

Radbruch, Gustav, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik. Berlin 1904.

Ramm, Harry, Durchbrechung der materiellen Rechtskraft im Strafprozess? DStR 1939 s. 37 ff.

Rappe, Nils, Om målsäganden enligt nya RB. SvJT 1948 s. 481 ff.

Remeis, Die Wiederaufnahme im Strafverfahren. Erlangen 1864.

Rheingans, Horst, Die Ausbildung der strafprozessualen Rechtskraftlehre von der Aufklärung bis zur Reichsstrafprozessordnung v. 1877. Breslau-Neukirch 1937. (Strafrechtliche Abhandlungen begr. von H. Bennecke ... H. 379.)

Rosenberg, Leo, Zur Lehre vom Streitgegenstand. I: Festgabe für Richard Schmidt [II.] Leipzig 1932. S. 256 ff.

Rudling, Arvid, Rättssäkerhet i rättegång. Stockholm 1947.

Rålamb, Clas, Observationes juris practicæ. Thet är Äthskillige Påminnelser uthi Rättegångs Saker ... Stockholm 1674.

Salomonsen, Olaf, Den norske straffeproseslov med kommentar. I–II [&] Tillegget utarb. av R. Aasgaard. 2. utg. Oslo 1925, 1941.

Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Prozessrechts. 2. Aufl. Mit einem Nachtrag über die Entwicklung der allgemeinen Prozessrechtslehre. Stuttgart 1929.

v. Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen römischen Rechts. Bd VI. Berlin 1847.

Schaffstein, Der Begriff „Strafanspruch“ und sein rechtspolitischer Gehalt. DJZ 1934 sp. 1174 ff.

Schanze, Die Rechtskraft des Strafurteils. ZStW 1884 s. 437 ff.

Scheel, Herman, Om ideel konkurrens av straffbare handlinger efter gjældende norsk ret. Tfr 1935 s. 1 ff.

Schirmeyer, Ludwig, Wesen und Voraussetzungen des fortgesetzten Verbrechens. Breslau-Neukirch 1941. (Strafrechtliche Abhandlungen begr. von H. Bennecke ... H. 425.)

Schlosky, Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen. ZStW 1942 s. 245 ff.

Schwarz, Sammelstraftat und fortgesetzte Handlung. ZAKDR 1938 s. 539 ff.

– Gefahren der Rechtskraft im Strafrecht. DStR 1939 s. 89 ff.

Schwarze, Von der Wiederaufnahme des Strafverfahrens nach ertheiltem Erkenntnis. Arch CrR 1851 s. 554 ff.

Schwinge, Erich, Identität der Tat im Sinne der Strafprozessordnung. ZStW 1932 s. 203 ff.

Siebert, Karl, Die Rechtskraftwirkungen im künftigen Strafprozess. DStR 1935 s. 283 ff.

Sieveking, Friedrich B., Das Problem des ne bis in idem in der amerikanischen Bundes- und Staatengerichtsbarkeit. ZStW 1934 s. 297 ff.

Sjunnesson, Carl, Det fortsatta brottet. Akad. afh. Lund 1900.

Skeie, Jon, Den norske straffeprosess. Bd I. Oslo 1939.

Solem, Erik, Noen bemerkninger om straffedomens betydning for efterfølgende sivil sak. I: Festskrift för Otto Hjalmar Granfelt. Helsingfors 1934. S. 112 ff.

Stang, Emil, Rettergangsmåten i straffesaker. Oslo 1941.

Stelling, P., Ueber Anklagebesserung. Ein Beitrag nach gemeinem und Hannoverischem Rechte. Göttingen 1866.

Stjernberg, Nils, Den positiva straffrättens allmänna del. H. 1. Uppsala & Stockholm 1920. Cit. *Stjernberg*, Den positiva straffrätten.

– Straffrättsliga studier. Uppsala & Stockholm 1928. Cit. *Stjernberg*, Straffrättsliga studier.

– Grundlinjer till föreläsningar över straffrättens allmänna del. Bd I–II. 7. uppl. [Stenc.] Stockholm 1938. (Stockholms högskolas juridiska förenings kompendier.) Cit. *Stjernberg*, Grundlinjer.

– Strafflagen kap. 16... 4. uppl. rev. med hänsyn till ny lagstiftning av professor *Ivar Agge*. [Stenc.] Stockholm 1948. (Stockholms högskolas juridiska förenings kompendier.) Cit. *Stjernberg*, Strafflagen kap. 16.

Stoll, Kyrill Maximilian, Zur prozessualen Behandlung des fortgesetzten Verbrechens. Hamburg 1939. (Diss. Berlin.)

Strahl, Ivar, Svensk rättspraxis. Straffrätt 1939–1943. SvJT 1945 s. 32 ff.

Sund, Harald, Dolus eventualis fra norsk rettspraksis. SvJT 1948 s. 65 ff.

Sundberg, Emil, Högsta domstolen i den nya lagstiftningen om extra ordinära rättsmedel. SvJT 1941 s. 331 ff.

Thomasson, E., Kan gevär förklaras förverkat på grund av brott, som annan än ägaren begått? SvJT 1948 s. 378 ff.

Thornstedt, Hans, Om åtalsrätten vid vissa förmögenhetsbrott. SvJT 1944 s. 684 ff.

– Om företagaransvar. Studier i specialstraffrätt. Akad. avh. Stockholm 1948.

Thulin, Gabriel, Statens civila befattningshavares ställning i disciplinärt avseende i Sverige. NAT 1922 s. 54 ff.

Thyrén, Johan C. W., Svensk straffrätt. TfR 1915 s. 329 ff.

Tirkkonen, Tauno, Straffdomens bindande verkan i avseende å tvistemål. SvJT 1941 s. 721 ff.

Trygger, Ernst, Kommentar till lag angående ändrad lydelse af 11 kap. rättegångsbalken. Uppsala 1900. Cit. *Trygger*, Kommentar.

– Svensk straffprocessrätt. Ny uppl. ... Utg. av Juridiska föreningen i Uppsala 1926. [Stenc.] Ups. u. å. Cit. *Trygger*, Straffprocessrätt.

Uppström, Wilhelm, Öfversigt af den svenska processens historia. Stockholm 1884. (Nya lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Stockholm 1884. Bih.)

Wedberg, Birger, En resningsfråga. SvJT 1937 s. 802 ff.

Welamson, Lars, [Anmälan av Torstein Eckhoff, Rettskraft. Oslo 1945.] SvJT 1946 s. 459 ff.

- [*Wetter, Folke P:son,*] Allmän straffrätt. [Bearb. av H. Källström. Med rättelser och tillägg av O. Bruhn. Utg. av Juridiska föreningen i Uppsala. Stenc.] Uppsala 1945.
- Wharton, Francis*, Wharton's criminal law. 12. ed. with large additions by J. C. Ruppenthal. Vol. I. Rochester, N. Y. 1932.
- Vidal, Georges*, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire... 8. éd. refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence. Par Joseph Magnol. Paris 1935.
- Wrede, R. A.*, Grunddragen av Finlands processrätt. 2. omarb. och fullständigade uppl. Under medverkan av B. Sjöström. Borgå & Helsingfors 1936. Cit. *Wrede-Sjöström*.
- Zachariä, H. A.*, Handbuch des deutschen Strafprozesses. Systematische Darstellung... Bd I–II. Göttingen 1861–68.
- Östergren, Olof*, Nusvensk ordbok. Bd II. Stockholm 1926. Cit. *Östergren*, Nusvensk ordbok.

Citerade svenska rättsfall

SJA	
Bd 4 (1833–34) s. 95	209

NT	
1867 s. 599	232
1870 s. 327	232, 236
1876 s. 407	34
s. 654	228
s. 686	227

NJA	
1877 s. 308	228
1879 s. 286	234
1882 s. 301	232 f.
1883 s. 118	80 f.
1886 s. 186	35
1887 s. 424	228
1889 s. 459	228
1890 s. 372	228, 232
1891 s. 213	147, 188 ff.
1892 B 3	196
1893 B 272	230
1894 s. 473	180, 182
1895 s. 430	126
1898 s. 101	35
B 379	126
1899 s. 154	35
1900 s. 62	34
s. 197	81
s. 482	126
1901 s. 220	126
s. 556	80
1903 s. 333	80
1904 s. 589	246 f., 249 f., 257
1906 s. 257	81
B 151	81

1908 s. 497	233
1909 s. 173	228 f.
s. 636	228
1910 s. 237	228
s. 669	228
1911 s. 451	85, 173
s. 502	81
1913 s. 352	136, 146, 168, 210, 215, 217
B 156	251
1914 s. 571	249, 251
1916 s. 318	166, 177 f.
1917 s. 377	178
B 425	228
1919 s. 211	126
s. 367	203
1920 s. 577	133, 172
1921 s. 75	35
s. 149	81
s. 620	76, 178
1922 s. 553	35
B 672	228 f.
1923 s. 469 III	247, 251 f., 259
s. 469 IV	252
1925 s. 22	228 f.
1926 s. 48	80
s. 445 (I och II)	80
B 124	196
1927 s. 315	251
1928 s. 508	80
1929 s. 143	81
1931 s. 466 ...	125, 148, 166, 172, 213
s. 539	126 f.
s. 654	233
1932 B 785	80
1933 s. 216	32
s. 551	81
s. 579	80

1933 s. 719	228 f.	1947 s. 582	127 f.
1934 s. 261	80	s. 658	127 f.
1935 s. 241	209	1948 s. 200	81
1936 s. 97	149	s. 420	80
s. 723	80	s. 524	80
1937 s. 66	248	s. 584	113
s. 324	248, 250, 257 f.	s. 642	236
B 1017	125		
B 1056	228 f.		
B 1057	228 f.		
1938 s. 222	81		
B 83	228, 257, 259		
1939 s. 134	228, 249 ff., 257 f.		
s. 174	251		
s. 280	80		
1940 s. 103	80		
1941 s. 169	191		
s. 466	102		
B 285	125		
1942 s. 25	125		
s. 427	125		
s. 463	231		
1943 s. 76	34		
s. 424	125		
s. 490	125		
s. 517	125		
s. 590	222		
1944 s. 57	228 f.		
s. 73	81		
s. 553	231 f.		
s. 684	222		
1945 s. 75	125		
s. 77	81		
s. 173	117		
s. 347	127		
1946 s. 466	236		
s. 605	34		
1947 s. 39	81		
s. 81	81		

SvJT

1917 s. 393	252 f., 255 f.
1918 rf. s. 108	80
1920 rf. s. 22	119 f, 180 f., 206
1925 rf. s. 24	79, 253
1927 rf. s. 1	233
rf. s. 20	253, 255 ff.
1930 rf. s. 52	81
rf. s. 56	254, 258 f.
1933 rf. s. 47	180 f., 206, 213
1934 rf. s. 7	149
1936 rf. s. 63	254, 258 f.
1938 rf. s. 30	228, 248 f., 251, 257 f.
1943 rf. s. 67	235
1946 rf. s. 61 (II)	235

Otryckta rättsfall.

Svea HovR:s utslag 28 januari 1937	
i mål mellan F. S. Ridderheim och	
allmän åklagare	228, 257
Svea HovR:s utslag 2 augusti 1937	
i mål mellan F. S. Ridderheim och	
allmän åklagare	228, 257
Svea HovR:s utslag 14 april 1948	
i mål mellan allmän åklagare och	
E. Östergren	127
Svea HovR:s utslag 15 juni 1948	
i mål mellan allmän åklagare och	
E. B. Strandberg	80

Pris kr. 16: —