

OM
QVALIFICERADT ERKÄNNANDE
I CIVILPROCESSEN.

AF

ERNST KALLENBERG
JURIS DOKTOR, VICE HÄRADSHÖFDING.

— • —

DISTRIBUENT:
GLEERUPSKA UNIVERSITETS-BOKHANDELN, LUND.
(HJALMAR MÖLLER.)

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2025

eISBN: 9789198891928

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.297>



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

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

LUND 1896

E. MALMSTRÖMS BOKTRYCKERI.

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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

Öfversigt af innehållet.

- § 1. ss. 1—33.
Inledande anmärkningar (1—3). Det kvalificerade erkännandets plats i systemet (3—6). Bevisskyldighetslärans hänförande till den materiella rätten eller processrätten (6—11). Några ord om principerna för bevisskyldigheten (11—27). Begreppen: anspråkets grund, bestridande och invändning (28—33).
- § 2. ss. 34—61.
Ursprunget till begreppet kvalificeradt erkännande. Romersk rätt (34—35). Glossan (35—36). Begreppets utveckling i doktrinen; särskildt *Böhmers* och *Bolgianos* teorier (37—52). Bestämning af begreppet hos svenske författare (52—56). Egen bestämning (56—57). Begreppets behandling i lagstiftningen (57—61).
- § 3. ss. 62—94.
Allmänna regler för behandlingen af det kvalificerade erkännandet (62). Bevisbördans fördelning, då framställt anspråk grundas på en rättshandling; rättsfall (62—93). Dubbelt kvalificeradt erkännande (93—94).
- § 4. ss. 95—137.
Framställning af den franska rättens lära om det kvalificerade erkännandet (95—113). Betydelsen af eget erkännande i civilprocessen (114—119). Eget erkännande enligt svensk rätt (119—122). Villkorligt erkännande (122—125). Är det kvalificerade erkännandet (såsom disposition) liktydigt med ett villkorligt erkännande (125—129)? Undersökning, i hvad mån den franska principen är i sakens natur grundad (129—135). Denna principens beaktande i praxis (135—137).

§ 1.

Få frågor inom civilprocessrätten ha tillvunnit sig en sådan uppmärksamhet och så ofta gjorts till föremål för behandling som den om det s. k. kvalificerade erkännandet. I stället för att kasta ljus öfver hithörande svåra spörsmåls verkliga innebörd och därigenom befordra deras lösning, har emellertid en stor del af hvad i detta ämne skrifvits bidragit till att hölja dem i dunkel och undanskymt de riktiga synpunkterna för bedömandet. Så småningom har man dock vunnit insigt i, hvad det vid ett kvalificeradt erkännande rör sig om, och i samma mån har den åsigten gjort sig gällande, att uppställandet af ifrågavarande begrepp varit förfeladt. «Man ist zur Einsicht gekommen, dass mit dergl. Schulbegriffen weder der Theorie, noch viel weniger der Praxis ein Dienst geleistet werde» ¹⁾. Ett kvalificeradt erkännande existerar icke, påstår man allmänt, och likaså saknar talet om de med detta namn betecknade processuella momentens odelbarhet tillräcklig grund ²⁾. Till annat resultat ha ej heller vi kommit.

¹⁾ *Seuffert, H.*, Recension af Pöschmann's i det följande citerade arbete, i *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd 5, sid. 342.

²⁾ Se t. ex. *Endemann*, *Die Beweislehre des Civilprocesses*, Heidelberg 1860, sid. 162 f.; *Maxen*, *Ueber Beweislast*, Einreden

I betraktande af det sagda kunde det synas, som om en afhandling, hvilken valde till föremål kvalificerad erkännande, saknade aktuellt intresse och därmed till väsentlig del berättigande. Detta är dock långt ifrån fallet. Om det än skulle befinnas, att det kvalificerade erkännandet icke nödvändiggör eller ens tillåter uppställandet af andra principer för bevisbördans fördelning parterna emellan än dem, hvilka i allmänhet ega giltighet, och att såsom en följd häraf begreppet måste anses öfverflödigt, så kvarstår likväl alltid det förhållandet, att i en rättegång den ena partens svar på hvad å motsidan anföres kan till innehåll och form vara sådant, att det är synnerligen svårt att afgöra, hvilken af parterna skyldigheten att bevisa tillkommer. Hufvudsakligen dylika fall inbegripas under benämningen kvalificerad erkännande. Ett framläggande af reglerna för bevisskyldigheten härvid har gifvetvis alltid sitt värde, och om till rubrik för en sådan framställning väljes uttrycket kvalificerad erkännande, så försvaras det till fullo därmed, att detta nu en gång vunnit burskap inom doktrin och praxis samt ännu allmänneligen finner användning.

I den svenska juridiska litteraturen har förevarande ämne icke gjorts till föremål för någon mera utförlig behandling; också torde hos oss föreställningarna om, hvad det så ofta omordade begreppet verkligen innebär, på många håll ännu vara dunkla och delvis felaktiga. Bevis härför lemna den omständigheten, att man i det kvali-

und Exceptionen, Göttingen 1861, sid. 96 not. 1; *Renard*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocessrechts, Leipzig und Heidelberg 1867, sid. 250 f.; *Schurter*, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, Zürich 1890, sid. 100 f.

ficerade erkännandet ser en «särskild processform»¹⁾; man ställer det kvalificerade erkännandet vid sidan om invändningen, utan att beakta, att den i rättegångsväg angripne partens försvar är af endast tvenne slag: bestridande eller invändning, och att det vid sidan därom icke finnes plats för en tredje försvarsform. Berörda uppfattning sammanhänger på det närmaste med föreställningen, att det kvalificerade erkännandet är odelbart; går man emellertid denna odelbarhet in på lifvet, visar sig, att den antingen ej är annat än ett besynnerligt och vilseledande uttryck för bevisbördans fördelning eller ock, såsom fallet är med den franska rättens bekanta odelbarhetsprincip, hvilat på en falsk teoretisk grundval. I det följande skola vi söka uppvisa riktigheten af dessa påståenden.

Till utgångspunkt för framställningen må tjena några ord om det kvalificerade erkännandets plats i systemet²⁾. Redan namnet antyder, hvilken ställning man ursprungligen vid begreppets konstruktion gifvit detsamma. Man har tänkt sig det såsom en underart af erkännandet och således, i enlighet med den äldre uppfattningen af erkännandet såsom uteslutande bevismedel, behandlat det kvalificerade erkännandet i läran om bevismedlen. Detta är dock icke riktigt. Den i äldre arbeten gängse indelningen af erkännandet i rent och kvalificeradt kan nemligen icke godkännas. Om erkännande i trängre mening (Geständniss — i motsats till medgifvande af ett anspråk,

¹⁾ Anteckningar i juridiska ämnen, utgifne af en landt-domare, Norrköping 1874, sid. 33.

²⁾ Härom se *Gönner*, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, Bd 2, Erlangen 1804, sid. 389, § 16; *Seuffert*, a. a. sid. 341 f.

Anerkenniss) är en förklaring, att ett af motparten påstådt faktum är riktigt, så kan naturligtvis ett uttalande, som icke har denna karaktär, ej rubriceras såsom erkännande, och detta är förhållandet med den i det kvalificerade erkännandet ingående inskränknings, kvalifikationen. Säkerligen har *Gönnér* ej orätt, då han säger: «Der bedeutendste Fehler in diesem Gegenstande lag bisher wohl darin, dass man ihn bei der Lehre vom Geständnisse als Beweismittel behandelte, wohin er gar nicht gehört». Och häri har man måhända att söka grunden till, att vetenskapen så länge befunnit sig på afvägar i denna materia. Ett verkligt (s. k. rent) erkännande är till sin natur alltid odelbart; ingen kan beträffande det samma komma på den tanken att tala om någon delbarhet. Uppfattar man nu det kvalificerade erkännandet såsom en art af erkännande, ligger det nära till hands att på det förra tillämpa, hvad som gäller om det verkliga, rena erkännandet, och att alltså äfven för det förras del göra gällande odelbarhet. Därmed har den rätta synpunkten gått förlorad, och fältet lemnats öppet för alla möjliga spekulationer öfver det kvalificerade erkännandets inflytande på bevisbördan. — En klarare inblick i det kvalificerade erkännandets natur leder till dess inordnande under en annan del af systemet. Då, såsom vi redan antydtt, allt försvar, hvarigenom part söker värja sig emot ett anspråk, har egenskapen af antingen bestridande eller invändning, och då det kvalificerade erkännandet till den del, det icke innefattar en förklaring, att ett af motparten anfördt faktum är riktigt, måste hafva karaktären af ett försvar, således vara antingen bestridande eller invändning, framgår häraf, att begreppet kvalificerad erkännande har sin rätta plats i den afdelning af processrättens system,

som handlar om partförsvaret. Till stöd för begreppets upptagande under rubriken erkännande kan man icke åberopa, att erkännandet påverkas af kvalifikationen, och att därför till utredningen af erkännandets betydelse med hänsyn till bevisskyldigheten hör undersökningen, i hvad mån kvalifikationen på erkännandet utöfvar inflytande, ty det förhåller sig, om man rätt ser saken, icke någonsin så, att kvalifikationen modifierar erkännandet; hvad parten verkligen erkänt, det står fast och rubbas icke af hvad han i öfrigt anfört. Härom få vi längre fram tillfälle att vidare tala.

För bestridandet och invändningen är gemensamt, att båda ytterst hänföra sig till fakta ¹⁾. De i en rättegång åberopade fakta måste, för så vidt domstolen skall kunna lägga dem till grund för sitt afgörande af tvisten, bevisas. Nödvändigheten af bevis är för den part, som däraf träffas, en verklig börda, medan detta icke kan sägas om nödvändigheten att påstå, och för parten anknyter sig således det praktiska intresset vid försvaret väsentligen till bevisskyldigheten. Det kvalificerade erkännandet kommer på detta sätt att tillhöra läran om

¹⁾ Oanmärkt torde icke helt och hållet böra lemnas, att utom bestridandet och invändningen en tredje försvarsform är möjlig, hvilken ej hänför sig till fakta utan vänder sig emot den af motparten åberopade *rättsgrunden*. Vid denna art af försvar, den s. k. *rättsliga motdeduktionen*, gör parten gällande, att de af vederparten anförda fakta icke lagligen gifva upphof åt det framställda anspråket. Ifrågavarande försvarsform, i sig af mindre praktisk betydelse, då subsumtionen af fakta under vederbörliga rättsatser åligger domstolen oberoende af parternas uttalanden härutinnan, är för oss i detta sammanhang utan intresse. Jfr härom *Planck*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd 2, München 1891, sid. 55 f.

beviskyldigheten, och från de principer, hvilka för denna äro gällande, gå vi till behandlingen af vårt ämne ¹⁾).

Till en början framhålla vi, att frågan om beviskyldighetens hemortsrätt inom rättsvetenskapen är sedan gammalt synnerligen omtvistad ²⁾). Medan somliga hålla före, att denna lära är att hänföra till den materiella rätten ³⁾), häfda andra dess plats inom processrätten. Bland de senare finnas de, som med processrätten oskiljaktigt förena ifrågavarande lära genom att grunda densamma på förhandlingsprincipen. Denna åsigt förtjenar att något närmare skärskådas.

I sin nyss citerade afhandling har *Reinhold* fullständigt utvecklat ifrågakomna teori. Hela läran om bevisbördan måste, enligt honom, återföras till förhandlings-

¹⁾ Vi ha i det följande för ögonen bevisbördan endast med hänsyn till privaträtten.

²⁾ *Seuffert*, a. a. sid. 341; *Wrede*, Grunddragen af bevisrätten, Helsingfors 1894, sid. 18 f.; *Reinhold*, Ueber die prozesuale Natur der Lehre von der Beweislast, i Zeitschrift für deutschen Civilprozess. Bd 20, sid. 129 ff.

³⁾ Motiverna till tyska civilprocessordningen hänvisa läran om bevisbördans fördelning till den materiella rätten, och i enlighet härmed innehåller Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, i §§ 193—198 allmänna regler angående beviskyldigheten. I Zweite Lesung äro dessa stadganden uteslutna. Därmed har man dock icke velat taga parti i striden angående lärans rätta plats i rättssystemet, utan afgörande har, enligt hvad motiverna (sid. 98) uttala, varit öfvervägandet, att genom uppställandet af generella bestämmelser intet vinnes, då bevisbördan regleras efter logiska grunder, billighets- och ändamålsenlighetshänsyn, samt att de generella föreskrifterna hufvudsakligen vore af doktrinärt, vetenskapligt innehåll och därför icke lämpade för upptagande i en lagbok. — Bland dem, hvilka hänföra ifrågavarande lära till den materiella rätten, märkes *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 5 uppl., Bd 2, Leipzig 1892, § 129.

eller — enligt en ej ovanlig men icke riktig identifiering — dispositionsprincipen ¹⁾). Särskildt satsen: *quod non est in actis, non est in mundo*, innehåller nyckeln till läran om bevisbördan. Af parternas rådighet öfver det faktiska processmaterialet framgår såsom en konsekvens, att domaren icke får taga hänsyn till andra i rättegången relevanta fakta än dem, hvilka parterna bragt till hans kännedom. Häraf följer, att hvardera parten måste anföra och, i fall af behof, bevisa de fakta, hvilka äro för honom förmånliga, och hvilka han följaktligen vill att domaren skall lägga till grund för sitt afgörande, ty underlåtenhet härutinnan drager med sig tillämpning af satsen: *quod non* etc. Då bevisbördans fördelning har sin grund i förhandlingsprincipen, kan man i en af undersökningsprincipen beherskad process icke tala om en sådan fördelning; ja man kan öfver hufvud taget icke tala om någon bevisbörda. Enär det åligger domaren

¹⁾ Dispositionsprincipen framhåller parternas förfoganderätt öfver tvistens föremål och angifver det område, inom hvilket såsom en följd häraf parternas vilja är bestämmande för processens gestaltning. Förhandlingsprincipen åter angifver domarens ställning i rättegången och angår frågan om hans initiativ med hänsyn till rättegångens inledande, åvägabringandet af processmaterialet och omfånget af det part gifna rättsskyddet; denna princip innehåll plägar man uttrycka med de bekanta satserna: *nemo iudex sine actore; quod non est in actis, non est in mundo*; och *ne eat iudex ultra petita partium*. Dispositions- och förhandlingsprinciperna äro således ingalunda identiska eller ens oskiljaktigt med hvarandra förbundna, om det ock är obestriddt, att den parterna i civilprocessen tillkommande dispositionsrätten får sitt rätta processuella uttryck i en af förhandlingsprincipen genomträngd rättegång. Jfr *Afzelius*, Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål, Stockholm 1886, sid. 11 ff., 31 ff.; *Planck*, Lehrbuch, Bd 1 (Nördlingen 1887) sid. 193 ff.

såsom en embetsplikt att med alla tillgängliga medel verka för sanningens utforskande, finnes icke något rum för frågan, hvilken af parterna har att bevisa; hela bevisbördan är främtagen parterna och lagd på statens organ.

Ofvanstående deduktion är från en viss synpunkt fullkomligt riktig, men någon lösning af den svåra frågan om beviskyldigheten och grunderna därför innefattar den, så vidt vi kunna se, icke i minsta mån. För att finna detta, är oundgängligt att göra sig reda för, hvad begreppet beviskyldighet innebär ¹⁾. Den s. k. beviskyldigheten är, såsom allmänt erkännes, icke att uppfatta såsom en processuell plikt för den ena parten emot den andra att prestera bevis, ty det står parten fritt att till stöd för sina yrkanden åberopa och bevisa, hvad han vill, utan sagda skyldighet är ett uttryck för partens praktiska intresse i att bevis föres; den betyder för parten, «att det är han, som, i fall ett faktum icke varder bevisadt, får bära de menliga följderna häraf». Beviskyldighet i denna mening förefinnes ej mindre i en på undersökningsprincipen än i en på förhandlingsprincipen baserad rättegång. Äfven om domaren ex officio har att sörja för utredningen af målet, inträffar, att undersökningen ej lemna något resultat, icke sprider ljus öfver alla i rättegången relevanta fakta, och då domaren icke får stanna vid ett *non-liquet*-uttalande, gör sig äfven här nödvändigheten gällande att afgöra, hvilken af parterna den menliga påföljden häraf drabbar. *Reinhold* ²⁾, som bemöter denna redan af *Bethmann-Hollweg* framställda invändning emot

¹⁾ *Afzelius*, Om parts ed såsom processuellt institut, Upsala 1879, sid. 98 f.; *Wrede*, a. a. sid. 18; *Fitting*, Die Grundlagen der Beweislast, Berlin 1888, sid. 11 ff.; *Reinhold*, a. a. sid. 129 ff.

²⁾ a. a. sid. 136.

bevisskyldighetens grundande på förhandlingsprincipen helt enkelt därmed, att, därest undersökningsprincipen är rådande, domaren väl ofta för att komma till ett afgörande måste taga till hjälp grundsatserna angående bevisbördan, men att detta endast ådagalägger, det undersökningsprincipen såsom stridande mot privaträttsförhållandenas väsen icke kan fullständigt genomföras i civilprocessen, synes icke nog uppmärksamma dubbeltydigheten hos uttrycken bevisbörda, bevisskyldighet. Dessa kunna tagas, och det ligger kanske närmast till hands att taga dem, i annan betydelse än den ofvan angifna; de kunna nemligen hänföras till den bevisande verksamheten — den verksamhet, som består i att anskaffa och för domstolen framlägga bevismedlen. Om en parternas bevisskyldighet i denna senare betydelse, kan gifvetvis blifva tal, endast för så vidt förhandlingsprincipen råder; är undersökningsprincipen genomförd, så är det ju, såsom nämndt, domaren, hvilken har att utreda sakförhållandet och således med införskaffande af till buds stående bevismedel äfven utforska sanningen. Fattar man så begreppet bevisskyldighet, säger det sig sjelf, att en fördelning däraf icke kan ifrågakomma utan i sammanhang med förhandlingsprincipen och är på denna beroende. Men annorlunda ställer sig saken, så framt man afser bevisskyldigheten i förstberörda mening, den s. k. *materiella bevisskyldigheten*. Denna eger rum oberoende af undersöknings- och förhandlings-princip, i straffprocessen lika väl som i civilprocessen. Vill man söka efter grunderna för den materiella bevisskyldigheten, så gifver förhandlingsprincipen ingen ledning; af densamma framgår ej annat, än att hvardera parten måste bringa till visshet de fakta, med afseende på hvilka han är (i materiell mening) *bevis-*

skyldig, men lemnar icke de grundsatser, efter hvilka den materiella bevisskyldigheten emellan parterna fördelas. Till denna anknyter sig emellertid intresset i läran om bevisbördan; det är med hänsyn till den meningsskiljaktigheten har yppat sig i fråga om bevisskyldighetslärans hänförande till den materiella rätten eller processrätten. Beträffande sammanhanget emellan bevisbördan i detta ords andra angifna betydelse och förhandlingsprincipen kan ej gerna råda någon strid.

Om man också icke med hänvisning till förhandlingsprincipen kan för processrätten göra anspråk på läran om bevisbördan, så bör dock denna icke förtyrätteligen till processrätten hänföras. Den materiella rätten fastställer villkoren för egandet af rätt och angifver dess innehåll, men, såsom *Nellemann*¹⁾ påpekar, är «den Maade, paa hvilken Beviisbyrden fordeles, ikke strengt taget en Bestanddeel af Retsforholdets materielle Indhold», om äfven «i Virkningen eller Resultatet selve Rettighedens Substans forsaavidt kan siges at paavirkes af Beviisbyrdens Ordning, som Retsnydelsen lettes eller vanskeliggjøres, eftersom Beviisbyrden er fordeelt paa den ene eller anden Maade». Är emellertid sättet för bevisbördans fördelning icke en beståndsdel af rättsförhållandets materiella innehåll, tillkommer det ej heller den materiella rätten att lemna de allmänna principer, efter hvilka fördelningen skall ega rum. Då åter rättsskyddet är i väsentlig mån beroende af dessa principer, blir det en uppgift för den rättsdisciplin, som har till föremål

¹⁾ Den ordinaire civile Procesmaade, Bd I, Kjöbenhavn 1892, sid. 355. I samma riktning uttalar sig *Noröling*, Förhandlingen om rätt i förmögenhetsrättsliga saker och bevisbördans fördelning mellan stridande parter, Upsala 1886, sid. 5.

reglerna för skyddet, att äfven uppställa berörda grundsatser. Detta så mycket mer, som, efter hvad man framhållit, grundsatserna angående bevisskyldigheten äro på det närmaste beroende af rådande bevissystem och bevis-teori; bevisskyldigheten gestaltar sig icke på samma sätt i ett formellt och materiellt bevissystem samt drabbar olika tungt, allt efter som legal teori eller fri bevispröfning är herskande ¹⁾.

I civilprocessen gör käranden gällande en privat rättighet. I regeln har processen till föremål ett rättsanspråk, d. v. s. en rättighet, tänkt såsom sökande realisera sig emot en viss person ²⁾; undantag därifrån eger rum endast vid fastställelseklagan, då yrkandet blott går ut på att få rättighetens existens eller icke-existens fastslagen. I hvarje fall kan käranden ej inskränka sig till att blott nämna sin rättighet; för att sätta domstolen i stånd att pröfva, huruvida rättigheten eger bestånd, måste han anföra och, därest så påkallas, bevisa dess faktiska förutsättningar. Rättigheten såsom något ideellt, ett tanketing, undandrager sig nemligen den sinliga varseblifningen, hvadan man endast genom att gå tillbaka till dess reella, inom sinneverlden fallande grundvalar kan ernå kännedom om dess tillvaro. Dessa äro af dels faktisk och dels rättslig natur. Den rättsliga grunden eller den rättssats, som under förutsättning af vissa faktiska omständigheter gifver upphof åt den ifrågavarande rättigheten, behöfver käranden, enligt satsen: *jura novit curia*, icke äberopa; hans skyldighet i förevarande hänseende

¹⁾ Jfr härom *Planck*, Lehrbuch, Bd 2, sid. 168 ff; *Wrede*, a. a. sid. 19, 32.

²⁾ *Trygger*, Om skriftliga bevis såsom civilprocessuellt institut, Stockholm 1887, sid. 8.

sträcker sig endast till de faktiska betingelserna. Sammanfattningen af alla rättighetens faktiska betingelser betecknar man stundom inom tyska doktrinen med uttrycket: «materieller Klagegrund» ¹⁾). Detta begrepp, anspråkets faktiska grund i vidsträckt betydelse, är ej af intresse i processrätten. Det är nemligen allmänt erkänt, att man icke kan ålägga den, som i en rättegång gör gällande ett anspråk, en så vidsträckt beviskyldighet. Inom området för nämnda faktiska betingelser falla förutsättningar af olika slag: dels positiva, eller fakta, hvilka af en rättsats äro utrustade med förmågan att bringa en rättighet till existens, och dels negativa, eller fakta, hvilka verka i motsatt riktning, antingen så, att de hindra rättsförhållandets uppkomst — rättshindrande fakta — eller så, att de upphäfva ett redan till stånd kommet rättsförhållande — rättsupphäfvande fakta ²⁾). Exempel på rättshindrande fakta äro minderårighet och vansinnig; på rättsupphäfvande fakta, vid fordringsrätter, betalning, efterskänkande m. m. Tillvaron af en rättighet förutsätter tydligtvis förefintligheten af ett rättsverkande faktum samt frånvaron af rättshindrande och rättsupphäfvande fakta. Men af käranden fordrar man endast bevis för det rättsverkande faktum, medan det åligger motparten, därest han påstår,

¹⁾ *Gerber*, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast, Jena 1858, sid. 25 ff.; *Maxen*, a. a. sid. 62; *Reinhold*, Die Lehre von dem Klagegrunde, den Einreden und der Beweislast, Berlin 1888, sid. 4.

²⁾ För fullständighetens skull vilja vi nämna, att nu nämnda tredelning af de juridiska fakta icke är uttömmande. Det gifves dessutom dels fakta, hvilka utvidga en bestående rättighet, och dels sådana, hvilka inskränka rättigheten, förminska dess innehåll. De förra äro att bedöma lika med rättsverkande, de senare med rättsupphäfvande fakta.

att rättshindrande eller rättsupphäfvande fakta förekommit, att visa detta. Står det således fast, till hvilken af nämnda tre klasser ett visst juridiskt faktum hör, är därmed bevisskyldigheten i fråga om detta faktum gifven.

Tydligt är emellertid, att till förklaring af bevisbördans reglering ej mycket är vunnet med ofvanberörda indelning, så länge man ej uppvisat de inre grunderna för dess betydelse därutinnan och de principer, efter hvilka den sker ¹⁾. Man kan ej stanna vid att hänvisa till ifrågasvarande klassificering, ty denna är delvis gjord med fäst afseende på bevisskyldigheten och förutsätter, att grundsatserna angående denna äro gifna. Vid de många, i ändamål att utfinna dessa grundsatser anställda undersökningarna har man i allmänhet tagit till utgångspunkt några i de romerska rättskällorna förefintliga generella uttalanden: *Necessitas probandi incumbit ei, qui agit*, och dess supplement: *reus in exceptione actor est*, samt *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. Hvad angår de båda första satserna, så öfverensstämmer med dem den regel för bevisskyldigheten, som innehålles i 17: 33 RB af vår lag: «Käranden åligger sitt käromål lagligen bevisa, eller vare svaranden fri. Vänder svaranden någon omständighet före att sig därmed värja, bör ock han med bevis den styrka». Här får man veta, att käranden skall bevisa sitt käromål och svaranden sina invändningar, men, hvilka fakta äro att hänföra till den ena eller andra kategorien, är oafgjordt. Man står fort-

¹⁾ Med rätta säger *Burckhard*, Die civilistischen Präsumtionen, Weimar 1866, sid. 152: «Die gewöhnliche Antwort: Kläger hat die rechterzeugenden, Beklagter die rechthindernden That-sachen zu beweisen, ist in der That keine, denn man muss wieder fragen: welche sind rechterzeugend, welche rechthindernd?»

farande på samma punkt som vid indelningen af fakta i rättsverkande, rättshindrande och rättsupphäfvande. En mera verklig princip synes vara innefattad i satsen: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. I den har man velat finna en genomgripande norm för bevisbördans fördelning. De obestämda ordalag, hvori satsen är hållen, lemna emellertid rum för olika tolkningar, och de mest skilda sådana ha ock kommit densamma till del. Hur intressant det nu än i och för sig må vara att följa de hithörande hvarandra bekämpande åsigtterna ¹⁾, så måste dock erkännas, att det reella utbytet icke är så synnerligen stort. Man synes allt mer komma till insigt om, att uppställandet af allmänna grundprinciper för bevisskyldighetens bestämmande, varit för den romerska rätten främmande ²⁾. I satsen: *ei incumbit* etc. kan man se en allmän regel, endast för så vidt man däri inlägger den betydelsen, att hvardera parten är bevisskyldig med afseende på de fakta, hvilka han åberopar och *måste* åberopa för att vinna sin sak. Men frågar man då vidare:

¹⁾ Här om se *Langenbeck*, Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Zweite Abtheilung, Leipzig 1860, sid. 248 ff.; *Burckhard*, a. a. sid. 125 ff.; *Reinhold*, Ueber die Regel: *Affirmanti incumbit probatio, non neganti*, i Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Bd. 20, sid. 113 ff.

²⁾ *Reinhold*, l. c. sid. 128, säger härom: «Sagen wir es unverhohlen, mit den beiden generellen Regeln, die uns die römischen Juristen in Betreff der Beweislast hinterlassen haben, ist nicht viel anzufangen, man mag sie drehen und wenden, wie man will. Man kann sie nicht als absolut falsch bezeichnen, aber sie sind, was schlimmer ist, halb wahr und darum ganz besonders geeignet, Irrthum zu erzeugen. Sie haben daher die Entwicklung der Lehre von der Beweislast eher gehemmt, als gefördert». Se ock *Seuffert*, a. a. sid. 345.

hvilka fakta måste hvardera parten för sådant ändamål åberopa? står man utan ledning. Något verkligt svar är således icke därmed lemnadt. Ej heller synes formeln, att part, i hvilkens intresse det med hänsyn till sakens utgång ligger, att ett faktum varder i rättegången fastställt, är i fråga om detta faktum bevisskyldig, tillräckligt upplysande. Det är väl i och för sig alldeles riktigt att i enlighet med denna formel säga, att domaren har vid afgörandet af bevisbördans fördelning att först och främst ställa klart för sig, hvilka faktiska omständigheter äro af betydelse för sakens afgörande, och att därefter i fråga om bevisskyldigheten angående hvarje särskildt faktum göra sig reda för, hvilket inflytande fastställandet af detta faktum skulle hafva på sakens utgång, samt huru det å andra sidan skulle gå med saken, i händelse detta faktum icke blifvit åberopadt, eller parten ej gittat bevisa det samma¹⁾. Men man har genom att sålunda hänvisa till parternas intresse af bevis egentligen icke gjort annat än utvecklat, hvad begreppet bevisskyldighet innebär, och med definitionen på detta begrepp äro principerna för dess fördelning icke gifna. Har man indelningen af fakta i rättsverkande, rättshindrande och rättsupphäfvande färdig, så låter det väl säga sig, att hvardera parten skall bevisa de fakta, hvaraf han har intresse, men frågan är just att finna synpunkterna för denna indelnings genomförande. — Det sagda blir tydligt, om man — hvad angår de rättshindrande fakta — tänker på, att dessa förhålla sig till andra fakta liksom en negation till en affirmation. En negation innefattar alltid i sig en

¹⁾ *Wrede*, a. a. sid. 24 f.

affirmation ¹⁾); då man fränkänner någonting ett visst predikat, tillerkänner man det samma predikats motsats, vare sig nu denna motsats är — då predikatet står i ett kontradiktoriskt förhållande till andra predikat — från början bestämd eller — då förhållandet är konträrt — obestämd. Det är detta, som gör satsen: *affirmanti incumbit probatio, non neganti*, tolkad så, att bevisningen af ett faktum åligger den part, som jakar detta faktum, och icke den, som förnekar detsamma, omöjlig såsom princip för bevisbördans fördelning. Om ena parten påstår, att en person vid ingåendet af ett aftal varit myndig, medan motparten förnekar detta, har den senare i och med sitt förnekande gjort gällande, att personen i fråga varit omyndig, och detta påstående är tydligtvis lika affirmativt som vederpartens utsaga i motsatt riktning. Här lemnar således ofvanstående sats ej någon hjälp. Till annat resultat kommer man icke, om man vill med ledning af den uppställda grundsatsen, att ett faktum skall styrkas af den part, som däraf har intresse, bestämma beviskyldigheten. Förutsättning för ett aftals giltighet är juridisk handlingsförmåga hos kontrahenterna; den som på aftalet stödjer en rätt, har därför intresse af att nämnda förutsättning är för handen, under det att motparten, som vill undgå att fullgöra en utfästelse, är intresserad af att förutsättningen saknas. Påstår svaranden, att han vid aftalets afslutande varit otillräknelig, så har han därmed gjort gällande ett faktum, som utgör den kontradiktoriska motsatsen till ett annat faktum, nemligen tillräknelighet, af hvars förekomst kändens rätt är

¹⁾ *Heffter*, *Zusätze zu Weber's «Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess»*, Leipzig 1845, sid. 226.

beroende. Här stå tvenne stridiga intressen emot hvarandra, hvilka anknyta sig till fakta, som negera hvarandra. Intressesynpunkten lemnar ej besked på, huru beviskyldigheten i detta fall gestaltar sig; man kan från den lika väl komma till slutsatsen, att käranden skall styrka tillräknelighet, som att svaranden skall styrka otillräknelighet. Först om man vet, att otillräknelighet är ett rättshindrande faktum, och ej omvänt tillräknelighet ett rättsverkande, får ifrågavarande regel någon betydelse.

Utan djupare grund är emellertid påtagligen icke beviskyldighetens återförande till ofvan angifna tredelning af de juridiska fakta. Hvad först beträffar skillnaden emellan å ena sidan rättsverkande och rättshindrande samt å andra sidan rättsupphäfvande fakta, så kan man till stöd för att så fördela bevisbördan åberopa nödvändigheten. Ville man af käranden fordra bevis för, att hans rättighet ej blott uppkommit utan äfven eger bestånd, skulle man af honom kräfvat något i de flesta fall omöjligt och därmed göra rättsskyddet illusoriskt. Att direkt bevisa en rättighets fortfarande bestånd låter sig icke göra. Rättssatsernas tillämpning är knuten till vissa faktiska betingelser, genom hvilka de träda i relation till lifvet och normera de mänskliga lefnadsförhållandena. Rättigheternas uppkomst och undergång ha således städse en faktisk orsak. Men detsamma gäller icke om den en gång uppkomna rättighetens *bestånd*. «Thatsachen dieser letzteren Art giebt es nicht.» ¹⁾ Här af följer, att man icke kan direkt ådagalägga, att en rättig-

¹⁾ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (7 uppl.), Frankfurt a. M. 1891, Bd 1, sid. 385.

het finnes till; det gifves inga rättsuppehållande fakta att göra till föremål för ett dylikt bevis. Endast indirekt kan bevisning i förevarande hänseende föras eller så, att den, som gör rättigheten gällande, styrker, det icke något faktum inträffat af beskaffenhet att verka rättsförhållandets upphörande. Det ligger dock i öppen dag, att en sådan bevislast skulle göra det hardt när hopplöst att med utsigt till framgång i rättegångsväg framställa ett anspråk, och redan häri innefattas fullgiltig anledning att såsom oriktig förkasta ifrågasatta fördelning af bevisbördan.

Den princip, enligt hvilken part, som gör gällande en rättighet, endast behöfver styrka fakta, som gifva upphof åt rättigheten, under det att vederparten, som påstår, att rättigheten upphört existera, har att visa de faktiska betingelserna härför, är likväl icke blott grundad på billighet utan har en ännu djupare grund. Den öfverensstämmer med den konkreta rättsordningens eget väsen. I detta afseende erinras om, hvad ofvan blifvit antydt, eller att den en gång till existens komna rättigheten icke för sitt fortfarande bestånd kräfver särskilda faktiska förutsättningar; rättigheten besitter i sig en lifskraft, som låter densamma fortlefva, ända till dess ett faktum inträffar, vid hvilket rättslagen bundit rättighetens undergång. Men är det nu så, att en förändring icke inträder utan en *ny* bestämmande grund, så kan man visserligen med *Fitting* ¹⁾ säga, att man rent af skulle förbise betydelsen af den allt menskligt tänkande beherskande kausalitetslagen, om man af den, hvilken styrkt de faktiska betingelserna för tillämpningen af en rättssats, som gör

¹⁾ a. a. sid. 18.

hans rättighet till ett moment i den konkreta rättsordningen, ville fordra mer. Till antagande af en förändring i ett visst tillstånd kunna vi, på sätt nämnde författare anmärker, icke komma annorledes än att till de moment, hvilka bestämt till antagande af detta tillstånd, träda andra, hvilka föra till slutsatsen, att förändring egt rum. Föreligger nu ingen anledning till en sådan slutsats, så måste det tillstånd, som en gång varit, anses fortfara ¹⁾). Käranden, som bevisat ett rättsfaktum, utrustadt med förmåga att gifva upphof åt det af honom framställda anspråket, har alltså gjort allt hvad på honom kan ankomma; då han går fri från skyldigheten att bevisa anspråkets fortvaro, får man icke uppfatta detta så, som om han blott af billighetshänsyn fritoges från en honom egentligen åliggande bevisbörd, hvarmed i stället motparten betungades, utan från den principiellt riktiga syn-

¹⁾ Däremot måste man, synes det oss, gifva *Reinhold* (Ueber die Regel: Affirmanti etc.) rätt, då han vänder sig emot den vidsträckta tillämpning, *Fitting* gör af grundsatsen, att den som påstår förändring i ett tillstånd, skall bevisa, icke den, som påstår tillståndets oförändrade fortbestånd. *Fitting* vill med hänvisning till kausalitetslagen utsträcka denna grundsats till att gälla icke blott om rättstillstånd utan om faktiska förhållanden af hvad beskaffenhet som helst. Denna princip inlägger han i satsen: *Affirmanti incumbit probatio, non neganti*. Emot denna uppfattning kan anmärkas, att den stabilitet, som ligger i rättsförhållandenas väsen, icke kännetecknar lifvet i öfrigt. Tvärtom är allt stadt i ständig växling, förändringen är, såsom *Reinhold*, påminnande om Heraklits lära, påpekar, en grundlag i naturen, en grundbetingelse för allt lif. Med fullt erkännande af kausalitetslagen, enligt hvilken ingen verkan är tänkbar utan sin orsak, kan man därför säga det snarare vara berättigadt att antaga förändring, till dess annat blifvit visadt, än att antaga motsatsen.

punkten kan man af käranden ej fordra mer än bevis för anspråkets uppkomst ¹⁾).

¹⁾ Denna allmänt antagna princip för bevisbördans fördelning förkastas, som bekant, af *Nordling* a. a., som enligt det af honom uppkonstruerade «faktiskt beståendes system» uppställer följande regler (§ 5): «Det bevis, som af käraren fordras för framgång i hans yrkande, skall gå ut på, icke endast det att han (vid en föregående tidpunkt) varit berättigad, utan att han vid den tid, som är, har en bättre rätt till eller i rättsobjektet. Han bör således ej blott bevisa, att han en gång förvärfvat en fordran mot svararen, eller att denne fått en sak på vilkor, som under förhanden varande skulle föranleda till hennes återställande, eller att svararen gjort aflåtelse till honom af rätt till saken, på grund af hvilken densamma bör till honom utlemnas, utan äfven därjämte bevisa, att fordringsrätten eller hans rätt att återfå eller utfå saken ännu består.» Men då det i många fall skulle vara omöjligt för käranden att prestera denna bevisning, göres till lättnad för honom den modifikation i regeln, att svaranden bör lemna «uppgift om det rättsfaktum, på hvilket han vill stöda sitt anspråk att emot det af käraren åberopade och bevista ega rätt. Någon bevisning af detta rättsfaktum kräves dock icke af svararen, utan blott dess angifvande. Det måste utan vidare tagas för godt, emedan han har den faktiska makten öfver rättsobjektet, och grundsatsen för systemet är, att de bestående faktiska förhållandena stå i öfverensstämmelse med rätten.» Det af svaranden uppgifna rättsfaktum måste af honom i kärandens intresse närmare bestämmas till tid, ort och öfriga utmärkande omständigheter. Därefter kräves af käranden, för så vidt han vill vinna sin talan, att han ådagalägger »riktigheten af den uppgift om ett visst motfaktum eller ett i hufvudfaktumet ingående modifierande tillägg, som af svararen där-emot gjorts.» Till försvar för denna sin teori anför *Nordling* (§ 18) hufvudsakligen, att det är den enda, som tillgodoser en mera utvecklade samfärdsels kraf. Den faktiska maktutöfningen kommer att utgöra ett tillräckligt skydd för rätten. «En hvad af transigenterne behöfver blott hafva i sikte att få det, som till honom aflåtits, under sin makt, hvilket i allmänhet är nöd

Härmed ha vi hunnit till den ena hufvudprincipen för bevisskyldighetens ordnande; den, som yrkar förändring i det bestående eller i ett tillstånd, hvars rättsen-

vändigt för dess omedelbara tillgodogörande, och hvilket han därför med transaktionen närmast och egentligen afsett, och kan lemna omsorgen om sin säkerhet att för framtiden fortfarande få åtnjuta den vunna rätten å sido.» — Oss synes denna teori innebära ett öfverdrifvet framhållande af den faktiska ordningen på bekostnad af den rättsliga. Det gäller icke att låta det faktiska tillståndet stå tillbaka för en blott *pastådd* bättre rätt utan att afgöra företrädet emellan den ordning, som ej har annat för sig, än att den blott faktiskt består, och den ordning, som *visats* ha tidigare varit rättsenlig. Låter man ej i sådant fall det faktiska vika, så har man för visso «frånkämt rättsordningen dess väsentliga betydelse af norm för framtiden samt rättigheten dess karaktär af helgd för det faktiska åtnjutandet af det goda, den medför — -. Med en sådan uppfattning kommer sjelfva ordet *rättsordning* att innebära en tvetydighet och begreppet *rättsstillstånd* att beteckna en momentan händelse» (*Trygger*, a. a. sid. 34). Hvad angår den modifikation i regeln — att käranden skall styrka rättighetens bestånd — som *Nordling* till lättnad för käranden medgifver, i det att af svaranden fordras uppgift om det konkreta faktum, som han emot hvad käranden ådagalagt gör gällande, och hvars oriktighet käranden har att bevisa, anmärka vi, att käranden detta oaktadt är betungad med en bevisskyldighet, som gentemot en oredlig svarande oftast gör hans sak hopplös. Det står ju nemligen helt och hållet i svarandens makt att uppgifva ett med sådana konkreta omständigheter förbundet faktum, att käranden icke kan beslå svaranden med osanning. Med 17: 33 RB står slutligen *Nordlings* tolkning icke i öfverensstämmelse, ty i detta allmän giltighet egande lagrum föreskrifves uttryckligen, att svaranden är med afseende på vissa omständigheter i första hand bevisskyldig. Den af *Nordling* lemnade förklaringen (§ 23) går icke fri från förebråelsen för godtycklighet; den är gjord för att passa till en, utan hänsyn till lagstadgandet, uppgjord bevisskyldighetsteori, och det är ej omvänt så, att denna grundats på lagens uttalande.

lighet ådagalagts, är bevisskyldig. Enligt denna regel åligger det kändanden att visa, det den rättighet, som han säger sig ega, uppkommit, och svaranden att styrka dess upphörande. Grunden till att frånvaron af rättsupphäfvande fakta icke faller inom området för kändandens bevisskyldighet är alltså funnen. Men en uttömmande reglering af bevisbördan är med förevarande regel långt ifrån gifven. Lika litet som kändanden för att segra i processen behöfver åberopa och styrka frånvaron af rättsupphäfvande fakta, lika litet är han nödsakad att göra detta med de rättshindrande, eller, med andra ord, det åligger ej kändanden att bevisa samtliga betingelserna för rättighetens uppkomst. Den största svårigheten i läran om bevisbördans fördelning anknyter sig just till denna punkt, till särskiljandet inom berörda betingelser emellan rättsverkande och rättshindrande fakta. En allmän princip härför måste finnas, och man kan ej, såsom stundom sker, undandraga sig frågans besvarande genom att hänvisa till hvarje särskildt fall, hvarje särskild rättighet ¹⁾.

¹⁾ *Maven*, a. a. sid. 5. Äfven *Afzelius* yttrar sig (*Parts* ed, sid. 102) i denna riktning: «Huru mycket däraf [af samtliga förutsättningarna för en yrkad rättsändring], som i särskilda fall måste bevisas, har man sökt uttrycka genom en allmän formel; men detta försök har i bästa fall fört till uppställande af en regel, som själf tarfvat förklaring lika mycket, som det han skulle förklara. En sådan regel kan icke gifvas; den enda allmänna synpunkt, som därför kan uppställas, är den, att bevisbördan skall fördelas så, att den materiella rätten bäst skyddas, att icke genom omöjligheten att fullgöra en bevisskyldighet det, som verkligen är rätt, skall löpa fara att icke blifva såsom sådant erkändt. Och detta ändamål måste vid olika slag af rättsförhållanden betinga en olika fördelning af bevisbördan. Det är först genom en undersökning af de särskilda rättsförhållandenas natur, som frågan kan besvaras.»

Skall afgörandet i det konkreta fallet icke bero på ett subjektivt förgodtfinnande, måste en allmän synpunkt följas, och denna kan, då rättsförhållandenas olika materiella innehåll icke lemna någon ledning för det bedömande, hvarom här är tal, ej vara mer än en enda. En sådan generell princip har man funnit däri, att käranden behöfver bevisa endast sådana fakta, som «i och för sig besitta förmåga att bringa den ifrågavarande rättigheten till existens» ¹⁾, eller hvilka utgöra «de omedelbara och väsentliga villkoren» för rättigheten, men icke därjemte «de allmänna villkoren för alla rättigheter och förbindelser» ²⁾. Tillämpad på den viktigaste klassen af juridiska fakta, nemligen rättshandlingarna, skall denna grundsats innebära, att, då någon på en rättshandling grundar en rättighet, han icke har af nöden att visa, det den, som afgifvit den förpliktande viljeförklaringen, därvid haft förmågan af juridiskt handlande, eller att hans verkliga vilja kommit till uttryck i viljeförklaringen och icke framkallats af motiv, som göra förklaringen ogiltig ³⁾. Olika teorier ha uppställts för att förklara, hvarför bevisskyldigheten är och måste vara så ordnad. Af dessa synes den, som hänvisar till förhållandet emellan regel och undantag, ha träffat det riktiga. *Fitting* ⁴⁾ har utförligast utvecklat denna teori. Vid lösningen af rättsordningens uppgift att reglera alla i lifvet sig erbjudande fall förfares, säger denne författare, på det sätt, att satser uppställas, hvilka,

¹⁾ *Gerber*, a. a. sid. 22.

²⁾ *Lindblad*, *Läran om bevisning inför rätta enligt Sveriges lag*, Upsala 1842, sid. 70.

³⁾ Angående de allmänna fordringarna för rättshandlingars giltighet se *Windscheid*, *Lehrbuch*, Bd 1, sid. 171 ff.

⁴⁾ a. a. sid. 39 ff.

gällande jemte hvarandra, till en del understödja, men till en del bekämpa hvarandra, så att den ena i ett fall, hvilket enligt sina faktiska bestämmingar hör till dess verkningsområde, icke kan vinna tillämpning på den grund, att en annan rättssats motverkar; eller med andra ord: ehuru de faktiska förutsättningarna för användningen af en viss rättsföreskrift äro för handen, kan denna dock icke tillämpas, enär äfven de faktiska förutsättningarna föreligga för en annan rättssats, som under sistberörda förutsättningar icke tillstädjer användningen af den förstnämnda föreskriften. De rättssatser, hvilka stå i ett dylikt inbördes förhållande, kunna betecknas såsom regel- och undantagsföreskrifter. Utmärkande för undantagsföreskriften är, att dess tillämpning är knuten till fakta utöfver dem, hvilka regeln kräfver. Tager man nu i betraktande, att en rättssats icke kan användas, med mindre än att dess faktiska förutsättningar äro fastställda, och att vidare rättsverkande fakta utgöra förutsättningarna för regelföreskrifterna samt rättshindrande fakta för undantagsföreskrifterna, så ligger det i öppen dag, hvarför käranden är bevisskyldig endast i fråga om rättsverkande fakta, men svaranden i fråga om de rättshindrande. Då käranden nemligen bevisat de förra, kan domstolen ej undgå att behandla det föreliggande fallet såsom ett regel-fall och därpå tillämpa regelföreskriften men saknar hvarje anledning att taga hänsyn till en bestående undantagsföreskrift.

Några anmärkningar synas oss med fog kunna göras emot denna *Fittings* framställning. Dessa rikta sig emot satsen, att regelfallet alltid har vissa faktiska kännetecken mer än undantagsfallet. Det torde icke kunna erkännas vara riktigt att öfver hufvud säga, det rättsverkande fakta

utgöra de enda betingelserna för användningen af en rätts-sats, som har karaktären af regel. De rättsatser, som hänföra sig till rättshandlingarna, förutsätta sålunda efter vårt förmenande, att aflåtaren af viljeförklaringen egt juridisk handlingsförmåga; den objektiva rätten ställer sig vid normerandet af rättshandlingarnas betydelse och verkningar icke likgiltig till berörda förhållande och tager ej hänsyn därtill blott på det sätt, att frånvaron af nämnda handlingsförmåga föranleder uppställandet af en särskild föreskrift. Faktiska förutsättningar för användningen af de lagstadganden, som angå köp, äro ej endast öfverensstämmelse mellan kontrahenterna med afseende på pris och köpeobjekt samt, där viss form för aftalet är föreskrifven, dennas iakttagande, utan jemväl juridisk handlingsförmåga hos kontrahenterna. En annan sak är, att vid talan, grundad på en rättshandling, käranden icke behöfver *bevisa*, det svaranden, aflåtaren af den förpliktande viljeförklaringen, varit tillräknelig m. m., som inefattas i den juridiska handlingsförmågan. Vid bestämmandet af de här ifrågakommande begreppen regel och undantag har man att utgå från den gestaltning af de faktiska förhållandena, som anses såsom den normala. Det normala är utan allt tvifvel förefintligheten af juridisk handlingsförmåga hos de individer, hvilka träda i relation till hvarandra; vid reglerandet af hela samfärdseln människor emellan utgår rätten därifrån, att de besitta de egenskaper, som konstituera juridisk handlingsförmåga ¹⁾. De rättsatser, hvilka röra rättshandlingar, företagna af juridisk handlingsförmåga besittande personer,

¹⁾ Jfr härom *Reinhold*, Die Lehre von dem Klaggrunde etc., sid. 38 ff.

äro därför normalsatser, *regelföreskrifter*, medan de satser, hvilka angå rättshandlingar af otillräkneliga, minderåriga o. s. v., äro *undantagsföreskrifter*. Häraf framgår, att liksom otillräknelighet är en faktisk förutsättning för undantagsföreskriftens användning, tillräknelighet är detta för regelföreskriftens. Otillräknelighet är nu, såsom förut är nämnt, ett rättshindrande faktum, och icke tillräknelighet ett rättsverkande. Käranden åligger det alltså icke att styrka tillräkneligheten, utan svarandens sak är att ådagalägga dess motsats. Men fasthållas måste, att då käranden, stödjande sig på ett aftal, fullgör sin bevis-skyldighet, hvilken icke inbegriper handlingsförmågan, han därmed icke bevisat samtliga de faktiska betingelserna för den af honom åberopade rättssatsen; han har endast bragt till visshet en del af dessa betingelser, och ej den del, hvarför bevisbördan, enligt principen om de faktiska förhållandenas karaktär af regel eller undantag, honom är fräntagen ¹⁾.

Hvad angår den nära till hands liggande frågan, huru man skall kunna veta, om ett förhållande bör be-

¹⁾ Öfver hufvud kan man säga, att enligt ifrågavarande princip blott de *yttre* fordringarna för uppkomsten af en rättighet komma att af käranden bevisas, medan svaranden har att ådagalägga, det en inre betingelse brister. Men att såsom *Langenbeck* (a. a. sid. 279 ff.) och *Burkhard* (a. a. sid. 151 ff.) grunda indelningen i rättsverkande och rättshindrande fakta på denna sats torde icke vara riktigt. Enligt densamma skulle vid skadeståndstalan käranden vara fri från skyldigheten att styrka, det skuld, *doctus* eller *culpa*, med afseende å den skadebringande handlingen ligger svaranden till last; men att kärandens bevis-skyldighet omfattar äfven skuldmomentet, hvilket således spelar rolen af ett rättsverkande faktum, torde vara allmänt erkänt. Jfr för öfrigt emot nämnde två författare *Reinhold*, Die Lehre von dem Klaggrunde etc., sid. 58 ff.

traktas såsom regel eller undantag ¹⁾, så, då lagen icke uttryckligen gifver därom upplysning, har man att se på rättssatsernas inbördes sammanhang och lagstiftningens allmänna ståndpunkt. Därvid bör man särskildt akta sig för att identifiera det normala, regeln, med det vanliga, ty de sammanfalla ej alltid, till bevis hvarför må påpekas, att de personer, hvilka besitta full juridisk handlingsförmåga, ingalunda bilda flertalet. Snarare kan man säga, att undantaget i motsats till regeln gifver sig till känna därigenom, att det förra är i lagen föremål för särskildt omnämmande ²⁾.

¹⁾ *Fitting*, a. a. sid. 49 ff.; *Wrede*, a. a. sid. 27.

²⁾ Med några ord vilja vi här framhålla *presumptionens* betydelse. Detta begrepp spelar en mycket viktig rol, väl ej, på sätt man förr antagit, för bevisbördans fördelning, men såsom egnadt att förklara beviskyldighetens fullgörande i en mängd fall, hvilka kunna synas innefatta undantag från de allmänna reglerna. Den gamla s. k. *presumptionsteorien*, enligt hvilken städse, då parterna i en rättegång framställa mot hvarandra stridande påståenden, den part, för hvilkens påstående den största sannolikheten synes tala, skall vara fri från att bevisa, hvilket i stället skall åligga motparten, är numera såsom fullkomligt ohållbar öfvergifven; denna åsigt är omöjlig redan därför, att domaren oändligt ofta saknar hvarje anledning att hålla den enes utsaga för mera sannolik än den andres. Gör man klart för sig den verkliga betydelsen af begreppet *presumption*, visar sig till fullo, att *presumptionen* icke förändrar bevisbördan utan häntyder på ett särskildt sätt att föra bevis. *Presumptionen* är en slutledning från ett faktum, som står fast, till ett annat faktum (*Windscheid*, Lehrbuch I, sid. 386). Begreppet står således i nära sammanhang med begreppet *indicier*, och den kanoniska rätten har ock betecknat *indicierna* med namnet *presumptiones* (*Heusler*, Die Grundlagen des Beweisrechtes, i Archiv für die civilistische Praxis, Bd 62, sid. 306). Med *indicium* förstår man, som bekant, ett faktum, från hvilket man sluter till *factum pro-*

Sedan vi ofvan antydt grunderna för den betydelse med hänsyn till bevisskyldigheten, som tillkommer indel-

bandum. Denna slutledning bär namnet *presumptio*. Hvarje sådan slutledning för dock icke detta namn. Om det faktum, från hvilket man sluter, är sådant, att det tvingar till antagande af *factum probandum*, sätter detta utom allt tvifvel, talar man icke om en *presumptio*, och detsamma gäller, om förstberörda faktum visserligen gör *factum probandum* sannolikt men icke bereder en så hög grad af sannolikhet, att den utgör juridisk visshet. Om däremot slutledningen skänker dylik visshet, föreligger en *presumptio*. Slutledningen, kan man säga, sker med användande af principen om förhållandet emellan regel och undantag; då nemligen erfarenheten gifver vid handen, att ett visst faktiskt förhållande regelbundet sammanträffar med ett annat, antager man i det konkreta fallet, då det ena förhållandet står fast, att äfven det andra föreligger (*Fitting*, a. a. sid. 66 f.). Af den nu lemnade bestämningen på begreppet *presumptio* framgår, att man icke med rätta kan säga, att *presumptio* fritager part, till hvilkens förmån den länder, från bevisbördan; efter de allmänna principerna bestämmes i hvarje fall bevisskyldigheten, och *presumptio* blott tillåter parten att i stället för *factum probandum* bevisa ett annat faktum. Häri kan emellertid ligga en sådan lättnad i bevisbördan, att denna framstår, som om den vore tagen från den ena parten och lagd på den andra; fastställandet af *presumptio*ns faktiska förutsättningar vållar nemligen ofta icke någon vidare möda. Om en befrielse från bevisbördan kan man strängt taget ej heller tala vid de s. k. *presumptiones juris*, för så vidt jemväl dessa alltid äro knutna till faktiska förutsättningar. Skillnaden emellan dessa och andra *presumptiones* är blott, att slutsatsen icke är öfverlemnad till domarens fria bepröfvande utan är en gång för alla dragen af lagstiftaren. Så till vida kan man dock säga, att en *presumptio juris* fritager från skyldigheten att bevisa, som den städe är bindande, alltså oafsedt om omständigheterna i det konkreta fallet icke berättiga till den af lagstiftaren dragna slutsatsen. (Ex. *presumptio*nen: *pater is est, quem nuptiæ demonstrant*.) Jfr för öfrigt *Burckhard*, a. a.; *Unger*, a. a. § 130; *Wrede*, *Bevisrätten*, sid. 33 ff.

ningen af de juridiska fakta i rättsverkande, rättshindrande och rättsupphäfvande, öfvergå vi till utredningen af de utomordentligt viktiga och för en riktig uppfattning af det kvalificerade erkännandet nödvändiga begreppen «Klagegrund» i processuell mening och invändning. Såsom förut är utveckladt, behöfver käranden icke bevisa samtliga faktiska betingelser för den af honom påstådda rättigheten; han har blott att ådagalägga fakta, hvilka i och för sig, subsumerade under en rättsats, gifva upphof åt rättigheten, d. v. s. rättsverkande fakta. Inbegreppet af de fakta, hvilka käranden har att anföra och, därest så fordras, styrka, bilda begreppet «Klagegrund» i inskränkt betydelse eller «formeller, processualischer Klagegrund»; i det följande använda vi till beteckning för detta begrepp uttrycket *anspråkets grund* ¹⁾.

Allt försvar af den, emot hvilken i en rättegång ett anspråk framställes, innebär tydligtvis ett förnekande af anspråkets berättigande. Då nu anspråkets grund icke inrymmer samtliga anspråkets faktiska betingelser, kan försvaret, ehuru städse innefattande en negation af anspråket, vara af olika slag. Det kan antingen riktas emot de till anspråkets grund hörande fakta eller bestå i förebringandet af fakta, hvilka väl lemna denna grund oberörd, men likväl låta anspråket framstå såsom obefogadt. I senare fallet stödjer försvaret sig på förefintligheten af rättshindrande eller rättsupphäfvande fakta, hvarförutom det — hvilket här bör anmärkas — kan bestå däri, att en sjelfständig rättighet göres gällande (t. ex. i ett krafsmål åberopar svaranden en genfordran till qvitning). Den

¹⁾ *Wrede*, Processinvändningarna enligt finsk allmän civilprocessrätt, Helsingfors 1884, sid. 4, använder detta uttryck.

senare försvarskategorien (förebringandet af rättshindrande eller rättsupphäfvande fakta eller af moträttigheter) konstituerar begreppet invändning. Detta begrepp har en helt och hållet processuell innebörd; det har sin betydelse med afseende på bevisbördans fördelning, i det att därigenom angifves området för den angripne partens beviskyldighet ¹⁾).

Ofvan utmärktes såsom den första arten af försvar det, som är riktadt emot anspråkets grund. Denna försvarsart bildar bestridandet. Bestridandet består däri, att ett till anspråkets grund hörande faktum negeras, hvarigenom käranden försättes i nödvändigheten att bevisa. Olika fall äro härvid möjliga. Bestridandet kan innefatta en direkt och omedelbar negation af ett anspråksfaktum; detta är det enklaste fallet. Med denna direkta negation kan förbindas påståendet af ett negationen motiverande

¹⁾ Begreppet bör noga hållas i sär, å ena sidan från begreppet processinvändning och å andra sidan från det romerska exceptionsbegreppet. Begreppet processinvändning är, äfven det, såsom redan namnet antyder, ett processuellt begrepp, men har ingenting gemensamt med det invändningsbegrepp, hvarom här är fråga. I och med en processinvändning yrkas anspråkets afvisande utan pröfning på den grund, att en förutsättning för giltig rättegång saknas. Den här ifrågavarande invändningen afser anspråkets underkännande efter pröfning i sjelfva saken. Den romerska exceptionen, angående hvars innebörd i den senromerska rätten meningarna för öfrigt äro delade, tillhör däremot den materiella rätten; med hänsyn till beviskyldigheten, som för oss i detta sammanhang är af uteslutande intresse, betingar exceptionen icke någon särskild behandling. Jfr *Wrede*, *Processinvändningarna*; *Windscheid*, *Lehrbuch*, I, sid. 111 ff.; *Maxen*, sid. 18 ff., 78 ff.; *Reinhold*, *Die Lehre von dem Klaggrunde etc.*, sid. 122 ff.

faktum, hvilket åter kan vara antingen sådant, att dess sanning icke utesluter riktigheten af det negerade faktum, eller därmed oförenligt. Tydligt är, att dessa motiverande fakta icke ega någon sjelfständig betydelse i rättegången; genom att motivera sitt bestridande påtager sig parten icke någon bevisskyldighet. Så t. ex. är icke den, som, jemte det han bestrider, åberopar ett alibi, pliktig att styrka sin närvaro på annat håll vid det ifrågavarande tillfället; hans bevisskyldighet inträder öfver hufvud, först sedan motparten presterat honom åliggande bevis, och är då, så vidt försvaret har karaktären af motbevis, icke inskränkt till konstaterandet af det motiverande faktum. Skulle den bestridande dessförinnan söka ådagalägga, hvad han anfört, föreligger ett anteciperadt motbevis ¹⁾.

Ett bestridande ligger vidare i en s. k. *negatio per positionem*; negationen är härvid indirekt, den består uteslutande i påståendet af ett faktum, som är oförenligt

¹⁾ Med motbevis förstår man, som bekant, numera hvarje bevis i fråga om ett faktum, med afseende på hvilket den bevisande icke är bevisskyldig, medan hufvudbevis utmärker det bevis, som af den bevisskyldige föres öfver det faktum, till hvilket hans bevisskyldighet hänför sig. Hufvudbevis är alltså käransens bevis i fråga om anspråksfakta samt svarandens i fråga om invändningsfakta. Ett motbevis går alltid ut på att häfva verkan af hufvudbeviset och afser därvid antingen samma faktum som detta eller ett annat faktum, som utesluter det förra. Enligt en äldre, numera öfvergifven, missledande terminologi betecknades såsom motbevis hvarje bevis, hvarigenom den angripne parten sökte ådagalägga anspråkets obehörighet, och man skilde mellan direkt motbevis eller det bevis, som numera ensamt bär namnet motbevis, och indirekt motbevis, som afsåg invändningsfakta. Se *Wetzell*, System des ordentlichen Civilprocesses, 3 uppl., Leipzig 1878, sid. 177; *Maxen*, a. a. sid. 90.

med grunden för anspråket. För denna form af bestridande gäller gifvetvis detsamma, som nyss beträffande den motiverade negationen blifvit sagdt.

De båda försvarsarterna, bestridandet och invändningen, förekomma ej alltid isolerade utan kunna med hvarandra kombineras. En dylik kombination gifver ej anledning till några särskilda svårigheter. Invändningen kommer i detta fall i betraktande endast eventuellt, för den händelse käranden fullgjort sin bevisskyldighet, och i fråga om invändningen är parten, som framställt densamma, här såsom alltid bevispliktig.

Slutligen kunna vi ej underlåta att påpeka det bekanta förhållandet, att bevisskyldigheten icke rättar sig efter parternas ursprungliga ställning i rättegången såsom kärande eller svarande. Om svaranden, såsom vid yrkande om qvittning är fallet, gör gällande en rättighet för att därmed afvärja kärandens angrepp, så är svaranden med afseende på denna rättighet att betrakta såsom kärande och motparten såsom svarande, och liksom det åligger den förre att bevisa de fakta, på hvilka han stöder sin rätt, är det den senares sak att styrka sina invändningar. Dessutom är att märka, det de fakta, hvilka invändningsvis göras gällande, i sin ordning kunna bemötas med fakta, hvilka förhålla sig till de förre liksom dessa till de rättsverkande. Med andra ord verkan af rättshindrande och rättsupphäfvande fakta kan utslutas genom fakta, hvilka ha alldeles samma karaktär. En invändning om omyndighet förlorar sin betydelse, så framt den omyndige handlat med förmyndarens samtycke; likaså en invändning om preskription, därest preskriptionen vederbörligen afbrutits.

Härmed ha vi lagt den nödiga grundvalen för den följande framställningen och kunna öfvergå till utredningen af begreppet qualificerad erkännande, därvid vi närmast kasta en blick på begreppets uppkomst och utveckling i doktrinen samt ställning inom lagstiftningen.

§ 2.

Endast stridiga fakta äro i rättegången föremål för bevis. Genom erkännande blir ett faktum ostridigt, och bevis således öfverflödigt. Om erkännandet hänför sig till anspråkets grund i dess helhet, så är därmed — förut-satt att den erkännande icke förebringa något faktum, hvilket konstituerar en invändning — anspråkets rättmätighet ådagalagd, och domstolen har ej annat att göra än bifalla detsamma. Men erkännandet behöfver tydligtvis icke omfatta samtliga de faktiska moment, hvilka bilda anspråkets grund; svaranden kan, jemte det han erkänner ett eller flere sådana moment, bestrida andra; han kan ock med erkännandet af anspråkets hela grund förena en invändning. Fall låta härvid tänka sig och förekomma ständigt i rättsskipningen, hvilkas riktiga bedömande erbjuder de största svårigheter och kräfver den sorgfälligaste pröfning. Sedan gammalt ha sådana fall — i hvilka man talar om ett kvalificerad erkännande — dragit uppmärksamheten till sig och utgjort föremål för de rättslärdes undersökningar.

I de romerska rättskällorna förekommer ej skillnaden emellan det rena och det kvalificerade erkännandet, detta beroende naturligtvis icke därpå, att ej romarne kände till sjelfva saken, utan därpå, att de romerska juristerna med riktig uppfattning af hithörande spörsmåls verkliga

innebörd funno sig ej böra för desammas lösning uppställa ett särskildt begrepp ¹⁾).

Ursprunget till läran om det kvalificerade erkännandet har man att söka hos Glossatorerna. I anslutning till l. 9 C. *de exceptionibus* 8, 36 uppkastar Glossan följande fråga:

«Quid si lite contestata ponat actor in causa, quod reus promisit ei decem. Reus respondet, se promisisse, sed sub conditione, adjiciens non alio modo, vel non adjiciens. Queritur, an reus videatur confessus pure, nisi probet conditionem, an econtra videatur negasse, nisi actor probet puritatem, vel conditionem exstitisse».

Som man finner, angår spörsmålet det fall, att käranden gör gällande en utfästelse, hvilken svaranden vidgår att han under ett (suspensivt) villkor iklädt sig. På sätt *Bayer* riktigt anmärker, visar frågans affattning, det Glossatorerna icke haft för afsigt att uppställa två arter af erkännande, utan att de endast ansågo tveksamt, huruvida ett sådant svar vore att anse såsom ett erkännande eller såsom ett bestridande, d. v. s. huruvida villkoret fölle utom anspråkets grund och således borde bevisas af svaranden eller tvärtom inginge därunder, så att käranden borde styrka utfästelsens ovillkorliga beskaffenhet. Detta framgår af Glossans fortsättning, som lyder:

«Et videtur, quod reus sit confessus, nisi probet conditionem. Nam duo videtur dixisse, scil. se promisisse,

¹⁾ *Linde*, Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprozeesse, I, Bonn 1823, Abhandlung 3: Beitrag zu der Lehre vom qualificirten Geständnisse im Civilprozeesse, sid. 88 ff.; *Francke*, Versuch über das qualificirte Geständniss im Civilprozeesse, Kiel 1832, sid. 9 ff.; *Bayer*, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess, München 1856, sid. 733 ff.

et sub conditione promississe. Unum ergo de istis est contra se, et ei habetur fides; aliud pro se reo, scil. conditio, et illi non habetur fides. Secundo, quia sic diximus in exceptione pacti et similibus, quod si quis confiteatur se debere, sed dicit factum pactum de non petendo, quod nisi probet pactum, condemnatur, nisi præmittat negationem, ut nego me debere; sed si apparuerit, dico pactum factum. Tertio, quia si actor ponat de Sticho sibi debito, et reus fateatur, sed dicat de alio Sticho se sensisse, stamus dicto actoris. Sed econtra videtur negasse puritatem, nisi actor probet puritatem, vel conditionem exstitisse. Sicut enim actor non videtur in iudicium deduxisse, quod non sentit, sic nec reus videtur confiteri, quod non sentit. Quarto, qui conditionem apponit in ipsa actionis nativitate, apponit quasi nec sit nata actio. Et sic aliud est, quam in exceptione pacti vel simili, quæ nascitur post nativitatem primæ actionis. Cum ergo dicit: conditionaliter promisi, vel sub conditione, tale est ac si diceret: non confiteor actionem natam».

Glossan väger här emot hvarandra skälen för de båda alternativen och kommer efter att ha jämfört det föreliggande spörsmålet med närbeslägtade, såsom då svarenden åberopar ett *pactum de non petendo*, till det resultat, att påståendet om utfästelsens villkorlighet icke kan likställas med påståendet om ett dylikt pactum, enär nemligen det förra innebär ett förnekande, att *actio* är *nata*.

Glossatorernas uttalanden visa, att de insett, huru fall, sådana som det af dem behandlade, borde uppfattas; man har att enligt de vanliga reglerna för bevisbördans fördelning undersöka, hvilken af parterna är bevisskyldig i fråga om det faktum, som det till erkännandet fogade tillägget angår.

Ehuru, enligt hvad redan är påpekadt, Glossan icke uppställer begreppet qualificeradt erkännande, har den likväl gifvit upphof åt detta begrepp, antagligen genom det däri förekommande uttrycket: *confessus pure* ¹⁾. I motsats till *confessio pura* satte man *confessio conditionalis* för att därmed beteckna det af Glossan utmärkta fall, att svaranden påstår utfästelsen ha varit villkorlig. Då emellertid samma tvifvelsmål, som Glossatorerna vid *confessio conditionalis* uttalat, kunde yppa sig äfven eljest, då erkännandet genom en tillsats inskränktes eller modifierades, och uttrycket *confessio conditionalis* således befans vara för trångt, utbyttes det med *confessio qualificata*.

Samtidigt härmed uppstod åsigten om det qualificerade erkännandets odelbarhet, hvilken man har att tacka för all den oreda, som i förevarande ämne så länge varit rådande. *Gesterdings* ²⁾ forskningar ha spriddt ljus öfver denna åsigts upprinnelse och ursprungliga betydelse. Man sökte lösa svårigheterna genom att fästa uppmärksamheten på det inbördes förhållandet emellan de fakta, till hvilka erkännandet och dess tillsats hänföra sig; man skilde därvid emellan *capita connexa* och *capita separata*.

Angående ett qualificeradt erkännande, innehållande *capita connexa*, gälde satsen: *confessio qualificata, continens capita connexa, non est dividenda, sed vel tota rejicienda, vel tota acceptanda*; medan vid *capita separata* följande regel uppställdes: *confessio qualificata ab adver-*

¹⁾ *Bayer*, l. c.

²⁾ Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Zweiter Theil, Greifswald 1827, N:o IV: Die Lehre vom qualificirten Geständniss, sid. 129 ff. Den första af de båda här förekommande afhandlingarna finnes äfven intagen i Archiv für die civilistische Praxis, Bd 2, sid. 217 ff.

sario pro parte acceptari, pro parte repudiari potest. Enligt *Gesterdings* framställning af de äldre, *Justus Henning Böhmer* föregående rättslärdes teorier utgjorde sådana fakta *capita connexa*, hvilka tilldragit sig samtidigt eller omedelbart efter hvarandra, så att de bildade en enda, kontinuerad akt; *capita separata* utmärkte åter fakta, hvilka inträffat på skilda tider, eller hvilka, om de följt omedelbart efter hvarandra, dock icke vore af den beskaffenhet, att de närmare bestämde eller inskränkte hvarandra. Såsom exempel på *capita connexa* nämndes samma fall, hvilket *Glossatorerna* framhållit, nemligen att svarenden vidgår en utfästelse men säger, att den gjorts under ett suspensivt villkor; om däremot sistberörda utsaga innehölle, att villkoret genom ett senare aftal fogats till utfästelsen, bestode det kvalificerade erkännandet af *capita separata*.

Hvad angår betydelsen af denna åtskillnad emellan *capita connexa* och *capita separata* samt af ofvan anförda därtill knutna regler, så, ehuru man närmast är böjd för att antaga annat, låg under denna lära en fullkomligt riktig tanke; i grunden innefattade den, såsom *Gesterding* påvisat, ett försök att lösa alldeles samma uppgift, som den nyare processrättsvetenskapen tilldelat läran om det kvalificerade erkännandet. Äfven för de äldre rättslärdet kom det an på att utröna, huruvida det faktum, som i tillägget till erkännandet åberopades, skulle bevisas af den erkännande eller af motparten, om alltså detta faktum utgjorde en invändning eller hörde till anspråkets grund. Vid *capita separata* skulle det förra, och vid *capita connexa* det senare vara förhållandet. Då det vidare angående ett af *capita connexa* bestående kvalificeradt erkännande hette, att det icke finge delas utan helt och

hållet skulle antingen tagas för godt eller förkastas, så var meningen härmed ej annan än den, att käranden, som vore bevisskyldig i fråga om det faktum, hvilket erkännandets tillägg afsåge, icke finge begagna sig af det kvalificerade erkännandet på sådant sätt, att han med åberopande af det därpå för honom fördelaktiga, d. v. s. det erkända, hvälfde bevisbördan i fråga om tillägget på motparten. Däremot innefattade satsen icke, att käranden måste föra ej blott ett mot tillägget riktadt bevis utan äfven bevis för hvad motparten verkligen erkänt. Säkert är åtminstone, att *Böhmer*, hvilken därvid hänvisar till äldre författare, icke inlade en dylik betydelse i förbudet emot delning af ett kvalificerat erkännande. *Böhmers* mening har emellertid blifvit missförstådd af, bland andra, efter hvad det vill synas, (*Gömmers* ¹⁾), och man har i *Böhmer* velat se en förfäktare af den sedan så förkättade odelbarhetsteorien. Det torde därför icke vara utan intresse att något närmare undersöka, hvilken ställning *Böhmer* verkligen intagit i förevarande fråga. Han uttalar sig på följande sätt ²⁾:

«Porro alia confessio est simplex, alia qualificata. Hæc dicitur, quæ adjectam qualitatem habet, circa quam dubium incidit, an talis confessio pro parte possit accep-

¹⁾ a. a. sid. 385 säger denne författare: «*Böhmer* führt alles auf die Beweislast zurück, und behauptet, dass, wenn ein Beklagter die Umstände des Klägers zum Theil einbekennt, dasjenige aber abläugnet, was an der Klage und dem Streite wesentlich ist, der Kläger den Beweis führen müsse, ohne dass ihm erlaubt wäre, Geständniss von seiner Beschränkung zu trennen, und den Beweis der Limitation vom Beklagten zu fordern». Se ock sid. 394.

²⁾ Jus ecclesiasticum Protestantium, tom. 1, lib. 2, tit. 18 (De confessis) § 2.

tari et pro parte repudiari, ad hunc videlicet effectum, ut, reo hoc modo confitente, actor non teneatur amplius probare, sed reo potius probatio illius qualitatis incumbat? Quid enim si actor intendat reum sibi promisisse centum, hic vero respondeat, se quidem centum promisisse, sed sub conditione; an actor dividere potest hanc confessionem, ita ut accipiat tanquam confessionem judicialem, reum promisisse, repudiet vero qualitatem adjectam: quod hæc promissio sub conditione facta fuerit, ita ut huius probatio reo incumbat? Quod merito negandum; in effectu enim negat intentionem actoris, quæ in pura promissione se fundat, adeoque illam probare debet: neque enim status controversiæ in promissione se fundat, sed in eo, an pure promiserit? quæ hic connexa sunt, et ita haud dividenda. Sic si, actore ex mutuo ad centum thaleros reddendos agente, reus responderit, se quidem C. accepisse sed non ex mutuo, utique hæc acceptata confessio non relevat actorem ab onere probandi, cum primario status controversiæ in mutuo se fundat, non in acceptatione pecuniæ, adeoque adhuc actor suam intentionem probare debeat. Inde fluxit regula doctorum vulgata: confessio qualificata, continens capita connexa, non est dividenda, sed vel tota rejicienda, vel tota acceptanda — — — vel clarius; si pro parte reus confitetur intentionem actoris, illud tamen negat, in quo cardo controversiæ primario consistit, confessio talis non liberat actorem ab onere probandi, sed nihilominus fundamentum intentionis probare debet, nec reo imponendum onus probandi propterea quod aliquid confessus fuerit. Plura sæpe reus confitetur in lite contestata, sed quia potiora adhuc negat, quæ statum controversiæ primario respiciunt, nihilominus actori probatio injungitur sub formula: Die-

weil Beklagter sich auf die Klage eingelassen, und derselben nicht allenthalben geständig, so ist Kläger den Grund der Klage, und so viel ihm daran verneinet etc. Hoc modo caute pronunciat, ut inde appareat, confessionem actoris a reliquis capitibus negatis non esse dividendam».

Böhmers uttalanden lemna, synes det oss, föga öfrigt att önska i fråga om klarhet och ådagalägga, att han för sin del icke tagit det s. k. kvalificerade erkännandet för annat, än hvad det verkligen är. Enligt honom rör det sig om, hvilken af parterna är bevisskyldig med afseende på den till erkännandet fogade kvalifikationen. För att afgöra detta har man att undersöka, om kvalifikationen angår ett till anspråkets grund, *fundamentum intentionis*, hörande faktiskt moment; är detta fallet, så är käranden bevisskyldig, och någon delning får icke ifrågakomma «ad hunc videlicet effectum, ut — — actor non teneatur amplius probare, sed reo potius probatio illius qualitatis incumbat». De exempel på en dylik kvalifikation, *Böhmer* anför, äro, äfven enligt den uppfattning, som nu är gällande, fullkomligt riktiga. Det första rör det gamla fallet, att svaranden påstår utfästelsen ha varit villkorlig; i det andra kräfvdes svaranden *ex mutuo* och säger, att han väl emottagit den fordrade summan men icke såsom försträckning. I båda exemplen är käranden rätteligen bevisskyldig. Hvad angår bevisemat kan *Böhmers* åsigt visserligen förefalla något mera tvifvelaktig, och den uppfattning, som t. ex. *Gönner* velat tillvita honom, saknar ej helt och hållet stöd i hans framställning. Sålunda säger *Böhmer* i detta hänseende: «confessio talis (continens capita connexa) non liberat actorem ab onere probandi, sed nihilominus *fundamentum intentionis* probare debet», och

här af kan det se ut, som om *Böhmer* hållit före, att käranden vid fullgörandet af sin bevisskyldighet icke kunde begagna sig af svarandens erkännande utan hade att ådagalägga äfven det erkända faktum. Det är dock föga troligt, att *Böhmer* hyst denna i och för sig otillfredsställande åsigt, och detta kan så mycket mindre antagas, som andra yttranden tyda på, att så icke varit förhållandet. Mot ifrågakomma uttolkning af *Böhmers* ord talar uttrycket: *amplius probare*, i andra punkten af det citerade stycket och ännu mer den af honom gillade formel, enligt hvilken käranden hade att bevisa. Därtill kommer, att man verkligen med tanke på det ena af de af *Böhmer* framhållna exemplen kan tala om en nödvändighet för käranden att bevisa hela fundamentum intentionis; då utfästelsen och det därvid knutna villkoret bilda ett oskiljaktigt helt, är det öfver hufvud ej möjligt att bevisa, såsom Glossatorerna sade, *puritatem* utan att på samma gång bevisa sjelfva utfästelsen. Denna af de olika momentens intima samband framgående nödvändighet är dock helt och hållet af faktisk, icke af rättslig natur; den beror icke därpå, att den till erkännandet knutna kvalifikationen betager erkännandet dess betydelse. Här om mera längre fram.

Sedan *Böhmer*, på sätt ofvan är intaget, utlåtut sig om ett kvalificerad erkännande, bestående af capita connexa, öfvergår han till att tala om ett erkännande, förbundet med en invändning; han ansluter sig därvid till sina föregångare:

«Dividi posse confessionem volunt, quoties qualitas, in possessione posita, diversum et separatum factum continet, veluti si, actore agente ex mutuo, respondeat, se quidem debere, sed actorem sibi rursus ex alio capita

obstrictum esse. Fundata est intentio actoris ex confessione rei, adeoque eam non tenetur probare, sed rursus adjecta qualitas pertinet ad exceptionem rei, quam ipse probare debet».

Häraf framgår ytterligare, hurusom *Böhmer*, enligt sin egen mening härutinnan stående på samma ståndpunkt som den äldre doktrinen, i frågan om det kvalificerade erkännandet såg en fråga angående bevisbördans fördelning och tillade distinktionen emellan capita connexa och capita separata betydelsen att lösa spörsmålet, huruvida limitationen anginge ett anspråks faktum eller utgjorde en invändning.

Det kan icke undgå någon, att enligt *Böhmers* och hans föregångares ofvan utvecklade teorier den odelbarhet, som beträffande ett capita connexa innehållande kvalificerat erkännande gjordes gällande, hänförde sig blott till bevisbördan och icke till bevisemat. Endast i det hänseendet skulle ett dylikt kvalificerat erkännande ej få delas, att käranden icke finge begagna sig af erkännandet till befrielse från skyldigheten att styrka dess innehåll men betunga motparten med bevisningen af limitationen; däremot var icke meningen, att käranden skulle styrka ej blott det moment, emot hvilket limitationen var riktad, utan jemväl det erkända. Odelbarhetsteorien i dess äldsta form var alltså, så vidt nu är i fråga, fullt riktig. Å andra sidan var förbudet emot delning alldeles öfverflödigt och farligt så till vida, som det till formen var egnadt att gifva upphof åt villomeningar, hvilka också verkligen däraf framkallats. Det är i och för sig klart, att, om en part erkänner ett faktum och bestrider ett annat, den omständigheten, att han erkänt, icke kan ådraga honom förpliktelsen att bevisa, hvad han bestridt;

och annat skulle ej sägas med satsen: *confessio qualificata. continens capita connexa, non est dividenda* etc. Hur en så enkel sanning kunnat klädas i en så egenomlig drägt, torde kunna förklaras endast på följande sätt. Med anledning af Glossans uttryck: *confessus pure*, har man tänkt sig tvenne arter af erkännande: *confessio pura* och *confessio qualificata*. Då nu vid ett (verkligt) erkännande en odelbarhet icke kan ifrågasättas, har man tillagt erkännandets båda arter attributet odelbarhet utan att därvid göra sig reda för, att *confessio qualificata* innehåller ett element, som icke är erkännande. Och då vidare det kvalificerade erkännandet i dess ursprungliga betydelse eller den art däraf, som består af *capita connexa*, redan från begreppets upprinnelse i Glossan sattes i motsats till ett erkännande jemte en invändning, och man beträffande denna sista kombination, vid hvilken bevisskyldigheten med afseende på de fakta, som erkännandet och invändningen angä, är delad emellan parterna, icke kunde påstå någon odelbarhet, föll detta attribut sig helt naturligt med hänsyn till *capita connexa*. Att det lätteligen lät sig missförstås till att afse icke bevisskyldigheten utan bevistemat, undanskymdes just genom den uppställda motsatsen emellan *capita connexa* och *capita separata*.

Hvad angår det af den äldre doktrinen gjorda försöket att lösa spörsmålet, huruvida det faktum, som limitationen rör, är att hänföra till anspråkets grund eller utgör föremål för en invändning, så måste samma försök anses förfeladt. Såsom vi nämnt, utmärkte man med *capita connexa* det fall, att den erkännande partens vederpart är beviskyldig både beträffande erkännandets och limitationens innehåll, att dessa således hänföra sig till

fakta, hvilka samtliga höra till anspråkets grund; vid capita separata skulle däremot limitationens faktum ligga utom denna grund. Capita connexa voro sådana fakta, hvilka tilldragit sig samtidigt eller omedelbart efter hvarandra; capita separata fakta, hvilka inträffat på olika tider, eller hvilka, om de följt omedelbart på hvarandra, dock icke voro af den art, att de närmare bestämde eller inskränkte hvarandra. Oafsedt att detta sätt för afgörande af förevarande spörsmål lemna mycket öfrigt att önska i fråga om bestämdhet, kommer därtill, att det i många fall leder till uppenbart oriktiga resultat. Vi erinra om begreppet rättshindrande fakta; dessa föreligga samtidigt med de rättsverkande men utgöra det oaktadt föremål för invändningar och måste alltså styrkas af den part, som åberopar dem. Om käranden stödjer sin talan på ett aftal, och svaranden påstår sig vid aftalets ingående ha saknat sitt förnufts fulla bruk, tillkommer det svaranden att styrka sitt anförande, och likväl åberopar svaranden här ett inre faktum, otillräknelighet, som varit samtidigt med de aftalet konstituerande viljeförklaringarna. Och liksom samtliga fakta ingalunda alltid höra till anspråkets grund, likaså är det ej gifvet, att fakta, hvilka tilldragit sig på olika tider, icke kunna ingå därunder. Om t. ex. käranden grundar sitt käromål på en suspensivt villkorlig utfästelse, är det hans sak att bevisa både utfästelsen, och att villkoret inträffat.

Ehuru, såsom vi sett, äfven den äldre läran om det qualificerade erkännandet var ett uttryck för sträfvan det att finna principer för bedömandet af hvad som hör till anspråkets grund eller faller därutom, kan dock icke betviflas, att denna lära haft ett ofördelaktigt inflytande; genom den förlorade man, på sätt en författare anmär-

ker ¹⁾, den riktiga synpunkten, «indem man nun sein Augenmerk richten sollte auf vorgeblich unterscheidende Merkmale, die aber gar nicht existirten, nämlich auf die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Limitation von dem Geständniss». Dessutom gaf, enligt hvad vi redan påpekade, satsen om det kvalificerade erkännandets odelbarhet anledning till missförstånd. Det låg nära till hands att af densamma draga slutsatsen, att det kvalificerade erkännandet icke fastställer de erkända momenten. Bland äldre författare är *Danz* ²⁾ målsman för denna uppfattning. Han säger beträffande ett af konnexa delar bestående kvalificerad erkännande: «Sie [parten] muss entweder mit dem Geständnisse, so wie es vorliegt, und also mit Inbegriff der hinzugesetzten Limitation zufrieden seyn, oder aber den ganzen Beweis des von ihr behaupteten Faktums übernehmen, und sich in die Lage versetzen, als ob die Einlassung gänzlich verneinend ausgefallen wäre».

Då det icke syntes vara möjligt att på ett tillfredsställande sätt bestämma skillnaden emellan capita connexa och capita separata, slog den tyska doktrinen, som företrädesvis sysslade med förevarande ämne, in på en annan väg ³⁾. Man bragte den vidare utvecklingen in på riktig stråt genom att formulera den fråga, som här är att besvara så, som den skall formuleras. I stället för att spörja, om ett kvalificerad erkännande finge delas eller ej, frågade man: innehåller det kvalificerade erkännandet ett bestridande eller en invändning? påkallar det således bevis af den erkännandes motpart eller af denne

¹⁾ *Francke*, a. a. sid. 15.

²⁾ Grundsätze des ordentlichen Prozesses, Stuttgart 1821, sid. 438 ff.

³⁾ *Bayer*, a. a.

sjelf? Och härmed följde, att man riktade sina bemödanden direkt på uppgiften att finna reglerna för bevisbördans fördelning emellan parterna.

I ett hänseende har teorien om det kvalificerade erkännandets odelbarhet länge visat sina verkningar, nemligen i fråga om begreppets bestämning. Man hade nu en gång fått för sig, att odelbarheten var något för det kvalificerade erkännandet karakteristiskt, och sökte därför draga sådana gränser för begreppet, att det med något skäl kunde göra anspråk på detta epitet ¹⁾. *Bolgianos* uttalanden äro i detta afseende synnerligen lärorika. Han skiljer emellan tre fall: 1) att svaranden erkänner anspråkets grund men tillika därmed förbinder en invändning; 2) att svaranden vidgår riktigheten af vissa motpartens faktiska påståenden och bestrider andra; samt 3) att svaranden, utan att inlåta sig på ett speciellt besvarande af motpartens faktiska påståenden, mot hans framställning af anspråkets grund sätter en annan, hvilken i vissa delar därmed öfverensstämmer men i andra därifrån afviker. Endast det tredje fallet innehåller, enligt *Bolgiano*, ett kvalificeradt erkännande. Såsom exempel därpå nämner han: käranden påstår försträckning, svaranden deposition, eller svaranden påstår en emot ho-

¹⁾ Jfr härom *Gönner*, *Linde*, *Francke*, anf. arb.; *Brackenhöft*, Über das qualifcirtc Geständniss, i Archiv für die civilistische Praxis, Bd 22, sid. 126 ff., 212 ff.; *Bolgiano*, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen deutschen Civilprocesses, München 1869, Abh. VII: Zur Lehre vom qualifizirten Geständniss, sid. 138 ff.; *Bayer* a. a.; *Osterloh*, Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Civilprocesses, Leipzig 1856, sid. 337; *Pöschmann*, Ueber die Natur des s. g. qualifcirtcn Geständnisses im Civilprozesse und dessen Einfluss auf die Beweislast, Leipzig 1863, § 17.

nom åberopad utfästelse ha gjorts beroende af ett suspensivt villkor, eller vid *actio emti* uppgifver svaranden, att han väl afslutat det ifrågavarande husköpet, men att icke allenast hus utan äfven trädgård därvid försålt, och att han icke kommit i besittning af trädgården. Däremot bör icke såsom kvalificerad erkännande betraktas fall, hvilka gå in under mom. 2; om därför A kräver B på grund af försträckning, som lemnats af C, hvilkens arfvinge A är, och B, med erkännande af försträckningen, bestrider, att A är C:s arfvinge, så kan man, enligt nämnde författare, icke tala om ett kvalificerad erkännande, utan här föreligger «eine gemischte Einlassung». Likaså vill *Bolghiano* utsluta det med en invändning förbundna erkännandet från ifrågavarande begrepps område. För att motivera detta sista framhåller han, att bevisbördan här träffar svaranden; och då det kvalificerade erkännandets egendomliga verkningar bestå i dess odelbarhet med hänsyn till bevisbördan, måste man inskränka begreppet till att omfatta utslutande sådana fall, i hvilka erkännandets tillsats angår ett faktum, som hör till anspråkets grund.

Häremot kan med skäl invändas, att begreppet kvalificerad erkännande icke får mera berättigande därigenom, att man låter det beteckna endast sådana fall, i hvilka motparten är bevisskyldig. Ett erkännande plus ett bestridande företer icke vid jämförelse med ett erkännande plus en invändning någon egendomlighet, som gör nödvändigt, att den förra kombinationen betecknas med ett särskildt namn. Den ena kombinationen medför lika litet som den andra någon afvikelse från de vanliga reglerna för bevisskyldigheten. Så vore förhållandet, om den odelbarhet, som man vill tillskrifva det kvalificerade

erkännandet, rörde icke bevisbördan utan bevisemat, om käranden hade att styrka hela grunden för sitt anspråk, alltså äfven den del däraf, som svaranden erkänt. Men sådan innebörd hade ej ens den äldre teorien om odelbarhet vid capita connexa, och ej heller *Bolgianos* mening är denna, hvarom han uttryckligen erinrar. *Bolgiano* synes å ena sidan ha klar blick för betydelsen af den svåra fråga, hvilken i förevarande materia inrymmes, att det nemligen kommer an på att afgöra, hvem som är bevisskyldig, då en part med vissa inskränkingar eller tillsatser vidgår riktigheten af motpartens faktiska påståenden. Å andra sidan vill han dock låta begreppet kvalificerad erkännande afse endast de fall, då det åligger den erkännandes vederpart att föra bevis angående de fakta, hvarom tillsatsen rör sig. Men är det väl afgjordt, hur det ställer sig med bevisskyldigheten, så är det ock slut med svårigheterna, och att nu draga fram termen kvalificerad erkännande är utan nytta. Vår mening torde bli fullt tydlig, om vi säga: då en part erkänner med vissa inskränkingar eller tillägg, så har man icke att spörja: föreligger ett kvalificerad erkännande (begreppet fattadt, såsom *Bolgiano* vill) eller en invändning? utan man har att uppställa frågan: föreligger, i den mån parten icke erkänt, ett bestridande eller en invändning? Med bestridandet och invändningen äro partens processuella försvarsmedel uttömda. Såsom etikett till utmärkande af kombinationerna: erkännande jemte bestridande eller erkännande jemte invändning, och det till dem sig anknyttande bevisskyldighetsspörsmålet kan termen kvalificerad erkännande, om än obehöflig, tolereras, men den bör icke begagnas till att beteckna blott den ena af dessa kombinationer och därvid uppträda med anspråk

på att angifva något för denna kombination speciellt egendomligt.

Riktigheten af sin bestämning, enligt hvilken invändningen bör hållas fjerran från begreppet, söker *Bol-giano* vidare ådagalägga, därigenom att han säger: «es wird hiedurch ¹⁾ nicht das Geständniss an sich, sondern nur die Wirksamkeit des Klagerechts affizirt, es wird nicht die eingestandene Thatsache durch den beigefügten Zusatz zweifelhaft gemacht, sondern das Recht des Klägers als unwirksam oder wieder aufgehoben dargestellt». Vi möta här en föreställning, som leder sina anor ända tillbaka till den fråga, hvilken gjorde Glossatorerna tveksamma, nemligen den om bevisskyldigheten, då svaranden uppgifver utfästelsen ha varit villkorlig. Här förefaller det, som om svaranden erkänt allt, hvad käranden anfört. Svaranden säger: jag har iklädt mig den af dig påstådda förpliktelsen, men jag har gjort det under ett villkor; och då man likväl, såsom Glossatorerna ville, och ännu i dag är den allmänna meningen, ålägger käranden att bevisa, det utfästelsen varit ovillkorlig, synes detta förhållande icke kunna uppfattas annorlunda, än att erkännandet af tillsatsen afficieras, förändrar karaktär. Men är då verkligen denna uppfattning riktig? Kan man någonsin vid ett kvalificerad erkännande tala om, att tillsatsen afficierar erkännandet. Enligt vår åsigt gör en begreppsförvexling sig här gällande. Man urskiljer icke med tillräcklig skärpa, hvad som utgör föremål för erkännandet. Detta har till innehåll fakta. För så vidt ena parten förklarar af motparten åberopade fakta vara riktiga, har han erkänt dem; de stå fast i rättegången.

¹⁾ D. v. s. då till ett erkännande fogas en invändning.

Ett till erkännandet fogadt tillägg kan emellertid angå ett faktum, som står i ett så innerligt förhållande till det erkända faktum, att detta i rättsligt afseende kvalificeras; det blir, juridiskt sedt, ett annat ¹⁾. Då nu den, som framställer ett anspråk, har att styrka dess grund, ådagalägga ett juridiskt faktum af sådan beskaffenhet, att det enligt lag gifver upphof till anspråket ifråga, och ett erkännande af ett dylikt juridiskt faktum icke är för handen, utan tvärtom förefintligheten däraf bestridd, är tydligt; att det erkännande, som föreligger, icke fritager anspråkets framställare från nödvändigheten att bevisa. Men han behöfver ingalunda bevisa, hvad motparten erkänt. Han behöfver därför icke bevisa samtliga de moment; hvaraf det juridiska faktum består, utan hans bevis har endast att rikta sig emot de moment, hvilka motparten till sitt försvar åberopar. Om verkligen de fakta, hvilka det kvalificerade erkännandets element, erkännandet och tillsatsen, afse, stå i ofvan angifna förhållande till hvarandra, så är väl sant, att den delbarhet i fråga om bevistemats, som vi här gjort gällande, i allmänhet i praktiskt hänseende ej har något värde. Bevis angående det ena momentet kan icke gerna föras, utan att därmed äfven det andra blir bevisadt. Men detta är något, som ej förmår inverka på det teoretiska bedömandet. Och såsom *Bolgiano* ²⁾ sjelf påpekar, är ej alltid, då ett kvalificerad erkännande enligt hans mening afgifvits, bevistemats delbarhet utan praktisk betydelse. Det är möjligt, att käranden med vittnen styrker, att försträckning egt rum, men att vittnena icke erinra sig, huru stort beloppet varit.

¹⁾ Exempel härpå få vi tillfälle att i nästa § lemna.

²⁾ a. a. sid. 152.

Man torde här af finna det vara mindre riktigt att vid ett kvalificerad erkännande i ifrågavarande trängre betydelse säga, att erkännandet afficieras af tillsatsen. Endast om man utgår därifrån, att i och med erkännandet anspråkets hela grund är inrymd, har man skäl att så uttrycka sig. Men ett dylikt antagande kan gifvetvis ej försvaras. Sönderdelar man det juridiska faktum i dess olika moment, skall man finna, att ett kvalificerad erkännande, innehållande, som man fordom sade, *capita connexa*, icke med hänsyn till bevisningen innebär något, som förtjenar framhållas framför det fall, att erkännande och invändning förknippas med hvarandra.

Hvad angår den uppfattning af begreppet kvalificerad erkännande, som framträdte hos svenske författare, anmärka vi först *Nehrman*, som behandlar kvalificerad erkännande såsom en art af *litis contestatio* ¹⁾. Han säger (sid. 198): «Så vida kärandens berättelse är sanfärdig; bör swaranden widgå then samma, hwilket kallas *litis contestatio affirmativa*. Men then är antingen simplex,

¹⁾ Inledning til then swenska Processum Civilem, Stockholm och Upsala 1751, i kap. XIV: «Om the twistande parters inlagor, skriftväxling, invänningar och genswar.» Sid. 196 bestämmer *Nehrman* *litis contestatio* såsom swarandens «genswar på kärandens påstående i hufwudmålet», och säger (sid. 197): «Thenna är twäggehanda: *negativa* eller *affirmativa*. Then förra kallas egenteligen *contestatio litis*; när swaranden nekar antingen *factum* eller *jus*, som käranden beropar sig på, och påstår, at han må sådant bewisa.» — Angående betydelsen af begreppet *litis contestatio* se för öfrigt inom den nordiska litteraturen en afhandling af *Wrede*: «Om begreppet *litis contestatio* och dess betydelse för den nyare processrätten», i Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland, Bd 19, sid. 127 ff., samt Bd 20, sid. 165 ff.

tå han medgifver *actoris* berättelse och påstående aldeles; eller *qualificata*. när en sådan *exceptio* tillägges, hvarmed *reus* tilstår fuller något af *actoris* berättelse, men giör likwål inkast emot thess påstående, hwarigenom thess påstådde rätt antingen aldeles upphäfwes eller minskes. När *litis contestatio affirmativa* är *simplex*; följer strax dom ther på; men *qualificata* har med sig *exceptiones peremptorias*. Med thessa *exceptiones peremptorias* söker swaranden til at uphäfwa och wederlägga *actoris* påstående, samt at han må warda befriad från thess tiltal, therföre säges the binda i hufwudsaken. The äro af twenne slag; ty antingen påstår swaranden, at *actor* aldrig haft någon rätt ther til; eller ock. at then rätt, som kāranden tilförne haft, är uphäfwen. These jäf böra ock bewisas af swaranden, som beropar sig på them: eljest äro the kraftlöse, 17 Cap. 33 § RB.» I kap. (20) «om egen bekännelse» yttrar *Nehrman* vidare (sid. 259): «Til at utforska, hwad wederdelomannen widgår eller nekar, måste *litis contestatio* ske. Thet *factum*. som swaranden tå widgår, fordrar intet vidare bewis.» — *Nehrman* har, såsom synes, haft den, enligt vår mening, riktiga blicken att icke upptaga det qvalificerade erkännandet såsom en underart af «egen bekännelse». Han har, så vidt man kan finna, stått främmande för tanken på ett af en tillsats afficieradt erkännande. Genom att inordna qvalificerad erkännande under *litis contestatio affirmativa* kommer *Nehrman* till en bestämning af ifrågavarande begrepp, som står i strid med den vanliga, enligt hvilken odelbarhet med hänsyn till bevisbördan är för det qvalificerade erkännandet utmärkande, och begreppet följaktligen endast omfattar erkännande af vissa, bestri-

dande af andra till anspråkets grund hörande faktiska moment.

Sistberörda uppfattning hyllas af *Naumann* ¹⁾. Han anser det kvalificerade erkännandet omfatta två fall. Det är antingen *partiellt*, i det att svaranden medgifver käromålet blott till en del; t. ex. svaranden erkänner skuld men till mindre belopp, än kâranden uppgifvit. Eller sker erkännandet af fakta, på hvilka vederparten grundar sitt påstående, «endast med vissa vilkor, som med rättsärendet vid dess afslutande uppgifvas hafva varit förbunde, eller med vissa förändringar och inskränkingar derutinnan». De exempel *Naumann* (sid. 639) anför på kvalificeradt erkännande enligt hans mening måste, på sätt nästa § kommer att utvisa, godkännas såsom riktiga.

I förut citerade «Anteckningar i juridiska ämnen, utgifne af en landtdomare» förekommer en ännu trängre begreppsbestämning, än den *Naumann* lemnar. Från begreppet afskiljas dels det partiella erkännandet och dels de fall, i hvilka det historiska faktum, som till grund för käromålet åberopas, kan i flere särskilda moment upplösas, samt svaranden förnekar riktigheten af ett eller flere bland dessa olika moment men erkänner de öfriga; här föreligger ett rent erkännande af vissa moment och ett rent bestridande af andra. I enlighet härmed bör man icke tala om kvalificeradt erkännande, då t. ex. svaranden, kräfd för ogulden köpeskilling, med erkännande i öfrigt förnekar riktigheten af det uppgifna köpeskillings-

¹⁾ Angående skillnaden i civilprocessen emellan ett kvalificeradt erkännande och en invändning, i Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning, utgifven af Christian Naumann (cit. härefter *N. T.*), Bd 10, sid. 634 ff.

beloppet. Ifrågavarande begrepp vill denne författare hafva inskränkt till att beteckna endast det fall, att svaranden, «på samma gång som han erkänner alla de af käranden uppgifna momenten eller några af dem, tillika framlägger uppgifter, hvilka icke afse ändring i käromålets särskilda delar, utan snarare innefatta svarandens egna, för käromålet, *sådant det blifvit framställt*, alldeles främmande tillägg eller vilkor, hvilka syfta till upphäfvande af den rättsliga verkan, som eljest skulle tillkomma det erkända käromålet». Då det af svaranden gjorda tillägget afser ett faktum, som utgör en integrerande del af anspråkets faktiska grund och således står i oskiljaktigt sammanhang med de faktiska moment, hvilka käranden till stöd för sin talan åberopat, faller tillägget tydligtvis inom området för kärandens bevisskyldighet; det med tillägget åsyftade faktum hade af käranden vid framställningen af sakförhållandet bort nämnas, och den omständigheten, att han härutinnan iakttagit förtegenhet, kan tydligtvis icke kasta bevisbördan öfver på svaranden. — Fattadt på detta sätt, kommer ett kvalificeradt erkännande att i yttre hänseende förete fullkomlig likhet med ett erkännande jemte en invändning; i båda fallen synes svaranden ha vidgått den af käranden anförda grunden. Men den inre väsentliga olikheten är uppenbar; under det att den till erkännandet fogade s. k. kvalifikationen angår nämnda grund, lemnar invändningen denna alldeles oberörd.

De fleste svenske författare, hvilka yttrat sig om det kvalificerade erkännandet, ha emellertid icke fattat begreppet så, att det blott utmärker fall, i hvilka beviskyldigheten åligger käranden. Äfven kombinationen erkännande jemte invändning har därunder inbegripits. Denna

ståndpunkt intages af *Lindblad* ¹⁾, *Schrevelius* ²⁾, *Broomé* ³⁾, *J. K.* ⁴⁾, *Afzelius* ⁵⁾, *Trygger* ⁶⁾ och *Nya Lagberedningen* ⁷⁾. Hit har man ock att räkna *Nordling* ⁸⁾, hvilken bestämmer det kvalificerade erkännandet såsom ett erkännande, «förenadt med återopande af ett motfaktum eller en modifikation eller tillägg till sakförhållandet, som upphäver eller inskränker den rättsliga betydelse, det erkända sakförhållandet eljest skulle ega». *Nordlings* uppfattning för öfrigt af det kvalificerade erkännandet står däremot, såsom en följd af hans åsigter öfver hufvud om beviskyldigheten, i afgjord strid med öfrige svenske författares; i annat sammanhang få vi lämpligare tillfälle att närmare härom orda.

Hvad nu beträffar vår egen mening om innebörden af begreppet kvalificerad erkännande, så framgår af det föregående, att vi — blott man fasthåller därvid, att begreppet icke involverar någon afvikelse från reglerna för beviskyldigheten — anse det i och för sig skäligen likgiltigt,

¹⁾ Om eget erkännande i civila och criminella mål, och den lagliga verkan deraf. Ak. afh., Upsala 1838, sid. 41 ff.; samt Läran om bevisning inför rätta, sid. 79 ff.

²⁾ Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilprocess, Lund 1853, sid. 264.

³⁾ Allmänna civilprocessen enligt svensk gällande rätt, 2 uppl., Lund 1890, sid. 179.

⁴⁾ Försök till framställning af den svenska bevisningsrätten, Lund 1871, sid. 164.

⁵⁾ Om betydelsen af «eget erkännande» i civilprocessen, i Tidsskrift for Retsvidenskab för 1889, sid. 112 ff.

⁶⁾ a. a. sid. 46 ff not. *Trygger* synes inskränka begreppet till att afse endast erkännande och invändning.

⁷⁾ Betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Andra delen. Stockholm 1884, sid. 286.

⁸⁾ a. a. sid. 25 ff.

hur man bestämmer detsamma. Det finnes emellertid ingen anledning att inskränka begreppet, vare sig på sätt, som skett i ofvan citerade uppsats af «en landtdomare», eller så, som *Bolgiano* eller *Naumann* vilja. Vi låta det därför omfatta först och främst sådana fall, i hvilka vissa moment af anspråkets grund erkännas, andra åter bestridas. Då dessa moment tillhopa bilda ett enda, sammansatt rättsfaktum ¹⁾, kläder anförandet sig i formen af en *negatio per positionem*; det föreligger «ett indirekt förnekande» ²⁾. Emot kärandens framställning af den faktiska grunden sätter svaranden en annan, i viss mån därifrån afvikande. Under det indirekta förnekandet inbegripes äfven det fall, att svaranden, med erkännande af allt hvad käranden anført, gör gällande ett modifierande moment, t. ex. ett villkor. Däremot torde icke med språkbruket öfverensstämma att tala om ett kvalificeradt erkännande, för den händelse svaranden af sjelfständiga fakta erkänner ett och bestrider ett annat; t. ex. svaranden vidgår en af käranden åberopad suspensivt villkorlig utfästelse men förnekar, att villkoret inträffat. — Såsom kvalificeradt erkännande beteckna vi vidare ett erkännande jemte en invändning. I allmänhet fattar man numera inom doktrinen begreppet så vidsträckt. Och att goda skäl tala härför, finna vi, om vi kasta en blick på lagstiftningens ställning i förevarande ämne.

Franska civillagen innehåller, som bekant, ett stadgande om kvalificeradt erkännande. Art. 1356 föreskrifver härom: *L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait*. I korthet sagdt innebär denna regel,

¹⁾ Se angående sammansatta rättsfakta *Trygger*, Om fullmakt såsom civilrättsligt institut, Upsala 1884, sid. 11 not 1.

²⁾ *Wetzell*, a. a. sid. 174.

att ett kvalificeradt erkännande icke får delas till skada för den part, som afgifvit detsamma, utan måste i dess helhet antingen tagas för sant eller lemnas utan afseende. Af intresse är att se, huru denna princip kommit till ¹⁾. Utgångspunkten för läran om det kvalificerade erkännandet bildar äfven i Frankrike Glossans uttalanden. Samma fråga, nemligen den, hvilken af parterna vore bevisskyldig, uppkastades äfven här och gaf anledning till mycken meningsstrid. Skillnaden emellan capita conexa och capita separata tillerkändes likaledes afgörande betydelse med hänsyn till bevisbördans fördelning. I Frankrike liksom i Tyskland lyckades man dock ej finna någon tillfredsställande princip för bestämmandet af gränsen emellan de båda indelningsledningarna. Men medan doktrinen i Tyskland häraf föranleddes att kasta öfver bord hela den lärda apparat, som användts till utforskande af odelbarhetskriterierna, och bragte den vidare utvecklingen på rätt väg genom att utmärka förevarande spörsmål för hvad det verkligen är, nemligen ett bevisskyldighetsspörsmål, vidblef man i Frankrike å ena sidan den oriktiga frågoformen: kan ett kvalificeradt erkännande delas? men löste å andra sidan svårigheterna vid frågans besvarande genom att kort och godt stadga, att ett kvalificeradt erkännande aldrig kan delas gentemot den, som afgifvit detsamma. — Den odelbarhetsgrundsats, som i Art. 1356 proklameras, har ej samma betydelse, som den, hvilken innefattades i satsen: *confessio qualificata, continens capita conexa, non est dividenda* etc.; den franska odelbarheten

²⁾ Se härom *Duttlinger*, Ueber das qualifizierte Geständniss im Civilprozeesse, besonders nach dem Landrecht, i Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung im Grossherzogthum Baden, Bd I (Freiburg 1830), sid. 186 ff.

afser icke det sjelfklara förhållandet, att, om den erkännandes motpart är bevisskyldig både i fråga om det erkända faktum och det i tillägget innehållna, erkännandet icke befriar från bevisbördan med afseende på sistberörda faktum, utan ifrågavarande grundsats går ut på att beröfva sjelfva erkännandet dess verkan att göra bevis öfverflödigt. Regeln angår äfvenledes kombinationen: erkännande och invändning. Ja, man kan säga, att den just har för ögonen denna kombination och blott med hänsyn till densamma är af intresse. Också är det på denna punkt, uppmärksamheten företrädesvis är riktad vid de nyare undersökningarna angående det kvalificerade erkännandets odelbarhet. Dessa påverkas hufvudsakligen af de tankar, hvilka ligga bakom den franska principen, hvilken har utöfyat stort inflytande på lagstiftning, doktrin och praxis i andra land samt tillvunnit sig å ena sidan öfverdrifvet beröm, å andra sidan väl hårdt och obetingadt klander. Men hur man nu än bedömer den franska grundsatsen, fasthållas måste, att, där icke positiv lag ¹⁾ fastslagit densamma, tillämpning däraf icke får ifrågakomma. I saknad af ifrågavarande regel har man, då ett kvalificerad erkännande föreligger, ej annat att göra än använda de vanliga bevisskyldighetsprinciperna. Den undersökning af det kvalificerade erkännandets odelbarhet, hvartill stadgandet i code civil gifver anledning, kan därför lämpligast företagas för sig och sparas till sist; mängden af de delvis ytterst intressanta synpunkter, hvilka till en sådan undersökning anknyta sig, nödvändiggör ock dess utförande i en särskild afdelning.

¹⁾ Den franska regeln är antagen i romanska Schweiz. Jfr därom *Scharter*, a. a. sid. 96 ff.

Med den franska civilrätten fick dess bestämmelse om det kvalificerade erkännandet insteg i Tyskland och lyckades därjemte på den partikulära processlagstiftningens område vinna terräng från de af «das gemeine Recht» hyllade åsigterna. Civilprocessordningen för tyska riket har emellertid brutit med denna bestämmelse. Dess § 262 innehåller:

«Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, dass demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel enthält.

Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständniss anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles.»

Lagrummets första del bestämmer, att ett sjelfständigt angrepps- eller försvars-medel, d. v. s. en invändning, som fogats till ett erkännande, icke betager detta dess verkan, hvilken bestämmelse tillkommit i ändamål att upphäfva för de delar af tyska riket, i hvilka fransk rätt gäller, denna rätts ofvannämnda stadgande ¹⁾. Beträffande betydelsen af ett tillägg till erkännandet, hänvisar lagen till bedömandet i hvarje konkret fall. Den tyske lagstiftaren har således å ena sidan velat hafva det kvalificerade erkännandet behandladt efter allmänna rättsgrundsatser i fråga om bevisbördan ²⁾ och å andra

¹⁾ Entwurf einer Civil-Prozess-Ordnung für das Deutsche Reich mit Motiven und Anlagen, Berlin 1874, vid § 252.

²⁾ Jfr härom *Petersen*, Die Civilprozess-Ordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, Zweiter Band, Lahr 1878, sid. 79 ff.

sidan icke funnit lämpligt söka uppställa någon formel till ledning för afgörandet, huruvida tillägget är att betrakta såsom en invändning eller ett bestridande. Häre synes lagstiftaren ha handlat alldeles riktigt, ty otvifvelaktigt är det lättare för det praktiska omdömet att in concreto träffa det rätta än för teorien att gifva en säker och omfattande regel.

Den nya österrikiska civilprocessordningen (af den 1 Augusti 1895) har valt samma väg som tyska civilprocesslagen. I § 266 heter det:

«Inwieferne ein — — Geständniss durch demselben von der Partei beigefügte Zusätze und Einschränkungen aufgehoben oder in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt wird, — — — ist vom Gerichte nach seinem durch sorgfältige Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu beurtheilen.»

I svensk, norsk och dansk rätt förekommer icke någon föreskrift angående kvalificerad erkännande; följaktligen har man att därpå bringa till användning de grundsatser, som sakens natur gifva vid handen.

§ 3.

Den föregående framställningen föranleder till uppställande af följande regler för det kvalificerade erkännandet ¹⁾:

1) De vanliga grundsatserna angående bevisbördans fördelning äro städse att bringa till användning; i det kvalificerade erkännandets natur ligger ej något, som gifver anledning till undantag från dem.

2) Det kvalificerade erkännandet består alltid af olika element och är i sjelfva verket ingenting annat än en formell förening af sådana. Af dessa element utgöres det ena städse af ett erkännande och det andra af ett bestridande eller en invändning.

3) Det kvalificerade erkännandet är alltid, för att nu begagna den vedertagna termen, delbart i den meningen, att de erkända fakta icke behöfva bevisas, medan bevis kräfves beträffande de i erkännandets tillägg innehållna fakta, af den erkännande, så framt dessa senare fakta utgöra föremål för en invändning, och af vederparten, därest de höra till anspråkets grund.

Bortsedt från den franska odelbarhetsmaximen och de därmed samband egande spörsmålen, anknyter sig intresset i läran om det kvalificerade erkännandet till

¹⁾ Enahanda satser uppställas redan af *Duttlinger* och *Francke*, anf. arb.

frågan, hur man skall kunna afgöra, om en omständighet inrymmes i anspråkets grund eller bildar en invändning. Med hänvisningen till begreppen rättsverkande rättshindrande och rättsupphäfvande fakta samt uppvisandet af grunderna för denna klassifikations betydelse för bevisskyldigheten är ingalunda gjordt allt hvad som göras kan för besvarandet af sagda fråga. En för alla fall tillämplig regel torde väl icke kunna gifvas, men beträffande den utan all jemförelse viktigaste gruppen af juridiska fakta, nemligen rättshandlingarna, har man uppstått mera ingående teorier för bevisskyldighetens ordnande.

Två sådana teorier stå emot hvarandra; de förete olikhet med hänsyn till den utsträckning, hvori de ålägga part, som på en rättshandling stödjer ett anspråk, skyldigheten att bevisa. För den händelse svaranden påstår, att rättshandlingen haft annat innehåll, än kändanden uppgifver, uttalar sig *Römer* ¹⁾ på följande sätt: «Hier ist der den Anspruch Erhebende beweispflichtig; denn hier ist eben nicht dasjenige Rechtsgeschäft zugestanden, auf welches der Anspruch gegründet wird, sondern in Form des Anführens eines anderen Rechtsgeschäfts jenes Rechtsgeschäft (indirekt, motivirt) geleugnet; der den Anspruch erhebende darf das von dem in Anspruch Genommenen angeführte Rechtsgeschäft nur so, wie es von Letzterem angeführt ist, oder gar nicht für sich benutzen, zerreißen darf er es nicht. Wohl zu beachten ist, dass oben gesagt ist «*dieses* Rechtsgeschäft». Darin liegt das Erfor-

¹⁾ Das sog. qualifizierte Geständniss nach der Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichtshöfe namentlich des Reichsoberhandelsgerichts, i Archiv für die civilistische Praxis, Bd 62, sid. 150 f.

dermess, dass das Rechtsgeschäft als ein *einheitliches* erscheint, auch wenn es so gelautet hat, wie der in Anspruch Genommene anführt. Nur in diesem Falle enthält dieses Anführen ein Leugnen *des* Rechtsgeschäfts, auf welches der Anspruch begründet ist, nicht aber auch dann, wenn das Anführen des in Anspruch Genommenen ein zweites Rechtsgeschäft neben dem zur Begründung des Anspruchs angeführten geltend macht». — Enligt *Römer* kommer det således an på, om hvad svaranden påstår, är af den beskaffenhet, att det afficierar, gör till en annan den rättshandling, som käranden åberopar, eller om det icke står i sådant förhållande till denna rättshandling utan utgör en särskild rättshandling vid sidan om den förra.

Reinhold ¹⁾ utvecklar detta närmare genom att taga till hjälp begreppen *essentialia* och *accidentalialia negotii*. Om differensen emellan parternas framställning af den ifrågavarande rättshandlingen angår ett *essentiale*, ligger däri en negation af anspråkets grund, då rättshandlingens identitet är beroende af dess *essentialia*. En afvikelse beträffande *accidentalialia* har däremot icke denna verkan; den åberopade rättshandlingen är därmed icke ifrågasatt utan blott en bibestämmelse, hvars förekomst eller frånvaro icke utöfvar inflytande på rättshandlingens karaktär.

En annan teori har uppstälts redan af *Sibeth* ²⁾. Käranden åligger det, enligt denna, att bevisa rättshand-

¹⁾ Die Lehre von dem Klaggrunde etc., sid. 94 ff. — Så ock redan *Gönner*, a. a. sid. 395 ff.

²⁾ Skizze einer neuen Theorie der Klagen und deren Bestreitungen, Rostock 1799. Arbetet har icke varit oss tillgängligt, men en framställning af *Sibeths* åsigter har *Gönner*, a. a., lemnat. Jfr ock *Francke*, a. a. sid. 28 f.

lingens existens och innehåll samt i senare afseendet dess «Selbstsey», «Ganzsey» och «Nurseyn», d. v. s. dess art, att det innehåller alla de bestämmelser, hvilka kåranden åberopat, och att det icke innehåller några andra bestämmelser. — Till liknande resultat i fråga om kårandens bevisskyldighet kommer *Pöschmann*. Han utgår ¹⁾ därifrån, att den, som grundar ett anspråk på ett aftal, har att fullständigt framlägga aftalets innehåll. För att fixera begreppet fullständighet härvidlag tänker han sig tvenne punkter, nemligen begynnelse- och slutpunkterna för afgifvande af de viljeförklaringar, hvarigenom kontrahenterna sig emellan ordna det ifrågavarande rättsförhållandet. Allt, som faller inom dessa båda punkter, bildar det ur aftalet framgångna rättsförhållandets faktiska grundval, förhandlingsmaterialet. Om svaranden förnekar någon del af detta material, sådant det af kåranden framstålts, eller med erkännande af det af kåranden förebragta materialet påstår, att det ej inrymmer förhandlingen i dess helhet, är kåranden bevisskyldig; svarandens anförande har således egenskapen af ett bestridande. Åberopar svaranden åter någon omständighet, som icke faller inom förhandlingsmaterialet, föreligger en invändning, för hvilken svaranden är bevispliktig. Sin teori sammanfattar *Pöschmann* kort och klart i följande ord (sid. 28): «Es ist Lügner des Klaggrundes, sobald Beklagter Unwahrheit oder Unvollständigkeit der Verhandlungsdarstellung des Klägers in relevanten Punkten bis zu dem Momente des Geschäftsabschlusses behauptet, dagegen Exception, wenn er Unklagbarkeit des Geschäftes auf Grund ausser-

¹⁾ a. a. sid. 26 ff.

halb der eigentlichen Verhandlung liegender Thatsachen vorwendet» ¹⁾).

Olikheten emellan de båda teorier, hvilka vi ofvan tecknat, är ingalunda i praktiskt afseende betydelslös; i viktiga delar kommer man, allt efter som man väljer den ena eller andra, till skilda slutsatser. Innan vi påvisa detta och söka bedöma dem båda, torde vara lämpligt att bestämma det område, inom hvilket de vid sitt reglerande af bevisskyldigheten öfverensstämma; i anslutning härtill få vi tillfälle ingå på särskilda fall af kvalificerad erkännande och kasta en blick på den uppfattning, som i vårt lands domstolspraxis framträd.

Till *essentialia* i en rättshandling hänför man dess natur, subjekt och objekt.

Beträffande först rättshandlingens natur, är man allmänt ense om att ålägga den, som på en rättshandling af uppgifven art grundar ett anspråk, bevisskyldighet, därest motparten påstår, att den rättshandling, som emot honom åberopas, varit af annan beskaffenhet, så att anspråket icke är befogadt. Här kan ej gerna råda något tvivel om, att ett bestridande *per positionem* föreligger. I denna riktning går ock svensk praxis, till bevis hvarför vi anföra några rättsfall.

A ²⁾ yrkade redovisning för belopp, som B på grund af A:s invisning å A:s kassakreditiv uttagit. B uppgaf, att han mottagit beloppet såsom betalning för försträckning, som B förut lemnat A genom att för hans räkning betala C ett motsvarande belopp. Häradsrätt och Hofrätt

¹⁾ *Pöschmanns* teori gillas af *Seuffert*, a. a.

²⁾ Se Nytt juridiskt arkiv, utgifvet af *G. B. A. Holm*, (cit. *H. A.*) 1875, sid. 323.

biföllo A:s talan, enär B icke visat, att han på ett eller annat sätt guldit ifrågavarande belopp. Högsta Domstolen yttrade däremot (i enlighet med Nedre Revisionens betänkande), att, som emot B:s påstående, att han af A mottagit beloppet af ifrågavarande invisning såsom betalning för motsvarande belopp, som B förut för A:s räkning utgifvit till C, A icke ådagalagt något förhållande, på grund hvaraf det finge anses åligga B att för invisningens belopp till A redovisa, ogillades A:s talan.

A ¹⁾ stämde B med yrkande, att enär, sedan fråga uppstått emellan parterna om handel af stadsfastighet, A, under förutsättning, att formligt köp skulle komma att upprättas, i förskott å köpeskillingen till B lemnat 1,000 kronor, men A sedermera funnit sig icke kunna vidhålla sitt anbud, till följd hvaraf något köp emellan parterna icke kommit till stånd, B måtte förpliktas återbetala berörda 1,000 kronor. B genmälde, att han förbehållit sig att såsom säkerhet för köpeaftalets fullgörande å A:s sida och för den förlust, B kunde genom aftalets brytande tillskyndas, erhålla ifrågavarande belopp, som skulle tillfalla B, därest A icke inom föreskrifven tid fullgjorde aftalet. Hofrätten biföll krafvet af skäl, att det vore ostridigt, att A såsom afbetalning å tillämnade köpet lemnat B 1,000 kronor, och att köpet icke kommit till stånd, samt att B, som på den grund bestridit käromålet, att A skulle förbundet sig låta B behålla nämnda 1,000 kronor, därest det ifrågasatta köpet ej blefve afslutadt, icke ådagalagt riktigheten af detta sitt påstående. Högsta Domstolen kom till motsatt slut på den grund, att A, emot hvad B, såsom förut är nämndt, uppgifvit

¹⁾ H. A. 1879, sid. 405.

rörande beskaffenheten af det vid omtvistade beloppets öfverlemnande till honom fästa aftal, icke styrkt, att B mottagit beloppet med förbindelse att, om det ifrågasatta köpet icke komme till stånd, återbetala beloppet, äfven i händelse A blefve den, som förorsakade, att köpet icke fullbordades ¹⁾).

I dessa båda rättsfall bestod B:s svar af ett erkännande jemte ett bestridande; till emottagandet af omstämda beloppet hänförde sig det förra, medan det senare angick beskaffenheten af det aftal, enligt hvilket beloppets öfverlemnande egt rum. I fråga härom var rätteligen käranden bevisskyldig. På enahanda sätt förhåller det sig i det vanligen såsom exempel på qualificeradt er-

¹⁾ I Högsta Domstolen var meningsskiljaktighet. Fyra Justitieråd voro (lika med N. Rev.) af den mening, som innefattas i ofvan anmärkta dom; tre Justitieråd faststälde Hofrättens dom. — I *H. A.* 1886, sid. 95, refereras ett rättsfall, vid hvilket hänvisas till det från *H. A.* 1879, sid. 405, här ofvan anmärkta. De båda fallen ha emellertid, att döma af referaten i *H. A.*, ingenting med hvarandra gemensamt. I det nu ifrågavarande angick saken återbekommande af ett penningbelopp, hvilket lemnats såsom handpenning vid muntligt aftal om — sedermera icke fullbordadt — köp af fast egendom. Svaranden påstod icke, att beloppet öfverlemnats enligt öfverenskommelse, att han, i händelse köpet icke komme till stånd, skulle få behålla det samma; han endast sökte göra gällande, att i sjelfva begreppet handpenning låge, att om köparen utan giltig anledning bröte aftalet, rätt till handpenningens återfående ginge förlorad. Vid sådant förhållande kunde icke åläggas käranden någon bevis-skyldighet. — Se ock *H. A.* 1880, sid. 53; *N. T.* 1865, sid. 54. — I tysk praxis är man likaledes af den åsigten, att ett bestridande föreligger, om svaranden uppgifver, att rättshandlingen haft en annan karaktär. Se rättsfall hos *L. Seuffert*, *Kommen-tar zur Civilprozessordnung für das Deutsche Reich*, 7 uppl., München 1895, sid. 374.

kännande anförda fall, att käranden yrkar utbekommande af en sak, under uppgift, att den lemnats såsom depositum, medan svaranden påstår, att han köpt samma sak eller erhållit den till skänks ¹⁾. Käranden är här pliktig att bevisa, det aftalet haft den af honom uppgifna karaktär. Man får icke, såsom stundom sker, resonnera så, att, som svaranden vidgått sig hafva mottagit saken och icke styrkt sitt påstående om gåfva, kärandens yrkande måste bifallas. Ty yrkandet stödjdes icke därpå, att svaranden mottagit saken — den omständigheten, att en person bekommit en sak, utgör i och för sig icke någon grund för, att han skall återställa densamma — utan därpå, att han erhållit den såsom depositum. Sedan käranden fullgjort sin bevisskyldighet, står det svaranden fritt att ådagalägga aftalets af honom uppgifna beskaffenhet; svarandens bevis härutinnan har egenskapen af motbevis.

Tydligt är, att ett kvalificeradt erkännande icke kan sägas vara för handen, om svarandens anförande angår en helt annan rättshandling, än käranden åberopar, d. v. s. parternas påståenden röra ej samma faktiska förlopp. I sådan händelse kan så mycket mindre bli tal om ett kvalificeradt erkännande, som svaranden öfver

¹⁾ Kongl. Maj:ts dom den 4 Juni 1829, anmärkt af *Hasselrot*, Handelsbalken, Stockholm 1893, sid. 9. — Hvad särskildt angår det fall, att svaranden bemöter yrkande att utlemna gods eller penningar, som han bekommit af dåmera afliden person, med påstående om gåfva, se bland andra rättsfall *N. T.* 1873, sid. 366; *H. A.* 1894, sid. 637. Uti det exempel, som i *N. T.* 1873, sid. 382, framställes, bör väl icke kunna ifrågasättas annat, än att svarandens uppgift om gåfva utgör en invändning, som alltså bör af honom bevisas. Jfr uppsatsen i samma årgång af *N. T.*, sid. 634 ff.

hufvud taget icke yttrat sig öfver grunden till motpartens anspråk.

Till väsentliga moment vid en rättshandling hörde vidare subjekten. Då det anspråk, som i rättegång framställes, måste tillkomma kändanden emot svaranden, och det gifvetvis icke är tillräckligt, att den ifrågavarande rättigheten öfver hufvud uppkommit för en person emot en annan, höra till den faktiska grund, som kändanden till stöd för sitt anspråk måste åberopa, fakta, enligt hvilka rättigheten står kändanden till buds emot svaranden, vare sig den nu ursprungligen uppstått för kändanden eller till honom öfvergått från annan person. Ett erkännande af anspråket, förenadt med ett bestridande af dess relation till parterna såsom berättigade och förpliktade subjekt, innefattar alltså en negation af ett till anspråksgrunden hörande faktum, för hvilket kändanden är bevisskyldig. Divergensen emellan parterna i fråga om rättsförhållandets subjekt, kan taga sig den särskilda form, att svaranden påstår annan jemte sig eller kändanden vara subjekt. Så vida icke de jemte hvarandra berättigade eller förpliktade äro detta in solidum, föreligger i denna händelse en negation af anspråksgrunden, hvarvid likväl icke får förbises, att därest anspråket går ut på något, som kan delas, bestridandet icke behöfver föranleda anspråkets underkännande i dess helhet.

Ett fall, som i detta sammanhang bör och plägar behandlas, är det, att svaranden säger, att han eller kändanden kontraherat icke i eget namn utan i uppgifven egenskap af ombud för annan. Hur domstolarna i vårt land bedöma en dylik casus, visar referatet i *H. A.* för 1875, sid. 406.

S. yrkade, att, som han efter anmodan af Professorren vid veterinärinstitutet K. verkställt uppmätning och värdering af institutets fasta egendom, K. måtte åläggas därför utgifva ersättning. K. svarade, att han vid uppdragets lemnande uttryckligen tillkännagifvit, att arbetet skulle utföras för institutets räkning, hvadan han icke vore personligen ansvarig. Högsta Domstolen (lika med Hofrätten) ådömde K. betalningsskyldighet och anförde såsom skäl därför, så vidt nu är i fråga, att K., som medgifvit, att han anmodat S. att verkställa ofvannämnda värdering, icke styrkt, att han därvid tillkännagifvit, det arbetet skulle ske för direktionens vid veterinärinstitutet räkning.

Inom doktrinen är man ej enig om, hvem beviskyldigheten i förevarande fall rätteligen tillkommer. Den herskande meningen ¹⁾ ålägger emellertid käranden att bevisa, att han och svaranden kontraherat i eget namn, emedan, såsom tyska Reichsgericht motiverat detta, «ett kontraherande i eget och ett kontraherande i annans namn äro olika sjelfständiga begrepp och gifva upphof åt olika rättsförhållanden». Den uppfattning af beviskyldigheten, som häri framträd, vederlägges efter vårt förmenande icke genom hvad *Fitting* ²⁾ däremot anført. Enligt hans åsigt åligger det svaranden att styrka aftalets ingående i annans namn, ty det är regel och det normala, att den, som sluter aftal, äfven träffas af dess följder, och att verkningarna af aftal, som avslutas i annan persons namn, icke inträda för den handlande sjelf utan

¹⁾ *Pöschmann*, a. a. sid. 21; *Römer*, a. a. sid. 160; *Reinhold*, Die Lehre von dem Klaggrunde etc., sid. 96 n. fl. Så ock tysk praxis, *L. Seuffert*, a. a. sid. 374.

²⁾ a. a. sid. 58.

för denne andre, beror på en undantagsföreskrift, hvars faktiska förutsättningar böra bevisas af den, som på desamma sig beropar. Detta resonnemang synes oss innehålla ett förbiseende däraf, att till de faktiska förutsättningarna för, att ett aftal skall framkalla sina verkningar emellan dem, hvilka afsluta detsamma, hör, att det icke uttryckligen tillkännagifves eller af beledsagande omständigheter framgår, att någon af de handlande uppträder såsom ombud. Visserligen är det vanligast, att då personer kontrahera, de göra det för sig sjelfve, men detta kan icke verka därhän, att då part bestrider de faktiska betingelserna för uppkomsten af ett rättsförhållande mellan honom och motparten, den senare fritages från att bevisa. Däremot behöfver han vid fullgörandet af sin bevisskyldighet icke särskildt ådagalägga frånvaron af uttrycklig förklaring, det part handlat för annan, eller af omständigheter, hvilka häntyda derpå; förekommer icke något därom, så har aftalet framkallat sina rättsliga verkningar för de kontraherande ¹⁾.

På samma sätt som föregående fall har man att bedöma det, att svaranden, emot hvilken ett anspråk framställes på grund af ett aftal, som han icke sjelf, utan annan i hans namn ingått, bestrider, att denne tredje egt befogenhet uppträda såsom ombud ²⁾.

Till rättshandlingens väsentliga innehåll hänför man vidare objektet. I påståendet, att objektet är ett annat, än käranden uppgifvit, ligger obestridligen en negation af anspråkets grund. Sedan gammalt ³⁾ anföres såsom

¹⁾ *Römer*, a. a. sid. 160.

²⁾ Så tysk praxis enligt *Römer*, a. a. sid. 162.

³⁾ *Gönner*, a. a. sid. 400; *Brackenhöft*, a. a. sid. 215; *Reinhold*, Die Lehre von dem Klaggrunde etc., sid. 97.

exempel härpå, att part på yrkande om utbekommande af köpeskilling för ett hus svarar, att han för fordrade beloppet tillhandlat sig ej blott hus utan äfven mobilier. Här är utan allt tvifvel kändan pliktig bevisa, att köpet afsett endast huset. Likaledes åligger beviskyldigheten kändan, om svarandens differentierande uppgift angår icke kändans utan svarandens egen prestation; de ömsesidiga prestationerna äro nemligen lika väsentliga moment af aftalets innehåll. Vidgår alltså svaranden husköpet, men säger, att köpeskillingen bestämts icke till 100 utan till 50, måste kändan bevisa. Rättsfall bestyrka det sagda.

A ¹⁾ yrkade att af B utfå resterande liqvid för levererad kalk efter beräkning af 40 öre för 47 skålpund. B uppgaf, att han erlagt full liqvid, i ty att priset öfverenskommit till 40 öre per kubikfot med vigt 67 skålpund. Högsta Domstolen (lika med Hofrätten) ogillade A:s talan, enär A icke mot B:s bestridande visat, att betalningen för kalkpartiet skulle annorlunda beräknas än efter 40 öre kubikfot ²⁾.

Detta rättsfall leder oss in på ett närstående spörsmål, nemligen om beviskyldigheten, då kändan fordrar skäligt pris, och svaranden uppgifver, att öfverenskom-

¹⁾ *H. A.* 1875, sid. 573.

²⁾ Två ledamöter yttrade, att, enär ingendera parten styrkt sin å vederdelosidan bestridda uppgift om det aftal, som vid varans betingande skulle hafva skett angående priset, och följaktligen tvisten om B:s skuldbelopp borde bedömas så, som hade icke något sådant aftal blifvit slutet; alltså och på i öfrigt anförda skäl utdömdes fordrade beloppet. Se ock *H. A.* 1881, sid. 138.

melse skett om visst lägre pris. I detta afseende anföras vi följande rättsfall ¹⁾).

A yrkade utbekomma visst belopp för tryckalster. B. påstod, att öfverenskommelse träffats om prisberäkning, och ville i enlighet härmed betala endast ett lägre belopp; hvaremot A förnekade, att om priset blifvit aftaladt. Råd-stufvurätten fann, enär emot B:s bestridande icke blifvit styrkt, det B utfäst sig att för ifrågavarande tryckalster betala högre pris, än B. uppgifvit, och på i öfrigt anförda skäl, käromålet icke kunna i vidsträcktare mån bifallas, än att B förpliktades utgifva hvad han erbjudit. Hof-rätten åter utlät sig, att enär B icke mot vederpartens bestridande gittat styrka sin uppgift, att aftal angående priset blifvit vid beställningen träffadt; ty och då genom vittnesmål måste anses ådagalagdt, att det i räkningen upptagna pris icke vore för högt beräknadt, blefve A:s talan bifallen. Högsta Domstolen fastställde Hofrättens dom.

En annan uppfattning har, såsom det synes oss, på synnerligen goda grunder framträtt i tysk praxis ²⁾. Det saknas i sjelfva verket giltiga skäl för att bedöma nu förevarande fall annorlunda än det, att öfverenskom-melse om pris ostridigt träffats, och divergensen emellan parterna angår prisets belopp. Fasthåller man, att till köpeaftalens natur hör consensus i fråga om köpeobjekt och pris, och att, därest sådan consensus icke är för handen, ett köpeaftal ej kommit till stånd, så framgår häraf, att åt underlåtenheten att vid köp bestämma pris icke kan gifvas annan betydelse, än att parterna tacite äro öfverens om skäligt pris. Den, som fordrar skälig

¹⁾ *H. A.* 1880, sid. 36. Jfr *H. A.* 1879, sid. 17.

²⁾ *L. Seuffert*, a. a. sid. 374; *Römer*, a. a. sid. 158.

betalning, åberopar alltså ett tyst aftal, som berättigar honom härtill, och han måste därför såsom vanligt styrka aftalets existens. Detta gör han genom att ådagalägga innehållet af de aftalet bildande viljeförklaringarna. — Å andra sidan hålla vi före, att, om det står fast, att parterna varit öfverens om skäligt pris, svaranden, därest han påstår, att kâranden fordrat mer, än skäligt är, har att visa detta; denna reglering af bevisskyldigheten står i öfverensstämmelse med den tolkning, man måste gifva åt aftalet.

Lika därmed, att svaranden uppgifver lägre pris ha aftalats, än kâranden fordrar, torde man böra behandla det fall, att svaranden säger, det han vid prisbestämningen betingat sig rabatt ¹⁾, ty det synes ej rimligt att ordna bevisskyldigheten annorlunda, om svaranden vidgår skuld af 100 med 5 % afdrag, än om han erkänner utfästelse af 95.

I läran om det kvalificerade erkännandet upptager man vanligen *exceptio non* och *non rite adimpleti contractus*, om hvilkas rätta natur olika meningar yppat sig. Då fordran, som grundas på ett ömsesidigt aftal, göres gällande, och svaranden bemöter anspråket med påståendet, att kâranden ännu icke presterat, uppstår frågan, hur man har att bedöma denna s. k. *exceptio non adimpleti contractus*. Den äldre uppfattningen ²⁾ gick ut därpå, att här icke förelåg en invändning utan ett bestridande af grunden för anspråket. Man utgick därifrån, att kâranden till stöd för sitt anspråk hade att anföra, det han å sin sida redan presterat; den betalningsrätt, som till-

¹⁾ Så Reichsoberhandelsgericht enligt *Römer*, a. a. sid. 157

²⁾ Se t. ex. *Francke*, a. a. sid. 45 ff.

komme hvardera kontrahenten, vore knuten till det villkoret, att han sjelf fullgjort sin förpliktelse. Denna uppfattning är emellertid numera allmänt öfvergifven, såsom stående i strid med aftalets innehåll, enligt hvilket hvardera kontrahenten är ovillkorligen berättigad att fordra prestation mot egen prestation och icke blott berättigad under det villkor, att han sjelf uppfyllt sin förbindelse ¹⁾. Härmed måste antagandet, att *exceptio non adimpleti contractus* innefattar ett bestridande, förfalla. Den är, såsom *Reinhold* anmärker ²⁾, «eine Retentions-einrede wegen eines connexen Gegenanspruchs». Men häraf följer naturligtvis icke, att svaranden skall visa, det käranden icke presterat; en dylik reglering af bevis-skyldigheten vore orimlig. Svaranden behöfver ej göra annat än hänvisa till aftalet, enligt hvilket äfven käranden är gäldenär, och åligger det sedan käranden att styrka, det hans förbindelse är fullgjord ³⁾. Lika med *exceptio non adimpleti contractus* har man att bedöma *exceptio non rite adimpleti contractus*. Part, hvilkens anspråk ur ett ömsesidigt aftal mötes med en invändning, att han icke behörigen presterat, är i samma ställning, som om hans yrkande bemötts med påståendet, att han ej alls presterat; en bristfällig prestation är nemligen att anse lika med ingen. Käranden åligger det alltså att bevisa, det prestationen varit kontraktsenlig, och ej omvänt svaranden, att prestationen varit behäftad med fel.

¹⁾ Så ock *Trygger*, Lagsökning för gäld (Inbjudningsskrift till Juris Doktors-promotionen i Upsala den 6 September 1893), sid. 30 f.

²⁾ Die Lehre von dem Klaggrunde etc., sid. 71.

³⁾ Jfr *Windscheid*, Lehrbuch, Bd 2, sid. 203 ff.

Då orten, där en prestation skall fullgöras, är att berakta såsom en väsentlig bestämning hos prestationen, följer häraf, att käranden har att i fall af invändning i detta afseende visa, hvad aftalet härom innehåller.

Utgör rättshandlingens objekt en storhet, som låter upplösa sig i delar, hvilka endast till kvantiteten men icke till kvaliteten skilja sig från det hela, så kan ett kvalificerad erkännande med hänsyn till objektet vara delvis ett erkännande, delvis ett bestridande. Detta är förhållandet, då svaranden i ett krafsmål säger sig vara skyldig en mindre summa, än käranden fordrar; i anseende till den ringare kvantiteten råder öfverensstämmelse mellan parterna, och käranden behöfver styrka sin fordran endast i den mån, den öfverskjuter det erkända beloppet. Men saken gestaltar sig annorlunda, så framt den kvantitativa storheten står i förhållande af motprestation till en annan odelbar prestation ¹⁾. Om käranden påstår sig för 100 ha sålt ett hus, men svaranden säger sig för nämnda summa ha köpt hus jemte mobilier, eger käranden icke begagna svarandens erkännande af köpe-skillningens belopp på det sätt, att käranden fördelar beloppet på hus och mobilier efter deras värdeförhållande sinsemellan och gör anspråk på den del däraf, som på huset sig belöper.

Till de resultat med hänsyn till bevisbördans fördelning, hvilka vi ofvan framlagt, kommer man, oafsedt hvilken af de båda förut anmärkta teorierna man hyllar. Olikheten emellan dem framträder först, då fråga uppstår att afgöra beviskyldigheten beträffande s. k. bibe-stämmelser. Enligt den ena af dessa teorier har man,

¹⁾ *Brackenhöft*, a. a. sid. 215.

såsom redan är antydt, att skilja emellan rättshandlingens *essentialia* och *accidentalialia*. De förra bilda rättshandlingens väsentliga innehåll, äro föremål för hufvudbestämmelser; de måste styrkas af den, som på rättshandlingen sig beropar. Till *essentialia* höra sådana punkter, hvilka äro för rättshandlingen så väsentliga, att utan dem en rättshandling af denna art icke skulle föreligga ¹⁾. *Accidentalialia* åter bilda rättshandlingens oväsentliga innehåll, utgöra sådana punkter, hvilka väl äro med rättshandlingen förenliga men icke af dess natur påkallade; de sägas vara föremål för bibestämmelser ²⁾. Enligt *Reinhold* ³⁾ modifiera bibestämmelserna de regelmässiga, ingen särskild fastställelse erfordrande rättsliga verkningarna af en hufvudrättshandling. De ha, bortsedt därifrån, att de förutsätta en hufvudrättshandling, en sjelfständig karaktär; de grunda undantag från regeln och måste därför enligt den bevisskyldigheten normerande allmänna principen om förhållandet emellan regel och undantag bevisas af den, till hvilkens förmån de träffats, alltså, om de utvidga en rättighet, af den berättigade och, om de inskränka rättigheten, af den förpliktade.

Denna teori, som i fråga om bevisskyldigheten gör skillnad emellan hufvud- och bibestämmelser och således icke pålägger den, hvilken på grund af ett aftal framställer ett anspråk, förpliktelsen att styrka aftalets hela innehåll, tro vi vara riktig och öfverensstämmande med den uppfattning, som af svenske jurister allmänt hyllas. Men om teoriens tillämpning i särskilda fall kunna meningarna visserligen vara mycket delade, hufvudsakligen

¹⁾ *Windscheid*, Lehrbuch, Bd 1, sid. 233.

²⁾ *Windscheid*, l. c.

³⁾ Die Lehre von dem Klaggrunde etc., sid. 85, 94, 106.

till följd af den obestämdhet, som vidlåder begreppet bibestämmelser. Företrädesvis beträffande villkor och tidsbestämningar framträder denna meningsskiljaktighet. Vi skola därför något utförligare med dem sysselsätta oss; detta så mycket hellre, som utredningen härutinnan sprider ljus öfver sjelfva grunden till ifrågavarande åtskilnad.

Sedan gammalt spelar i läran om det kvalificerade erkännandet spörsmålet om bevisskyldigheten med hänsyn till villkor och tidsbestämningar hufvudrolen. Härvid vill man ganska allmänt olika bedöma villkor och tidsbestämningar samt suspensiva och resolutiva villkor. Vid sådant förhållande är lämpligast att vid framställningen behandla de särskilda fallen hvar för sig.

Hvad angår det suspensiva villkoret ¹⁾, ha vi sett, hurusom redan Glossan uppkastade frågan, hvilken af parterna hade att bevisa, och besvarade densamma så, att käranden, den som på aftalet grundade ett anspråk, vore bevisskyldig. Detta har alltsedan dess varit den herskande meningen, om ock icke oemotsagdt. *Gesterding* ²⁾ och *Fitting* ³⁾ ha uttalat sig i annan riktning. *Gesterdings* åsigt är i korthet följande. Ett aftals frihet från villkor hör icke till «Klagegrund»; det är till-

¹⁾ Efter *Windscheid* (Lehrbuch, Bd 1, sid. 234) definiera vi det suspensiva villkoret såsom ett till en viljeförklaring fogadt tillägg af innehåll, att den afsedda rättsliga verkans inträdande göres beroende af en viss omständighet. Villkoret är resolutivt, när rättsförhållandets upphörande är gjordt beroende af en omständighet. Med namnet villkor betecknar man äfven berörda omständighet.

²⁾ a. a. sid. 134 ff. Liknande uppfattning har redan förut framburits af *Claproth*, Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Process, Göttingen 1779, sid. 238 f.

³⁾ a. a. sid. 55 f.

räckligt, att kâranden visar, att aftalet slutits, och att svaranden förpliktat sig gentemot kâranden. En bestämmelse om villkor är att likställa med omständigheter sådana som bedrägeri, villfarelse, tvång; liksom part, hvilken till sin befrielse anför en dylik omständighet, har att styrka densamma, så är det dens sak, hvilken påstår utfästelsen ha gjorts under ett villkor, att ådagalägga villkorsbestämmelsen. Endast de fakta, hvilka regelmässigt förutsättas för uppkomsten af en rättighet, behöfva bevisas men icke frånvaron af hinder för verkan af dessa fakta. — *Fitting* yttrar sig i samma anda; en villkorsbestämmelse faller under en rättssats, som har karaktären af undantag och i öfverensstämmelse med grundsatsen, att en rättssats' faktiska förutsättningar måste styrkas af den, som därpå sig beropar, tillhör det icke kâranden att visa aftalets frihet från villkor utan svaranden att visa villkorsbestämmelsen.

Här förekommer åter en användning af principen om undantag och regel, som icke kan godkännas. I en viss mening må man väl säga, att den normala följden af ett aftal är att framkalla en rättslig verkan, som är oberoende af villkor — i den nemligen, att då ej något i förevarande afseende vid aftalet förekommer, detta är att uppfatta såsom ovillkorligt. Men häraf synes man oss icke under annan förutsättning kunna draga någon slutsats med hänsyn till bevisskyldigheten, än att man utgår därifrån, att den med ett aftal afsedda rättsliga verkans oafhængighet af villkor icke utgör ett moment i viljans innehåll. Förhåller det sig så, har man att uppfatta det villkorliga aftalet på det sätt, att man däri inlägger två särskilda aftal: ett principalt, som går ut på att rätt och slätt framkalla en rättslig verkan, och ett

accessoriskt, som knyter den af det principala aftalet framgångna verkan till ett villkor. Är denna konstruktion riktig, så är tydligt, att ett erkännande af en villkorlig utfästelse belastar den erkännande med bördan att styrka villkorsbestämmelsen. Detta s. k. kvalificerade erkännande innefattar nemligen då ett erkännande af det principala aftalet jemte en uppgift om det accessoriska, och att svaranden får bevisa det senare, beror därpå, att detta spelar rolen af ett rättsinskränkande faktum, som måste bevisas af den, till hvilkens förmån det länder. — Men denna konstruktion är icke riktig. Den i en rättshandling, hvartill villkorsbestämmelse icke fogats, förklarade viljan går ut på en — af hvarje villkor oberoende — rättslig verkan; viljan ställer sig icke neutral med afseende på denna punkt utan har äfven den till innehåll. Å andra sidan är den villkorliga viljeförklaringen en enhetlig viljeförklaring; «*sic ist nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines so und so gceigenschafteten, eines bedingten Willens*» ¹⁾. Då alltså viljeinnehållet vid den villkorliga rättshandlingen är kvalitativt ett annat än vid den ovillkorliga, är ock sjelfva den villkorliga rättshandlingen en annan än den ovillkorliga. Därmed är gifvet, att svaranden, då han uppgifver utfästelsens villkorliga beskaffenhet, bestrider den af kåranden åberopade grun-

¹⁾ *Windscheid*, Lehrbuch, Bd 1, sid. 235. Denna uppfattning af den villkorliga viljeförklaringens natur är numera den allmänna. Med ännu större skärpa framhålles enhetligheten af *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, erste Abtheilung, Marburg 1888, sid. 175 ff.

den för anspråket; han negerar *per positionem*. Käranden åligger det följaktligen att bevisa ¹⁾.

Lika med det suspensiva villkoret har man att betrakta en tidsbestämning af samma beskaffenhet, d. v. s. ett tillägg till en viljeförklaring af innehåll, att den rättsliga verkan skall inträda först i en viss tidpunkt. I fråga om tidsbestämningen ej mindre än i fråga om villkoret gäller, att viljans enhetlighet ej däraf påverkas; äfven den med en tidsbestämning förbundna viljeförklaringen är icke förklaringen af en första och en andra vilja utan förklaringen af en på visst sätt beskaffad vilja. Konsekvensen häraf är med hänsyn till bevisskyldigheten, att svaranden, som gör gällande en tidsbestämning af ifråga-

¹⁾ Jfr *Enneccerus*, a. a. sid. 186 f. -- Till samma resultat i fråga om bevisbördans fördelning, men med annan motivering, kommer man enligt den s. k. perfektionsteorien. Man tvistar, som bekant, därom, huruvida sjelfva rättshandlingens existens eller blott dess rättsliga verkan är beroende af villkoret. Ett suspensivt villkor har, säga de, som hylla den förra meningen, den betydelsen, att rättshandlingen är upprättad eventuellt, för den händelse en viss omständighet inträffar; rättshandlingen är således perfekt, först då denna omständighet föreligger. Häraf framgår, att i påståendet om ett suspensivt villkor ligger en negation af en perfekt, till fullbordan kommen rättshandling och alltså ett bestridande af anspråkets faktiska grund. — Här ha vi ej tillfälle att ingå på dessa med en djupare uppfattning af rättshandlingsbegreppet i närmaste sammanhang stående spörsmål. Jfr *Windscheid*, Lehrbuch, Bd 1, sid. 235 not 3 a; *Enneccerus*, a. a. sid. 187 ff.; *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877, sid. 76 ff.; *Reinhold*, Die Lehre von dem Klagrunde etc., sid. 99 ff. I tysk praxis är den i texten förfäktade regleringen af bevisskyldigheten antagen, enligt *L. Seuffert*, a. a. sid. 374. I samma anda uttala sig svenska jurister. Se Anteckningar i juridiska ämnen, utgifne af en landtdomare, sid. 35; *Naumann*, i *N. T.* Bd 10, sid. 639.

varande art, icke behöfver bevisa utan kan fordra bevis af motparten ¹⁾. Att märka är, det sagda fördelning af bevisbördan är grundad i den uppfattning af tidsbestämningens natur, enligt hvilken rättighetens uppkomst, ej blott dess utöfning anknutits till en viss tidpunkt. Om man anser tidsbestämningen ha städse endast den betydelsen, att en redan till existens kommen rättighet icke får förr än i ett visst tidsmoment göras gällande, måste man följdriktigt komma till annat resultat. Tidsbestämningen utgör då föremål för en särskild, sjelfständig bibestämmelse; om en enhetlig vilja kan ej vara tal, det föreligger förklaring af en första och en andra vilja, hvar den, som till sin förmån åberopar denna andra viljeförklaring, har att styrka dess afgifvande. Giltiga skäl synas emellertid icke vara för handen till att bedöma den suspensiva tidsbestämningen annorlunda än det suspensiva villkoret; den omständigheten, att vid den förra den rättsliga verkan är viss, medan vid villkoret samma verkan är oviss, kan icke härvid vara afgörande. Dock, äfven om man hyllar den här förfäktade uppfattningen af den suspensiva tidsbestämningen, har man att därifrån skilja ett *pactum de non petendo in tempus*; detta utgör ett biaftal, hvarigenom den berättigade förbinder sig att under en viss tid icke göra sin redan förvärfvade rättighet gällande ²⁾. Då t. ex. vid försträckning viss dag till be-

¹⁾ Så *Windscheid*, Lehrbuch, Bd 1, sid. 271 not 2; *Enneccerus*, a. a. 211 ff.; *Römer*, a. a. sid. 166 ff. Af annan mening, bland andra *Reinhold*, Die Lehre von dem Klaggrunde etc., sid. 104 f.

²⁾ Denna åtskilnad göres af *Windscheid*, Lehrbuch, Bd 1, sid. 272 not 5, samt efter honom af *Enneccerus*, a. a. sid. 215 f., och *Römer*, l. c.

talning utsättes, föreligger ett sådant pactum, hvilket invändningsvis måste åberopas och i fall af behof styrkas af gäldenären; i och med försträckningen har nemligen rättigheten att återfordra det försträckta uppstått, och tidsbestämningen kan ej ha annan egenskap än den af ett biaftal ¹⁾).

Beträffande det resolutiva villkoret är man nästan allmänt af den åsigten, att bevisskyldigheten, i motsats mot hvad förhållandet är vid det suspensiva, åligger svarenden. Denna mening torde dock icke vara riktig, utom för den händelse man godkänner den uppfattning af det resolutiva villkoret, som i allmänhet anses vara nedlagd i de romerska rättskällorna ²⁾). Enligt berörda uppfattning är det resolutiva villkoret ett suspensivt villkor, fogadt till en viljeförklaring, som afser att upphäfvva ett genom en annan samtidig viljeförklaring till lif kalladt rättsförhållande. I ett aftal af innehåll, att en person säljer till en annan under villkor, att köpet skall gå åter, om en viss för den förre gynsam händelse inträffar, ingå i öfverensstämmelse härmed följande element: ett obetingadt köpeaftal — hufvudaftalet — och ett biaftal, hvarigenom säljaren förbehåller sig att i visst fall få lösa det förtytrade åter. Att man med denna åsigt måste

¹⁾ In concreto kan det tydligtvis vara svårt att afgöra, huruvida en tidsbestämning angår rättighetens uppkomst eller blott dess utöfning. På sätt *Römer* anmärker, måste man in dubio anse, att det senare är fallet, då vid ömsesidiga aftal blott den ene kontrahenten erhåller anstånd med sin prestation, ty man kan ej gerna antaga, att meningen varit, det den enes förpliktelse skulle uppkomma genast, den andres först efter en tid.

²⁾ Se härom *Römer*, a. a. sid. 164 f.; *Reinhold*, Die Lehre von dem Klaggrunde etc., sid. 103 f.

ålägga svaranden skyldighet att bevisa det resolutiva villkoret, torde svårligen kunna förnekas ¹⁾. Romerska rättens ställning till förevarande fråga må emellertid vara hvilken som helst — det förefaller, som man med icke mindre skäl beträffande det resolutiva än beträffande det suspensiva villkoret kan säga, att det bildar tillsammans med den viljeförklaring, till hvilken det knutits, ett oskiljaktigt helt. I påståendet om ett resolutivt villkor ligger således ett förnekande, att en rättshandling, sådan som motparten åberopar, kommit till stånd; detta påstående utgör icke en invändning, för hvilken parten själf är bevispliktig, utan ett bestridande af anspråkets faktiska grund och påfordrar följaktligen bevis af motparten ²⁾. Från sjelfva villkorsbestämmelsen bör man skilja villkorets inträffande; då detta moment icke bildar någon integrerande del af rättshandlingen utan ett senare, fullkomligt fristående faktum, är svaranden tydligtvis därför beviskyldig. *Pöschmanns* slutsats härifrån och till åläggande

¹⁾ Se emellertid *Planck*, Lehrbuch, Bd 1, sid. 328, och Motiverna till Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, sid. 250 f. och 384.

²⁾ Så vilja *H. Seuffert*, a. a. sid. 353 ff.; *Römer*, a. a. sid. 164 ff.; *Planck*, Lehrbuch, Bd 1, sid. 328; och principiellt *Pöschmann*, a. a. sid. 33 f., ordna beviskyldigheten. Äfven Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, bestämmer beviskyldigheten på detta sätt. § 196 lyder nemligen: «Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, hat zu beweisen, dass dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zu Stande gekommen ist, auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet, dass das Rechtsgeschäft in anderer Weise, insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangstermines oder Endtermines errichtet worden sei.

för svaranden af processuella grunder att styrka äfven sjelfva villkorsbestämmelsen är uppenbarligen förfelad ¹⁾. Slutsatsen stöddes därpå, att ett bevis om villkorets inträffande är utan betydelse, så framt det ej tillika står fast, att aftalet varit villkorligt. Härvid förbises, att, om käranden, emot hvad svaranden anfört, vidhåller aftalets frihet från villkor, alltså fortfarande stödjer sin talan på ett ovillkorligt aftal, den omständigheten, huruvida det påstådda villkoret inträffat eller ej, med hänsyn till grunden för käromålet icke kommer i betraktande; om däremot käranden tager svarandens uppgift angående aftalets beskaffenhet för god, påbördar han i och med detsamma svaranden beviset för, att villkoret inträddt. Under den senare förutsättningen äro parterna ense om den faktiska grunden för anspråket, och svaranden måste, så vidt hans anförande går ut på, att det ostridigt uppkomna rättsförhållandet upphört, styrka denna sin invändning. I verkligheten kommer väl alltid förhållandet att gestalta sig på detta sätt, då käranden icke lär underlåta att åtminstone eventuellt — för den händelse han icke skulle lyckas ådagalägga, att aftalet lydt så, som han uppgifvit — ändra grunden för sin talan till öfverensstämmelse med hvad svaranden andragit; men häri kan man, enligt hvad det föregående gifver vid handen, icke se ett stöd för den meningen, att bevisskyldigheten i fråga om villkorsbestämmelsen omkastats.

Hvad ofvan yttrats om det resolutiva villkoret, är i allo tillämpligt på den resolutiva tidsbestämningen, då bådas rättsliga natur är densamma.

¹⁾ Såsom redan *H. Seuffert*, och *Planck*, l. c., påpekat.

I det föregående ha vi anslutit oss till deras läger, hvilka anse käranden bevisskyldig, då svaranden åberopar en villkors- eller tidsbestämmelse. Därmed är icke sagdt, att ej en *conditio* eller *dies* är att hänföra till *accidentalialia negotii*; tänker man vid skillnaden emellan *essentialia* och *accidentalialia* på viljeförklaringens yttre innehåll och med de förra förstår sådana punkter, i hvilka viljan måste vara tillkännagifven, för att en rättshandling af ifrågavarande art skall föreligga, medan de senare utgöra punkter, med afseende på hvilka detta icke är erforderligt, måste man tydligen inordna *conditio* och *dies* bland *accidentalialia* ¹⁾. Men då de in concreto förekomma, äro de så till vida *essentialia*, som de gifva den rättshandling, med hvilken de förenats, en annan gestalt, göra den till ett annat species. I den meningen kan man således icke kalla dem *accidentalialia*, att de förändra den regelmässiga verkan af en rättshandling; ett villkor och en tidsbestämning modifiera icke ett rättsförhållande, hvar till en annan rättshandling gifvit upphof, utan utgöra en integrerande del af just denna senare rättshandling. Härutinnan eger ett annat förhållande rum med sådana bestämmelser, hvilka verkligen hänföra sig till *naturalialia negotii*; då dessa s. k. *naturalialia* utgöra rättsliga verkningar, hvilka den objektiva rätten anknyter till rättshandlingen, alltså icke bilda en beståndsdel af rättshandlingens innehåll, kunna ej heller de förfoganden, hvar igenom verkningarna af rättshandlingen på annat sätt gestaltas, utgöra en integrerande del däraf. Såsom ett *naturale* framstår t. ex. vid köp säljarens förpliktelse att

¹⁾ Jfr angående begreppen *Haupt-* och *Nebenbestimmung*, *Enneccerus*, a. a. sid. 212 ff.

prestera eviction. Denna förpliktelse framgår af köpeaftalet enligt en rättssats, som har en subsidiär karaktär, d. v. s. uttalar hvad som skall gälla, för den händelse kontrahenterna icke annorledes förordna ¹⁾. Part, som i rättegång gör gällande nämnda förpliktelse, stödjer sig härvid omedelbart på lagens bud, och det åligger tydligtvis motparten att styrka framställt påstående, det lagbudets tillämpning är i förevarande fall utesluten genom därpå riktad öfverenskommelse.

Såsom af den föregående framställningen synes, kommer det, enligt vår mening, vid bestämmandet af bevisskyldigheten i de fall, då till grund för ett anspråk ligger en rättshandling, an på viljeförklaringens eller, rättare sagdt, den i rättshandlingen förklarade viljans enhetlighet.

Denna teori sammanfaller ingalunda till resultatet med den af *Pöschmann* uppställda. Enligt denna är, efter hvad redan är antydt, kâranden pliktig att fullständigt framlägga förhandlingsmaterialet eller hela den rättsligt relevanta komplex, som faller inom de båda punkter, hvilka betecknas af det moment, då kontrahenterna börja att ordna det ifrågavarande rättsförhållandet sig emellan, och det, då detta förhållande föreligger ordnad. Kâranden drabbar därför bevisbördan, om svaranden påstår, att aftalet innehållit mer, än kâranden uppgifvit. Begreppet bibestämmelser förlorar härmed sin betydelse. Af kâranden kräfves bevis, ej blott då svaranden hänvisar till villkor och tidsbestämningar, utan äfven då han t. ex.

¹⁾ Angående begreppet subsidiär rätt: *Bülow*, Dispositives Civilprocessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, i Archiv für die civilistische Praxis, Bd 64, sid. 1 ff., särskildt sid. 71 ff.

anför ett *pactum de non petendo* eller ett förbehåll om rätt att rygga aftalet. — Mot denna uppfattning torde med fog kunna anmärkas, att den fäster sig vid det till grund för anspråket liggande förloppets yttre enhet i stället för att taga hänsyn till viljeförklaringarnas inre förhållande till hvarandra. Deras egenskap af rättsverkande, rättsutvidgande eller rättsinskränkande fakta mister sin betydelse, utan att någon anledning till den häraf följande utsträckningen af kändens beviskyldighet står att finna. En sådan anledning kan man icke se däri, att svaranden, då han har att bevisa en bibestämmelse, som med hufvudviljeförklaringen bildar i yttre måtto ett helt, icke kan undgå ådagalägga äfven den senare ¹⁾); denna, svaranden icke betungande, faktiska omöjlighet att göra bibestämelsen ensam för sig till föremål för bevis berättigar uppenbarligen icke till att betunga känden med en honom enligt allmänna regler icke åliggande bevisbörd.

Hvad angår bevistemat i sådana fall, då det kvalificerade erkännandet innefattar ett bestridande af anspråkets faktiska grund, måste däraf, att nämnda erkännande städse är i anseende till bevissatsen delbart, dragas den slutsatsen, att känden icke behöfver bevisa hela den faktiska grunden utan endast de moment däraf, till hvilka bestridandet hänför sig ²⁾. Inom doktrinen har man emel-

¹⁾ *H. Seuffert*, a. a. sid. 350 ff., lägger hufvudvigten på «das Wie des Beweises», «die Möglichkeit einer getrennten Beweisung mehrerer auf einen Vorgang sich beziehenden Behauptungen».

²⁾ Sålunda har, då känden af svaranden fordrar utkommande af 100, hvilka lemnats i försträckning, och svaranden säger sig ha erhållit beloppet såsom gåfva, känden ej att visa

lertid varit synnerligen tveksam om bevistemats formulering, då svaranden vidgår utfästelse men uppgifver, att den gjorts beroende af ett villkor ¹⁾. Man har påstått, att kändanden icke har af nöden att visa utfästelsens frihet från villkor; han behöfver blott styrka sitt eget påstående, nemligen att svaranden förpliktat sig. Att ålägga honom bevis i förra afseendet, vore detsamma som att påbördas honom bevis om motsatsen af det positiva faktum, hvori vederpartens negation inneslutes, och skulle därför stå i strid med grunderna för bevisskyldigheten. — Gifvet är, att därest svaranden ikläder sitt bestridande af det till grund för anspråket liggande faktum formen af en uppgift om ett annat faktum, t. ex. åberopar ett alibi, svarandens påstående icke kan — med fasthållande af detta exempel — göra till bevistema för kändanden, att svaranden icke vid ifrågavarande tillfälle befunnit sig å den af honom angifna ort. Denna omständighet saknar i och för sig betydelse för saken. Men lika med nämnda exempel bör man icke bedöma nu förevarande fall. Genom att bevisa utfästelsens frihet från villkor bevisar kändanden ej endast motsatsen till svarandens positiva uppgift, han bevisar äfven, hvad han sjelf påstått. Den, som framställer ett anspråk på grund af ett köpeaftal utan att nämna något om villkor, har därmed åberopat ett ovillkorligt köpeaftal, hvilket tydligt visar sig däraf, att svarandens utsaga om aftalets villkorlighet uppfattas såsom en negation. Kändandens bevistema belastas således ej annat, än att öfverlemmandet af fordrade beloppet haft karakteren af försträckning; han behöfver hvarken visa, att svaranden mottagit beloppet, eller dettas storlek.

¹⁾ Åt denna fråga egna särskildt *Gesterding*, a. a. sid. 152 ff., och *Boljiano*, a. a. sid. 156 ff., en utförlig undersökning.

obehörigen, om det får till innehåll aftalets frihet från villkor. Däremot skulle käranden med skäl kunna klaga öfver, att honom ålades bevisa för mycket, därest till bevisterna valdes aftalet i dess helhet, sådant det af honom framstälts. Han finge på detta sätt styrka jemväl sådana moment, hvilka svaranden erkänt.

Med bevistemat uti ifrågavarande fall får icke för-
vexlas sättet, hvarpå käranden fullgör sin bevisskyldighet. Han har otvifvelaktigt gjort hvad på honom ankommer, om han med urkund eller vittnen ådagalägger, att aftal slutits, utan att, så vidt urkunden innehåller, eller vittnena veta att berätta, någon bestämmelse om villkor träffats; då de af käranden presterade bevissmedlen icke lemna någon upplysning härom, kan domstolen ej antaga annat, än att ett från villkor fritt aftal kommit till stånd. I materiellt hänseende är följaktligen differensen emellan de ofvan framlagda åsigterna icke så synnerligen stor, spörsmålet har företrädesvis intresse från formell synpunkt, då beviset anordnas genom ett särskildt, bevissatsen upptagande beslut.

Med några ord beröra vi härefter den ofta förekommande frågan om bevisskyldigheten, då part, kräfd för köpeskilling, uppgifver, att denna är betald. Man kan ingalunda blott med hänvisning till, att betalning är ett rättsupphäfvande faktum, lägga bevisbördan på svaranden. Denne åligger väl alltid att bevisa, om hans påstående går ut på, att han betalt, först efter det han erhållit det köpta, men annorlunda gestaltar sig förhållandet, om uppgiften innehåller, att betalningen skett samtidigt med det köptas emottagande. Uppfattar man — hvilket torde vara det rätta — köp såsom ett aftal, i hvilket viljeförklaringarna äro närmast riktade, icke på uppkomsten af

en obligation, för säljaren att utlemna en sak och för köparen att betala en summa penningar, utan på utbyte af en sak emot ett penningbelopp ¹⁾, följer häraf, att svarenden går fri från att bevisa; hans sistberörda uppgift innefattar icke en invändning om betalning utan ett bestridande, att den af kåranden åberopade förpliktelsen kommit till stånd. I enlighet med denna uppfattning har beviskyldigheten bedömts i ett rättsfall, refererad i *H. A.* för 1876, sid. 463. Högsta Domstolen (lika med Hofrätten) ogillade på den grund säljares yrkande om utbekommande af köpeskillning, att emot köparens uppgift, det han vid köpslutet om ifrågavarande hästar, selar och vagn till fullo erlagt betingade köpeskillningen, annat förhållande icke blifvit ådagalagdt. Att här förklara ²⁾ den säljaren åliggande beviskyldigheten såsom en konsekvens af den förmenta principen om det kvalificerade erkännandets odelbarhet, är ej tillfredsställande; säljaren måste bevisa helt enkelt därför, att köparen bestridt grunden för anspråket. Om en odelbarhet kunde med skäl blifva tal, endast så framt säljaren måste bevisa grunden för sitt anspråk, oaktadt köparens uppgift om betalning hade karaktären af en verklig invändning. Men denna mening har, oss veterligen, icke vunnit insteg i svensk praxis. Häremot kan icke åberopas, att domstolarna ofta på annat sätt bedöma beviskyldigheten, i det att köparen anses böra styrka sitt

¹⁾ *Windscheid*, Lehrbuch, Bd 2, sid. 403: Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag. Er ist gerichtet auf Umsatz einer Sache gegen Geld. Verkaufen heisst: erklären dass ein Anderer eine Sache haben (nicht bekommen) und dafür Geld zahlen solle; kaufen heisst: erklären, dass man Geld zahlen und dafür eine Sache erhalten wolle.

²⁾ *Hasselrot*, a. a. sid. 8 f.

påstående, det han betalt, ehuru detta innehåller, att betalningen skett samtidigt med det köptas emottagande. Man får nemligen icke förbise den stora rol, presumptionen spelar i förevarande fall. Om, till följd af det ifrågakomna förhållandets särskilda beskaffenhet eller hvad upplyst blifvit om det emellan parterna vanliga, sannolikheten talar för, att kredit lemnats, bör visserligen köparen bevisa, att hans förpliktelse upphört ¹⁾. Häri ligger dock, enligt den riktiga, förut antydda uppfattningen af presumptionens betydelse, icke någon omkastning af beviskyldigheten; i rättegången äro nemligen fakta fastställda, af hvilka man drager den slutsatsen, att en obligation uppstått för köparen att erlægga den betingade köpesumman, och att nu denne senare finnes böra bevisa, står i full öfverensstämmelse med regeln, att den, som säger ett rättsförhållande ha upphäfts, måste styrka detta.

Slutligen omnämna vi, att det kvalificerade erkännandet kan innefatta, utom ett erkännande, på en gång både ett bestridande och en invändning, för hvilken händelse man talat om en dubbel kvalifikation ²⁾. Exempel härför lemna det fall, att i ett krafsmål svaranden vidgår, att han erhållit försträckning men endast till en del af fordrade beloppet, samt beträffande denna del uppgifver, att öfverenskommen betalningstid ej är inne. Svarandens anförande låter här upplösa sig i ett erkännande, ett bestridande och en invändning; bestridandet hänför sig till det belopp, hvarmed den af käranden fordrade summan öfverskjuter den af svaranden erkända, och invändningen har till innehåll ett emellan parterna ingånget *pactum de non*

¹⁾ Jfr rättsfall i *H. A* 1876, sid. 310.

²⁾ *Francke*, a. a. sid. 40.

petendo. Käranden är tydligtvis i första rummet skyldig att ådagalägga, det svaranden i försträckning bekommit den öfverskjutande summan; har käranden gjort detta, kommer turen till svaranden att styrka sin invändning, hvarvid likväl är att märka, det svaranden i alla händelser, så framt han vill, att kärandens talan skall i sin helhet underkännas, har att föra bevis. Hithörande kombinationer förete stundom ett ganska kompliceradt utseende, men om dem, ej mindre än om det enkelt kvalificerade erkännandet, gäller, att de allmänna reglerna för bevisbördans fördelning äro tillämpliga.

§ 4.

I Frankrike ledde, såsom redan är antydt, den inom doktrinen rådande osäkerheten angående kriterierna för det kvalificerade erkännandets delbarhet eller odelbarhet till uppställandet i code civil af regeln: *L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait*. Därmed hade emellertid möjligheten af de gamla tvifvelsmålen icke utestängts; regeln gaf tvärtom anledning till, att ifvern för ifrågavarande ämne å nyo vaknade till lif och tog sig uttryck i nya undersökningar, delvis gående i de gamla fårorna. Då det syntes mången hardt när orimligt att tillämpa Art. 1356 i alla de fall, i hvilka till ett erkännande fogas ett tillägg, således äfven i sådana fall, då erkännandet och tillägget innefatta, såsom man tidigare sade, *capita separata*, d. v. s. angå fakta, hvilka icke samtliga höra till anspråkets grund, sökte man tolka stadgandet så, som om det endast afsåge att föreskrifva en odelbarhet i samma mening som den, hvilken inne-slöts i satsen: *confessio qualificata, continens capita connexa, non est dividenda* etc. En blick på några af dessa försök torde bidra till belysning af vårt ämne.

Duttlinger ¹⁾ utgår därifrån, att med erkännande förstås en förklaring af ena parten, att de fakta, hvilka

¹⁾ a. a. sid. 382 ff.

motparten lagt till grund för sitt angrepp, *helt* eller *delvis* äro sanna; utom erkännandets område falla däremot påståenden om fakta, hvilka icke höra till grunden för motpartens anspråk. I enlighet med denna bestämning har man att inom begreppet erkännande särskilja två arter: det rena erkännandet, som hänför sig till grunden i dess helhet, och det kvalificerade erkännandet, som fastställer endast en del af de grunden utgörande faktiska momenten. Den senare arten har enligt *Duttlingers* förmenande det franska lagbudet i sigte. Dess innebörd blir på detta sätt denna: den erkännandes motpart kan, då erkännandet består af två delar, af hvilka den ena innefattar ett vidgående af vissa faktiska moment, den andra däremot ett bestridande af vissa andra moment, icke sålunda skilja emellan de båda delarna, att han behandlar hvad den erkännande vidgått, som om det vore bevisadt, men i anscende till det bestridda kastar bevisbördan på den erkännande. — Hela denna deduktion hvilar på en bestämning af begreppet erkännande, som omöjligen kan godkännas. I den kommer till uttryck den af *Gönners*, såsom vi redan i annat sammanhang antydt, med rätta ogillade uppfattningen af det kvalificerade erkännandet såsom blott en underart af erkännandet. Därvid förbises, att det kvalificerade erkännandet består af olika element, hvilka väl kunna till följd af sin formella förening betecknas med ett gemensamt namn, men hvilka för öfrigt icke låta sig intvingas under samma synpunkt. Partens svar på, hvad motparten andragit, är erkännande, så vidt det innehåller ett förklarande, att de af denne åberopade fakta äro riktiga; hvad därutöfver i svaret infattas är något annat än erkännande, nemligen antingen bestridande eller invändning. Den franska rätten lika

litet som någon annan afviker från sagda med det allmänna föreställningssättet och språkbruket öfverensstämmande tolkning af begreppet erkännande. Då lagen därför förbjuder att dela på ett erkännande, menas uppenbarligen icke ett verkligt eller s. k. rent erkännande utan ett kvalificeradt erkännande, och, hvad detta senare begrepp innebär, låter icke förklara sig med blott det rena erkännandet till utgångspunkt.

Till samma resultat som *Dutlinger* kommer *Francke* ¹⁾ vid försök att bringa den — tolkad vidsträckt — förment abnormalt franska grundsatsen i harmoni med de vanliga reglerna för bevisskyldigheten. Begreppet kvalificeradt erkännande omfattar väl, enligt denne senare författare, äfven kombinationen erkännande jemte invändning, men vid tolkningen ligger hufvudvigten på orden: *contre celui qui l'a fait*. Det gäller därför att afgöra, när man kan säga, att ett kvalificeradt erkännande delas till skada för den, som afgifvit detsamma. Så är förhållandet, när part, jemte det han erkänner, bestrider; då han med hänsyn till sitt bestridande icke är bevisskyldig, skulle en delning i den meningen, att motparten finge begagna sig af erkännandet såsom bevis för grunden till sitt anspråk, medan den erkännande nödgades styrka sitt bestridande, lända till uppenbart förfång för den senare. Däremot har denne ingen orsak att beklaga sig, om hans anförande, upplöst i sina naturliga beståndsdelar, visar sig innesluta jemte ett erkännande en invändning. I fråga om invändningen är parten bevisskyldig enligt de allmänna, äfven i den franska rätten gällande principerna för bevisbördans fördelning, och han kan icke skäligen göra anspråk på

¹⁾ a. a. sid. 88 ff.

att fritagas från denna sin skyldighet på den grund, att han erkänt. — Mot detta resonnemang är intet att anmärka, om man blott har för ögonen bevisbördans fördelning. Det kan ej heller gerna antagas, att den franske lagstiftaren velat uppställa en regel, som stode i strid med grundsatserna därför. Rätt fattad, innebär ej heller, på sätt det följande kommer att gifva vid handen, ifrågavarande stadgande ett brott mot dessa, ens för den händelse stadgandet utsträckes till fall af erkännande jemte invändning. Så vore visserligen förhållandet, om man gifve lagbudet den betydelsen, att ett erkännande fritager från skyldigheten att styrka en därmed förknippad invändning och betungar motparten med nödvändigheten att bevisa invändningens grundlöshet. Under denna förutsättning blefve kändens bevisskyldighet utsträckt till rättsupphäfvande och rättshindrande fakta, hvilket vore i högsta måtto onaturligt. Men saken får ett annat utseende, om man vid bedömandet af lagbudet icke ensidigt fäster sig vid bevisbördans fördelning utan ser på en annan omständighet, nemligen huruvida icke förhållanden kunna gifvas, under hvilka det vore obilligt att tillägga ett erkännande samma verkan som i allmänhet, eller att fritaga den erkännandes motpart från hans bevisbörda, huruvida icke från denna synpunkt en delning — såsom frasen nu en gång kommit att lyda — af det kvalificerade erkännandet skulle ske till skada för den erkännande.

I allt fall kan man icke, såsom ofvannämnde två författare vilja, inskränka den franska regelns hela innebörd till att vara ett uttalande af den sjelfklara satsen, att part, som delvis erkänner, delvis bestrider vederpartens faktiska påståenden, icke är skyldig styrka sitt be-

stridande. Ett dylikt uttalande vore förkastligt, «nicht weil seine Vorschrift unvernünftig ist, sondern weil hier die Vernunft so laut spricht, dass der Gesetzgeber füglich schweigen kann» ¹⁾. Ett lagbud kan tydligtvis icke, så framt ej synnerligen starka skäl tala därför, gifvas en tolkning, hvarigenom det mister all vigt. Hvad angår ifrågavarande stadgande i code civil finnes så mycket mindre skäl att antaga en sådan tolkning, som de yttranden, hvarmed vid lagens framläggande för den lagstiftande myndigheten stadgandet motiverades, icke lemna rum för något tvifvel om den betydelse, man däri inlade. Såsom exempel på ett odelbart kvalificerad erkännande nämndes följande fall ²⁾: «Paul me demande 1,000 fr.; il n'a aucun titre contre moi: je déclare en jugement qu'à la verité Paul m'a prêté 1,000 fr., mais que je lui ai rendu les 1,000 fr. Paul ne peut tirer de ma confession une preuve du prêt, sans que cette confession ne fasse en même temps foi du payement. Il ne peut se servir de ma confession contre moi qu'en la prenant telle qu'elle est dans son entier». Härenligt inbegriper Art. 1356 det fall, att part erkänner de fakta, hvarpå motparten grundar sitt anspråk, men därjemte åberopar ett

¹⁾ v. *Kettemaker*, Ueber das qualificirte Geständniss im Civil-Prozess, besonders nach dem neuen Landrecht, i Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung im Grossherzogthum Baden, Bd 1, sid. 604.

²⁾ *Motifs et Discours, prononcés lors de la présentation du code civil par les divers orateurs du conseil d'état et du tribunal.* Paris 1867, sid. 496. — Angående ifrågavarande lagbuds föga upplysande förhistoria se för öfrigt *Zum Bach*, Das Geständniss vor dem Civilgerichte in seiner Unzertrennlichkeit nach Grundlinien des rationalen, gemeinen so wie des rheinländischen Rechts, Köln 1845, sid. 40 ff.

faktum, som ändock låter anspråket framstå såsom obefogadt, d. v. s. framställer en invändning. Denna mening har, efter någon meningsskiljaktighet till en början ¹⁾, afgjordt vunnit erkännande i den franska doktrinen och är nu herskande jemväl i fransk praxis ²⁾. Stadgandet afser, såsom vi redan nämnt, t. o. m. företrädesvis kombinationen erkännande och invändning. Beträffande det fall, att svaranden erkänner något eller några af anspråkets faktiska moment men bestrider andra, t. ex. bemöter ett yrkande att utbekomma en, enligt kärandens uppgift, till låns lemnad sak med påståendet, att svaranden fått saken till skänks, torde stadgandet icke påbjuda någon afvikelse från hvad sakens natur gifver vid handen ³⁾. Käranden måste naturligtvis styrka grunden för sitt yrkande, visa, att aftalet haft egenskapen af lån, men han behöfver icke ådagalägga sådana moment, som svaranden vidgått. I alla händelser passa de grunder, hvarpå förevarande bestämmelse är byggd, icke in på ett kvalificerad erkännande, hvars båda element angå olika delar af anspråkets grund. Det är till föreningen emellan ett erkännande af alla de moment, hvilka motparten har att bevisa, och en invändning, som intresset i detta ämne förnämligast

¹⁾ *Duttlinger*, a. a. sid. 180 f.

²⁾ *Bonnier*, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, cinquième édition, Paris 1888, sid. 317 ff.; *Sirey*, *Code civil annoté*, tome second, Paris 1889, vid Art. 1356; *Boileux*, *Commentaire sur le code civil*, tome deuxième, Paris 1843, sid. 719.

³⁾ *H. Seuffert*, a. a. sid. 361. Se ock en skrift af icke namngifven författare, med titel: «Die Untheilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozesse, Mannheim 1863, (cit. häræfter «Die Untheilbarkeit») sid. 34; v. *Kettemaker*, a. a. sid. 602 ff.

anknyter sig, och då vi i det följande tala om qualifice-
radt erkännande, tänka vi endast på sagda förening.

Vi skola härefter söka närmare angifva, hvad ifråga-
varande odelbarhet betyder, och hvilken dess ratio är;
härvid torde visa sig, att den franska principen innehåller
en mycket beaktansvärd och sund kärna. — Vid ett qua-
lificerad erkännande gäller det att afgöra, om sjelfva er-
kännandet får skiljas från tillsatsen på det sätt, att den,
som, därest erkännande ej föreläge, hade att bevisa, fritages
härfifrån, medan den erkännande nödgas bevisa sin
invändning, eller om erkännandet är betydelselöst, så att
motparten, detta oaktadt, har att fullgöra honom ålig-
gande bevisskyldighet. Det senare antager, på sätt när-
mare skall utvecklas, den franska rätten, och häri har
man att se den verkliga innebörden af den så mycket
omskrifna franska odelbarhetsgrundsatsen.

En icke ovigtig anledning till den hårda dom, som
på många håll uttalas öfver förevarande princip, synes
ligga i halten hos några af de argument, hvarmed man
velat försvara densamma. Sålunda skjuter man påtag-
ligen öfver målet, då man påstår, att det qualificerade
erkännandet genom att delas får en helt annan mening,
än parten velat däri inlägga. «Den, som på kändens
yrkande svarar: de 1,000 fl., som du försträckt mig, har
jag återbetalt och är dig alltså ej längre något skyldig
— han är så långt ifrån att medgifva riktigheten af kä-
randens anspråk, att han tvärtom direkt bestrider det-
samma. Kan det väl det oaktadt vara tillåtet att på
grund af ett sådant erkännande hålla svarandens förplik-
telse till återbetalning af fordrade beloppet för erkänd,
för rättsligt viss? Icke är det väl öfverensstämmande
med rättvisa och sundt förnuft att tillägga ett på sådant

sätt inskränkt erkännande en mening och ett syfte, som direkt strida mot den mening och det syfte, som den erkännande därmed förbundet»¹⁾. — Här beröres en art af odelbarhet, hvarom ej gerna meningsskiljaktighet kan råda. Man får i en rättegång lika litet som eljest i lifvet rycka loss orden i ett anförande ur deras inbördes sammanhang och på detta sätt däri inlägga ett tankeinnehall, som i sjelfva verket icke däri innefattas. Iakttog man ej detta, skulle man kunna komma därefter att tillskrifva den, som negerat, en affirmation. Hela yttrandet skall beaktas och ej blott en del däraf. Men förebråelsen att förgäta denna sjelfklara sanning träffar ej dem, hvilka förkasta den franska odelbarhetsmaximen. Ej heller de vilja påstå, att part, som med erkännande af erhållen försträckning uppgifver sig ha betalt, vidgått, att ett skuldförhållande består. Ett är att misstyda en framställning af ett sakförhållande, ett annat att reglera bevisskyldigheten så, att parten får styrka hvad han till sitt försvar åberopat, medan motparten undgår att bevisa, därför att ett erkännande föreligger. Man utgår därvid från det till grund för processen liggande naturliga förhållandet emellan angrepps- och försvarsmedlen. För den, som i rättegångsväg framställer ett anspråk emot annan, är ej nog att framkomma med det nakna petitum; han måste individualisera sitt anspråk, hvilket sker därigenom, att han nämner de fakta, hvarpå anspråket stödjer sig. Likaså kan motparten ej inskränka sig till att påstå anspråket vara obefogadt; äfven han har att gå tillbaka till fakta,

¹⁾ *Wolff*, Ueber die Untheilbarkeit des Geständnisses nach den Bestimmungen des Badischen Landrechts, i Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung im Grossherzogthum Baden, Bd 1, sid. 626.

som med hänsyn till anspråket i fråga äro af rättslig betydelse. Dessa å ömse sidor anförda fakta bilda parternas angrepps- och försvarsmedel och utgöra föremål för bevis. Vid bevisföringen gruppera sig å ena sidan de fakta, med afseende på hvilka kâranden har bevisbördan, och å andra sidan svarandens beviskomplex. Enligt regeln: *actore non probante reus absolvitur*, åligger det i första hand kâranden att bevisa; först sedan kâranden fullgjort sin skyldighet härutinnan, kommer ordningen till svaranden. Om nu svaranden erkânt samtliga de fakta, för hvilka kâranden är bevispliktig, så återstår för kâranden intet vidare; turen är kommen till svaranden att styrka de omständigheter, hvilka han i sammanhang med erkännandet till sitt försvar anført. — Då man efter dessa grunder vill i processen behandla det kvalificerade erkännandet, gör man ej annat än tillämpar principer, på hvilka all rättegång är byggd, och träffas icke i minsta mån af tillvitelsen att förvanska den ställning, svaranden gentemot kâranden intagit.

Ännu mindre lyckadt är det argument för odelbarhetsmaximen, som går ut därpå, att man genom att dela på ett kvalificeradt erkännande försyndar sig emot den princip, enligt hvilken bevismedlen äro gemensamma för båda parterna ¹⁾. Part, som begagnar sig af ett bevismedel, måste låta sig nöja med, att äfven motparten däraf hemtar bevisgrunder till sin förmån. Denna princip gäller i fråga om urkunder och vittnen. Hvad angår urkunder, anför en författare ²⁾ såsom exempel på ett odelbart

¹⁾ v. *Kettennaker*, a. a. sid. 606. *Wolff*, a. a. sid. 621 ff. Jfr däremot *Mittermaier*, Ueber das qualifizierte Geständniss, i Archiv für die civilistische Praxis, Bd 16, sid. 105 f.

²⁾ *Wolff*, a. a. sid. 623.

qualificeradt erkännande följande fall. A är skyldig B en summa af 1,000 kr., hvarå skuldebref ej lemnats. Sedan A afbetalt 500 kr., utfärdar han revers, hvori han förklarar sig ha af B emottagit i försträckning 1,000 kr. men däraf guldit 500 kr., så att återstående skulden belöper sig till 500 kr. Af denna i reversen nedlagda förklaring kan B icke begagna sig sålunda, att han åberopar A:s erkännande om emottagandet af 1,000 kr. men fordrar bevis om återbetalningen af 500 kr. På enahanda sätt måste man bedöma samma förklaring, därest den afgifves muntligen inför rätta; ej heller här får man sönderdela densamma i tvenne särskilda bevissatser och anse den ena genom erkännandet till riktigheten faststald men af förklaringens afgifvare kräfva bevis för den andra. — Hänvisningen till grundsatsen om bevismedlens gemensamhet är, så vidt den rörer qualificeradt erkännande, uppenbarligen förfelad. Ett (rent) erkännande är, såsom innefattande en för parten ofördelaktig utsaga, ett bevismedel, men detta är icke förhållandet med ett uttalande till egen förmån. Och bevismedelskvalitet erhåller ett dylikt uttalande i och för sig icke därigenom, att det förknippas med ett erkännande. Häraf följer, att en delning af ett qualificeradt erkännande på intet sätt berör ifrågakomna grundsats. Jemförelsen emellan ett qualificeradt erkännande, afgifvet inför rätta, och samma erkännande, nedlagdt i en skriftlig handling, föranleder ej till annan slutsats. Äfven angående skriftliga förklaringar eger den regeln giltighet, att de icke ha bevisvärde, i den mån de angå fakta, för hvilka handlingens utställare är bevisskyldig ¹⁾. En annan sak är, att de förklaringen åtföljande

¹⁾ *Trygger*, Skriftliga bevis, sid. 152.

omständigheterna kunna vara sådana, att de förläna den trovärdighet. Såsom ett sådant bevismoment kommer särskildt i betraktande den omständigheten, att handlingen utan anmärkning emottages af den, hvilkens rättsliga förhållande till utställaren bestämmes genom den för honom fördelaktiga utsagan.

Så länge till försvar för den franska odelbarhetsprincipen icke anföras kraftigare argument än de, hvilka vi ofvan lärt känna, kan omdömet om samma princip tydligtvis icke blifva annat än omildt. Det modifieras emellertid i ej obetydlig mån, då man får ögonen öppna för de tankar, hvilka i sjelfva verket ligga under regeln. En utsaga af part kan väl i allmänhet af naturliga skäl icke betraktas såsom bevismedel, om den länder parten sjelf till nytta. Utsagan förtjenar dock onekligen mera tilltro, om den icke förekommer isolerad utan i förening med ett för parten ofördelaktigt yttrande, ett erkännande. Detta dock endast under *en* förutsättning, den nemligen, att parten ej behöft frukta för att beslås med osanning, därest han, i stället för att erkänna, bestridt. Att 'en person, öfvertygad om det lönlösa i att ljuga, talar sanning, kan ej åberopas till bevis för hans sanningskärlek. Men ett vittnesbörd därom föreligger, då ingen nödvändighet att, till egen skada, yppa sanningen varit för handen. Då part erkänner försträckning, hvarom icke någon bevisning kan presteras, talar detta så mycket till hans förmån, att det vore orättvist icke skänka någon tilltro åt uppgiften om skedd betalning. Om parten i stället för att yttra sig så, som han gjort, helt enkelt bestridt, att han någonsin häftat i skuld till motparten, måste i brist på bevisning denne senares talan ogillas; då han nu, erkännande, att ett skuldförhållande uppkommit, för-

nekar dess fortfarande existens, synes det vara obilligt att låta partens samvetsömhet försätta honom i en sämre processuell belägenhet. I det sagda innefattas ett och det viktigaste af skälen för odelbarhetsgrundsatsen: partens saunningsenlighet i hvad som länder honom till nackdel, gifver bevisvärde åt det egen fördel afseende yttrandet. — Den andra synpunkt, som kan till försvar för ifrågavarande princip anföras, kommer till uttryck i följande yttrande af *Bonnier* ¹⁾: «Puisque je ne me suis pas procuré d'autres preuves, j'ai eu confiance en la bonne foi de mon adversaire; c'est à cette bonne foi que je dois m'en rapporter pour tout ce qui concerne la dette». Har kändan icke varit betänkt på att förse sig med bevis om uppkomsten af den rättighet, som han emot svaranden gör gällande, så har kändan därmed visat sig hysa förtroende till svaranden, och det synes vara en otillåtlig inkonsequens af kändan att taga för godt svarandens erkännande men fordra bevis för hans framställning i öfrigt.

Med de nu framhållna skälen för odelbarheten sammanhänger ett förhållande, som vid bedömandet af den franska rättens förevarande lära noga måste uppmärksammas. Vi syfta därpå, att det kvalificerade erkännandet icke betager motparten rätt att, med bortseende därifrån, på annat sätt bevisa grunden för sitt anspråk. Antoge man 'ej detta, kunde odelbarhetsmaximen säkerligen föra med sig de mest farliga följder. Det stode i svarandens makt att undandraga sig sin förpliktelse därigenom, att han med ett erkännande af anspråkets grund förenade en invändning. Gälde alltid det kvalificerade erkännandets hela innehåll utan vidare för att vara bevisadt,

¹⁾ a. a. sid. 317 f.

så kunde för käranden ej annat komma i fråga än att motbevisa den däri ingående invändningen. Men för svaranden vore det synnerligen lätt att invändningsvis åberopa ett faktum, som käranden ej förmådde motbevisa. Svaranden kunde, för att taga det vanliga exemplet om ett erkännande af försträckning, förbundet med invändning om betalning, påstå, att han betalt vid ett tillfälle, då tredje person ej var närvarande. I den franska jurisprudenten råder i detta afseende enighet. *Bonnier* ¹⁾ säger härom: «Enfin, à part la circonstance de dol, la règle de l'indivisibilité ne reçoit d'application que là où la partie adverse, ne pouvant alléguer d'autre preuve que l'aveu, est obligée d'accepter ou de rejeter en entier la déclaration sur laquelle elle se fonde. Il en est autrement, si cette partie a d'autres moyens légaux de prouver son droit: alors l'aveu qualifié, et surtout l'aveu complexe ²⁾, n'ont plus qu'une importance accessoire: dans le système contraire, il serait par trop facile de paralyser les moyens de la partie adverse, au moyen d'un aveu partiel, dont il lui serait interdit de modifier la teneur.» Odelbarhetsregeln innebär alltså icke ett förryckande af de fundamentala begreppen: anspråkets grund och invändning. Meningen är icke att upplåta åt part makten att godtyckligt öfverflytta vederpartens bevisskyldighet från vissa fakta till andra, utan meningen är snarare, att vid ett kvalificerad erkännande förklara de fakta, hvarpå anspråket grundas, obevisade. Vill käranden hemta bevis för dessa

¹⁾ a. a. sid. 320.

²⁾ Med l'aveu complexe förstår den franska doktrinen ett erkännande jemte en invändning; l'aveu qualifié i inskränkt mening betecknar ett erkännande med inskränkningar, hvilka angå faktiska moment, hörande till anspråkets grund.

fakta från erkännandet, måste han låta gälla mot sig såsom styrkt den till erkännandet knutna invändningen, men styrker käranden sitt anspråk oberoende af erkännandet, åligger det, såsom vanligt, svaranden att bevisa, hvad han invändt. De i det kvalificerade erkännandet ingående olika elementen anses således ingalunda, sedda hvart för sig, vara bevisade, utan endast för den händelse det rena erkännandet tages i anspråk såsom bevismedel, tillägges äfven tillsatsen bevisvärde och samma bevisvärde som erkännandet.

Det egendomliga och till en början nästan oförklarliga i förbudet att dela ett kvalificerad erkännande ligger, enligt hvad af det föregående framgår, däri, att på detta sätt det rena erkännandet mister sin betydelse. Onekligen förefaller det besynnerligt, att part skall nödgas föra bevis om sådant, som motparten redan vidgått. Oaktadt svaranden erkänt sig ha erhållit försträckning, måste käranden, då svaranden därjemte påstått återbetalning, ådagalägga, att försträckning skett. Tänker man sig närmare in i den franska regelns anda och mening, så försvinner emellertid i någon mån det abnormalt härutinnan. Skälen för odelbarheten äro, såsom vi påpekat, att finna dels däri, att den, som utan nödtvång tillstår fakta, hvilka för honom äro ofördelaktiga, därmed lagt i dagen en sanningskärlek, som skänker tilltro äfven åt hvad han i öfrigt uppgifvit, och dels däri, att motparten genom att uraktlåta förskaffa sig bevis för sin rätt, sjelf visat sig hysa förtroende för den förpliktade. Båda dessa synpunkter kunna sägas förlora i berättigande, om käranden, oafsedt svarandens tillstånd, styrker grunden för sitt anspråk. Orsaken till att käranden får bevisa, hvad svaranden redan vidgått, är följaktligen icke den, att erkän-

nandet fingeras icke vara afgifvet eller icke vara med sanningen öfverensstämmande ¹⁾, utan orsaken ligger däri, att käranden först genom att ådagalägga, att han är oberoende af svarandens sanningskärlek, att han således förmår på annat sätt än genom svarandens erkännande styrka sitt anspråks grund, undanrödjer betingelserna för, att svarandens framställning bör i dess helhet tagas för god.

Vill man gifva full rättvisa åt den franska rättsen, i hvarje fall ytterst intressanta behandling af det kvalificerade erkännandet, är ej tillräckligt att blott fästa sig vid den generella och obestämda satsen i Art. 1356 af code civil; man har att äfven kasta en blick på den uppfattning och användning af stadgandet, som i rättskipningen gjort sig gällande. Den franske lagstiftaren har icke ansetts åsyfta att strängt binda domstolarna vid en tillämpning af lagbudet i den omfattning, som dess ordalydelse gifver vid handen, utan stadgandet har förmenats blott angifva lagstiftarens grundidé, medan det öfverlemnats åt vetenskap och praxis att närmare bestämma innehållet ²⁾. Ville man använda odelbarhetsregeln i hvarje fall, då parts svär på motpartens yrkande innesluter jemte ett erkännande en invändning, måste ofta regeln föra till orimligheter. En invändning kan icke, oafsedt dess beskaffenhet, tillerkännas förmågan att göra ett erkännande betydelselöst; invändningen får icke uppenbart bära prägeln af osanning, ty då mista de skäl, som tala för förbudet att dela, allt värde. Detta är erkänt i den franska jurisprudensen; om invändningen synes i hög grad otrolig, anser den franske domaren anspråkets grund ge-

¹⁾ Die Untheilbarkeit, sid. 16.

²⁾ Die Untheilbarkeit, sid. 41 f.

nom erkännandet omedelbart styrkt och öfverlemnar åt den erkännande att bäst han förmår bevisa hvad han invändt ¹⁾. — För öfrigt har i många fall meningsskiljaktighet yppat sig i fråga om användbarheten af odelbarhetsprincipen. Särskildt har tvekan rådt därom, huruvida delning är tillåten, då erkännandet är förenadt med ett tillägg, hvarigenom genfordran qvittningsvis göres gällande. Här har den åsigten stadgat sig, att man icke får antaga någon odelbarhet. Skälet härtill ligger i följande yttrande af *Bonnier* ²⁾: «Je veux bien suivre la foi de mon débiteur en ce qui concerne sa dette; mais je n'ai jamais eu l'intention de l'autoriser à se déclarer à son tour mon créancier». Ett annat anmärkningsvärdt fall, i hvilket odelbarhetsfrågan varit på tal, är det, att i mål angående redovisning svaranden vidgår, att han för käranden uppburit vissa poster, men påstår, att han haft motsvarande utlägg. Här har man däremot ansett svarandens framställning böra uppfattas såsom ett odelbart helt, så att posterna på svarandens debetsida till följd af hans förklaring gälla såsom bevisade, endast så framt jemväl förklaringen angående kreditposterna tages för

¹⁾ *Bonnier*, a. a. sid. 320: «Si donc l'addition faite à l'aveu est gravement suspecte, et notamment, si les circonstances alléguées pour les modifier sont d'une invraisemblance grossière, le tribunal pourra écarter cette addition, pour s'en tenir purement et simplement à l'aveu, mais en ayant soin de mentionner les indices de dol que présente la cause.» — Från förbudet att dela vill man dessutom göra undantag öfver hufvud, då erkännandets tillägg såsom obestämdt och sväfvande icke är egnadt att öfvertyga. *Sirey*, a. a. sid 163 N:o 96: «L'aveu n'est pas indissoluble lorsque des déclarations qui le constituent, l'une est précise et formelle, et l'autre vague et incertaine.»

²⁾ a. a. sid. 318.

god ¹⁾. — Man tager, såsom synes, vid tillämpningen af odelbarhetsgrundsatsen hänsyn till målens natur samt erkännandets och dess tilläggs beskaffenhet och inbördes förhållande. I sistberörda afseende gäller såsom regel, att erkännandet och tillägget skola angå fakta, hvilka ha afseende på samma anspråk. Om därför kâranden i ett mål kräffer betalning för tvenne fordringar, och svaranden afgifver ett rent erkännande beträffande det ena skuldbeloppet men angående det andra framställer en invändning, så öfvar denna icke något inverkan på erkännandet. Likaledes är tydligt, att invändningen, om den hänför sig endast till en del af fordrade beloppet, icke afficerar det beträffande återstående delen afgifna rena erkännandet; detta framgår däraf, att liksom *en* utfästelse af 100 är lika med hundra utfästelser af 1, *ett* anspråk på 100 låter upplösa sig i hundra anspråk på 1.

Till framställningen af den franska rättens lära om det qualificerade erkännandet hör en betraktelse af odelbarhetsprincipens följder med hänsyn till processens hela gestaltning. I detta afseende råda de mest skilda åsigter; medan många tadla denna princip, såsom gifvande rättgången en förvänd karaktär, därigenom att den förrycker de i sakens natur grundade reglerna för bevisningen, gå andra åter så långt i motsatt riktning, att de i föreva-

¹⁾ Så kassationsdomstolen i ett utslag, anfördt i «Die Untheilbarkeit», sid. 36. — Författaren till nämnda skrift anser, att därest redovisningen afser en under längre tid fortsatt förvaltning, annan uppfattning är befogad på den grund, att dels sådana måls natur medför, att hvarje i redovisningen ingående post måste betraktas såsom en själfständig tvistepunkt, och dels redovisningsskyldigheten innebär förpliktelse att vederbörligen verificera utgiftsposterna, medan det åter icke kan af motparten fordras, att han skall styrka inkomstposterna.

rande princip se en nödvändig förutsättning för en sund process ¹⁾. Den franska teoriens förkämpar framhålla framför allt dess betydelse för moralen; den förhindrar, att fullgörandet af sanningsplikten blir för parten så tungt, att han kommer i frestelse att undandraga sig denna plikts uppfyllande. Vet parten, att ett naket bestridande är för honom förmånligare än en oförbehållsam, i allo fullständig framställning af sakförhållandet, hvilken innefattar ett erkännande af anspråkets grund jemte uppgift om fakta, som låta anspråket framstå såsom oberättigadt, är fara värdt, att han icke afgifver en sådan framställning utan inskränker sig till att bestrida. På sådant sätt försvåras ernåendet af en tillfredsställande utredning, och i processen insmyger sig, säger man, en anda af lögn och förställning. Helt annorlunda gestaltar sig rättegången, om odelbarhetsgrundsatsen är antagen. Parten kan utan fruktan för att tala sig sjelf till men yppa allt hvad han har sig i saken bekant. Han har så långt ifrån något intresse af att dölja sanningen, att han tvärtom måste inse, det ett fördöljande länder honom sjelf till skada; blir han beslagen med osanning, mister domstolen tilliten till hans sanningskärlek, och därmed förlora de delar af anförandet, hvilka äro honom till fördel, i bevisvärde ²⁾. — Det sagda är onekligen beaktansvärdt. Därigenom att ett erkännande plus en invändning får för parten samma betydelse som ett bestridande, kommer han icke i frestelse att, till skydd för sin rätt, mot sanna förhål-

¹⁾ Jfr *Mittermaier, Duttlinger, v. Kettner, Wolff*, anf. arb.; «Die Untheilbarkeit», *H. Seuffert*, a. a.; *Arndts*, i *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd 5, sid. 22 ff.

²⁾ Se härom *Nordling*, a. a. sid. 68 ff.

landet bestrida. Men samma resultat kan, för så vidt det är berättigadt, uppnås äfven utan den franska rättens generella regel. Vi skola längre fram vid bedömandet af det franska systemets grundtankar vidare ingå härpå.

Det återstår, innan vi lemna den franska rättens lära om det kvalificerade erkännandet, att fästa uppmärksamheten på dess nära sammanhang med det franska bevissystemet öfver hufvud. För detta utmärkande är, som bekant, inskränknungen i vittnesbevisets användning till förmån för urkundsbeviset ¹⁾. Däraf följer, att, så framt urkund ej upprättats, erkännande blir nästan det enda sätt, hvarpå en rättighet kan styrkas. Med goda skäl kan man därför på grundvalen af fransk rätt säga, att den, som försummat förse sig med lagligt bevis om uppkomsten af en rättighet, satt sitt förtroende till den förpliktades redlighet, och att det skulle framstå såsom en inkonsequens från den förres sida, om han icke toge för god sin medkontrahents till erkännandet fogade uppgift, att rättsförhållandet upphört. Därtill kommer, om man ser saken från denne senares synpunkt, att, då äfven han i allmänhet icke får styrka sin befrielsegrund med annat än urkund, ett erkännande, i brist på sådan, skulle, om odelbarhetsprincipen ej vore antagen, beröfva honom möjligheten att gå fri från motpartens anspråk. Berörda, för franska rätten på grund af positiv lag egenomliga förhållanden få icke förbises vid bedömandet af samma rätts ifrågavarande stadgande ²⁾.

¹⁾ Vi hänvisa härutinnan till *Afzelius'* framställning, Grunddragen etc., sid. 112 ff., och kunna därför i texten fatta oss kort.

²⁾ Man har påstått, att odelbarhetsprincipen i fransk rätt i sjelfva verket saknar betydelse till följd af det i denna rätt

Det har förut yttrats, att den franska principen om det kvalificerade erkännandets odelbarhet är helt och hållet grundad i positiv lag, och att i saknad af lagbestämelse härutinnan de vanliga reglerna angående bevisskyldigheten och behöfligheten af bevis måste ega tillämplighet. Man har emellertid velat tillerkänna denna rättsgrundsats allmän giltighet, såsom öfverensstämmande med sakens natur. Vår uppgift blir därför att söka utröna, huruvida nämnda åsigt är riktig. För att få en utgångspunkt för denna undersökning måste vi egna några betraktelser åt betydelsen öfver hufvud af eget erkännande i civilprocessen.

Inom processrättvetenskapen är man numera allmänt ense om, att erkännandet i rättegången kan ha en förekommande institutet *serment décisoire*. (Se härom *Bonnier*, a. a. sid. 358 ff.) Som bekant spelar i den franska processen den bjudna eden en helt annan och vida viktigare rol än motsvarande institut i svensk rätt. Den ena parten kan bjuda den andra ed i fråga om ett faktiskt påstående med den verkan, att parten, åt hvilken eden bjudits, måste, vid påföljd att eljest anses ha aflagt ett tyst erkännande (*aveu tacite*), sjelf edligen förneka eller låta motparten med ed bekräfta faktum i fråga. Om nu det vid ett kvalificerad erkännande står den erkännandes vederpart öppet att bjuda den förre ed med afseende på den däri ingående, för honom ofördelaktiga utsagan, att således vid edsanbudet dela på anförandet i dess helhet, så blir odelbarhetsregeln nära nog utan allt värde. Därför håller man ock före, att någon delning icke får vid den bjudna eden förekomma. (Jfr *v. Kettemaker*, a. a. sid. 613; *Die Untheilbarkeit*, sid. 27 ff.) Härifrån gör likväl det förhållandet undantag, att ed kan afläggas endast öfver *faits personnels*, eller fakta, om hvilka parten måste veta, huruvida de äro sanna eller ej. Angår tillsatsen icke ett sådant personligt faktum, måste delning kunna inträda, så att eden kommer att omfatta blott de fakta, som utgöra föremål för det rena erkännandet.

tvåfaldig karaktär; det kan vara dels bevismedel och dels dispositionsakt. Denna dess dubbelnatur framträder dock blott inom civilprocessen; i straffprocessen utesluter beskaffenheten hos det anspråk, hvarom rättegången rör sig, hvarje tanke på ett förfogande öfver anspråket vare sig direkt eller indirekt, därigenom att det för anspråkets bedömande erforderliga faktiska materialet gifves en viss gestaltning. I straffprocessen är alltså erkännandets betydelse uttömmande angifven därmed, att det är ett medel att öfvertyga domaren om sanningen af dess innehåll; endast i den mån det förmår bereda visshet därom, skänker domstolen detsamma beaktande. Dess beviskraft beror därför uteslutande på den erkännandes förmåga och vilja att tala sanning, och vid pröfningen af erkännandets värde såsom bevismedel måste blicken riktas på förefintligheten af dessa faktorer. Erkännandet har åter, såsom nämnt, i civilprocessen jemte sin bevismedelfunktion betydelsen af en disposition, hvilket sammanhänger därmed, att den privata rättighet, som utgör tvistens föremål, är underkastad parternas fria förfogande. Såsom dispositionsakt kan erkännandet hänföra sig antingen omedelbart till den rättighet, hvarom tvistas, eller till ett af motparten åberopadt faktum. Hvad angår den förra arten af erkännande — medgifvandet — synes dess rättsliga konstruktion ej böra vålla stora svårigheter; utan tvifvel har man att uppfatta medgifvandet såsom en materiell rättshandling, en viljeförklaring, riktad på grundläggandet af ett rättsligt förhållande mellan parterna. Så mycket större vanskigheter bereder erkännandet i trängre mening eller uttalandet, att ett af vederparten åberopadt faktum är riktigt. Dess rol i civilprocessen kan icke genomgående förklaras från den synpunkten, att det är

bevismedel. Ej blott förhåller det sig så, att erkännandet ¹⁾ med viss begränsning ²⁾ verkar oberoende af sin förmåga att bestämma domarens öfvertygelse, utan därjemte gäller, att dess verkan icke häfves genom ett bevis, som blott är egnadt att försvaga dess tillförlitlighet ³⁾. Vidare har i tvistemål ett erkännande, afgifvet af rättegångsfullmäktig, samma värde som en sådan förklaring af parten sjelf, och slutligen fäster man i civilprocessen för bedömandet af erkännandets betydelse afseende vid ett förhållande, som för erkännandets beviskraft är i och för sig utan vikt, nemligen partens rättighet att förfoga öfver tvisteföremålet. I betraktande häraf kan tvifvel icke råda därom, att det civilprocessuella erkännandet har en annan och viktigare uppgift än att blott utgöra underlag för tvistens afgörande från den synpunkten, att det förskaffar visshet om riktigheten af det ifrågavarande faktum. Erkännandet i trängre mening är äfven en viljeförklaring, en dispositionsakt. Därmed framställer sig till besvarande frågan: hvarpå går då denna viljeförklaring ut, i hvilket afseende innefattar den en disposition? En analys af erkännandet gifver närmast vid handen, att det är en förklaring, hvarigenom ett faktum fastställes såsom sant eller att gälla i rättegången, som om samma faktum vore bevisadt. Till en början är härvid tydligt, att tvenne tänk-

¹⁾ Vi afse härefter blott erkännandet i trängre mening, såsom ensamt varande för oss i detta sammanhang af intresse.

²⁾ Det får icke vara orimligt eller notorisk osant.

³⁾ Angående den omtvistade frågan, om ett dispositivt erkännande mister sin betydelse genom ett motsatsbevis, d. v. s. ett fullt bevis om dess osanning, se *Afzelius*, Om betydelsen af eget erkännande i civilprocessen, sid. 98, 107 ff.; *Trygger*, Skriftliga bevis, sid. 43 f. not.; *Wrede*, Bevisrätten, sid. 108 ff.

bara uppfattningar af den i erkännandet uttryckta viljans innehåll genast måste afvisas såsom ohållbara. Den erkännande vill icke och kan icke förnuftigtvis vilja, att det erkända faktum skall, oafsedt huru därmed i verkligheten sig förhåller, vara sant; han skulle därmed göra anspråk på att genom sin vilja utöfva inflytande på något, som utgör ett moment i det förflutna. Lika litet kan viljan afse att binda domarens öfvertygelse om sanningen af faktum; öfvertygelsen såsom ett rent inre tillstånd faller icke under annans förfogande. Af de teorier, hvilka uppstälts i fråga om beskaffenheten af den i erkännandet liggande dispositionen, fästa vi oss här vid tvenne: den ena uppfattar erkännandet såsom en eftergift af rätten att fordra bevis, medan den andra däri ser en medelbar disposition öfver föremålet för tvisten.

Den förra teorien ¹⁾ låter, efter vårt förmenande, icke försvara sig. Vi erinra om *Wachs* ord ²⁾: «Es giebt keine "Beweispflicht", über welche verfügt werden könnte. Es giebt allein den Satz, dass wer eine Thatsache als wahr behauptet, nach den Grundsätzen von der sog. Vertheilung der Beweislast diese Thatsache dem Richter darthun müsse, falls er siegen will». Den s. k. bevis-skyldigheten är, såsom redan förut påpekats, icke en plikt, hvars fullgörande den ena parten kan utkräfvä af den andra, utan bevisskyldigheten är uttrycket för partens praktiska intresse af att föra bevis. Men detta praktiska intresse är innerst af materiell natur; det går ut på

¹⁾ Utvecklad af, bland andra, *v. Cunstein*, *Anerkennung und Geständniss*, Berlin 1879, sid. 16 ff. Inom den svenska litteraturen hyllas denna teori af *Afzelius*, *sistanf. arb.*, sid. 101 ff.

²⁾ *Das Geständniss*, i *Archiv für die civilistische Praxis*. Bd 64, sid 219.

att komma i åtnjutande af den rätt, man materiellt eger. Underlåtenheten att bevisa för med sig ett materiellt lidande. Från detta kan parten befrias af sin vederpart, hvilken därmed till fördel för den beviskyldige förfogar öfver den omtvistade rätten. Eftergiften af rätten att fordra bevis synes således i sjelfva verket icke kunna betyda annat än ett upplåtande från den ena partens sida åt den andra af den rätt, som för den senare framgår däraf, att ett visst faktum varder i rättegången fastställt. Detta upplåtande sker icke direkt utan indirekt på det sätt, att part förklarar ett faktum skola gälla såsom sant och följaktligen läggas till grund för tvistens afgörande. Mot den här häfdade uppfattningen af erkännandet såsom en medelbar disposition öfver föremålet för tvisten synes man oss icke kunna göra gällande, att «det är möjligt, att parten alldeles icke tänkt på de rättsliga följderna af sitt erkännande — dessa inträda vare sig han vill eller icke» ¹⁾. Visserligen är det möjligt, att parten icke gjort sig noga reda för, *hvilka* rättsliga konsekvenser hans erkännande för med sig. Vid hvarje erkännande måste emellertid parten vara medveten om, att det erkända faktum kommer att tjena till grundval för bedömandet af hans rättsliga mellanvarande med motparten. Och då den i ett dispositivt erkännande uttrycka viljan att fastställa ett faktum såsom sant är oberoende af föreställningen om det erkändas sanning, samt fastställandet i och för sig är för parten likgilt-

¹⁾ *Afzelius*, l. c. sid. 102. — Med samma skäl kan man säga, att det är möjligt, att parten icke tänkt på, att hans erkännande gör det för motparten öfverflödigt att föra bevis. Jfr. *emot v. Canstein, Demelius*, Die Confessio im römischen Civil-Process und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung, Graz 1880, sid. 376 ff.

tigt, kan viljan icke gå ut på annat, än att parten öfver hufvud underkastar sig erkännandets rättsliga följder. — Med denna uppfattning af det dispositiva erkännandet inses lätt, huru det kan befria vederparten från bevisbördan med afseende på det erkända faktum och utestänga domarens sanningspröfning. Då vederparten genom erkännandet fått åt sig upplåten den rätt, som är beroende af sagda faktum, har han ej längre något intresse af att därom föra bevis; erkännandet gör all bevisning öfverflödig. Att åter domarens sanningspröfning genom erkännandet begränsas, sammanhänger direkt med dispositionsprincipens herravälde i civilprocessen; parternas föfoganderätt öfver rättsförhållandet dem emellan upphör ej med processen och måste, då den klädes i tillåtlig form af ett fastställande af fakta, utesluta en därmed oförenlig annan pröfning från domarens sida af samma fakta än deras subsumtion under vederbörliga rättssatser.

Hvad angår svenska rättens uppfattning af erkännandet i civilprocessen, så lider det intet tvifvel, att lagstiftaren i 17: 36 RB betraktat erkännandet såsom ett bevismedel. Härför tala både lagställets uttryckssätt: «känd sak är så god som vittnad», och den omständigheten, att stadgandet afser ej mindre brottmål än tvistemål. Ej heller kan erkännandets bevismedelkvalitet förnekas på den grund, att domaren icke får fritt bilda sig en öfvertygelse om det erkändas sanning utan måste tillägga erkännandet verkan af fullt bevis. Ty, då vår lag hufvudsakligen står på den legala teoriens ståndpunkt, ligger däri icke något, som strider emot åsigten om erkännandet såsom bevismedel. Likväl ligger den tanken nära till hands, att lagstiftaren, då han bestämde erkännandets bevisvärde till fullt bevis, låtit leda sig af före-

ställningen om erkännandet såsom en handling, den där icke så mycket sjelf är bevisande som fastmer gör bevisning öfverflödigt ¹⁾). Och äfven om lagstiftaren icke vid affattandet af den afdelning i Rättegångsbalken, som handlar om laga bevis, haft för ögonen erkännandet i annan egenskap än såsom bevismedel, är väl därmed ej så alldeles gifvet, att han förkastat uppfattningen af erkännandet såsom dispositionsakt. Detta skulle förutsätta ett misskännande af civilprocessens karaktär att vara en strid om privata rättigheter, ty däraf följer, att parterna ega förfoga öfver tvistens föremål, och intet skäl står att finna därför, att förfogandet icke lika väl skulle kunna vara indirekt som direkt. Det synes oss, som om man icke skulle kunna till stöd för den meningen, att 1734 års lag stått främmande för uppfattningen af erkännandets dispositiva funktion, anförä, att bestridandet enligt samma lag icke utgör en oundgänglig förutsättning för bevisskyldigheten. Äfven om det nu verkligen är höjdt öfver allt tvifvel, att 1734 års lag intagit denna ståndpunkt ²⁾), så

¹⁾ Denna föreställning framträder tydligt i den 17: 36 RB motsvarande § uti de båda äldre i Riksarkivet förvarade tre redaktionsförslagen till Rättegångsbalk. Denna § lyder: «När egen bekännelse sker frivilligt, utan pinande, skräck eller swikeligt förledande och af then, som til laga ålder kommen och wid sundt förnuft är, så binder thet wäl mehra til saken än alt wittne och bewis; doch må ingen uppå sin blotta bekännelse, särdeles i lifssaker, dömas saker, innan först noga undersökt är, om alla omständigheter med bekvämligheten instämma».

²⁾ Att man i praxis så uppfattat och tillämpat lagen, är känt. — Ett fullt bindande bevis för antagandet, att bevis för ett faktum fordras, oafsedt om det bestrides eller ej, gifver väl knappast denna deduktion: «Utgår lagen ifrån den första åsigten [den åsigt, enligt hvilken endast det bestridda behöfver bevisas], måste han, synes det oss, i första hand betrakta ett erkännande

finnes icke förty plats för det dispositiva erkännandet. Detta vore uteslutet, endast så framt grunden till, att

i det förevarande målet såsom en disposition, hvarigenom den erkännande afstår ifrån rätten att bestrida den ifrågavarande omständigheten. Såsom ett bevismedel kan i så fall ett dylikt erkännande, derest det afgifves af den, som i händelse af befoget hade att bestrida, omöjlig af lagen betraktas, ty då den, som erkänner, hvarken då bestrider eller sedermera kan komma att bestrida (så länge erkännandet kvarstår orubbadt) samt först bestridandet gör bevis angående den förevarande punkten relevant i den ifrågavarande rättegången, så vore lagens påpekande af erkännandets värde såsom bevismedel i ett dylikt fall ett påpekande af en fullkomligt irrelevant sak» (*Trygger, Skriftliga bevis, sid. 37*). — Häremot kan man måhända invända följande. Då en lag utgår därifrån, att bevisskyldighetens fullgörande måste utkrävas genom bestridande, har man med *Bülow* (Civilprozessualisch: Fiktionen und Wahrheiten, i *Archiv für die civilistische Praxis, Bd 62, sid. 27 ff.*) att i tystnaden, den fullständiga passiviteten se ett «fastställande, bevisuteslutande moment». Obestriddligt synes nu vara, att den, som erkänner, icke bestrider, och att då bevisskyldighet åligger motparten först efter bestridande, den senare icke behöver bevisa. Men följer då här af, att icke sjelfva erkännandet kan vara bevis? Ja, om man ser saken blott från den bevisskyldige partens ståndpunkt, förefaller det visserligen klart, ett erkännandet icke kan uppfattas såsom bevis, ty sådant är ju öfverflödigt. Men annorlunda, om man ställer sig på den erkännandes ståndpunkt. Har han med sitt erkännande afsett ingenting annat än att uttala hvad som är sant; så och då det fastställande moment, som ligger i uraktlåtenheten att svara på motpartens faktiska påståenden, och som beror där på, att genom denna uraktlåtenhet «rätten till bevis» förverkas (*Bülow l. c.*), icke är för handen, då svar afgifvits, måste domstolen bedöma erkännandet såsom ett bevismedel. Där af, att bestridandet säges vara en befinngelse för inträdandet af parts bevisskyldighet, följer alltså icke, att erkännandet ej kan vara bevismedel, och är detta förhållandet, blir ett påpekande af erkännandets värde såsom bevismedel

lagen fränkänt bestridandet betydelse uti ifrågavarande hänseende, vore den, att lagen i bevisskyldigheten sett en verklig skyldighet emot domaren. Så till vida kan detta vara fallet, som domaren icke eger taga ett påstående för godt, därför att vederparten ej uttryckligen påkallat bevis. Men satsen är icke riktig i den meningen, att bevisskyldigheten är till för domarens skull, så att det för honom är en af hans embete påbjuden plikt och gäller såsom högsta mål att med all makt bringa sanningen i dagen. Då det är för parternas skull, rättegången föres, och deras privata intressen, hvarom tvistas, måste ett förfogande öfver tvisteföremålet nödvändigtvis ha till följd, att domarens sanningspröfning utestänges: hans rätt att fordra bevis, äfven för den händelse förfogandet skett medelbart, genom fastställande af ett faktum, bortfaller. Annat har väl 1734 års lagstiftare ej afsett. Därmed må emellertid förhålla sig huru som helst — enligt nutida svensk teori och praxis uppfattas, som bekant, erkännandet icke endast såsom bevismedel utan jembväl såsom disposition.

Då part afgifver ett dispositivt erkännande, kan han göra detta tills vidare eller sätta sitt erkännande i beroende af det villkoret, att vederparten å sin sida icke be-

under ifrågavarande förutsättning icke ett påpekande af en irrelevant sak. Vår mening blir måhända ännu tydligare, om vi säga: Då ena parten förhåller sig tyst i fråga om ett af andra parten framställt faktiskt påstående, är bevis öfverflödigt, men om parten yttrar sig, är bevis irrelevant, endast för så vidt yttrandet innefattar ett fastställande, en disposition; det är nemligen icke underlåtenheten att bestrida, som utesluter bevis, utan underlåtenheten att svara, medan bevisets relevans, då svar afgifves, beror på svarets innebörd.

strider eller, därest bestridande ej kräves för bevisskyldighetens inträdande, erkänner, hvad den förre, jemte det han erkänt, till sitt försvar anfört. Har ett dylikt villkorligt erkännande aflåtits, måste tydligtvis motparten låta sistberörda anförande gälla mot sig såsom sant, så framt han vill begagna sig af erkännandet. Man har med hänvisning till parts sanningsplikt påstått, att part icke i alla fall eger till sitt erkännande knyta villkor¹⁾. «Parten eger icke godtyckligt uppställa villkor för sitt erkännande. Är det fråga om sådant, hvarom han icke kan sakna kännedom, går det lika litet an, att han erkänner under villkor om en viss återtjänst från motpartens sida, som att han yttrar sig obestämdt eller undvikande». Om åter erkännandet angår sådant, hvarom parten icke har kunskap, kommer han genom förbehållet icke i konflikt med sin sanningsplikt och är därför berättigad att göra detta förbehåll. — Må vara, att sanningsplikten icke låter förena sig med ett villkorligt erkännande, för det spörsmål, som här är af intresse, är denna synpunkt betydelselös. Ett villkorligt erkännande är såsom disposition alltid odelbart, så att motparten icke kan, oafsedt villkoret, åberopa erkännandet men öfverlemna åt den erkännande att bevisa tillägget. Vål kan part icke göra verkan af ett uttalande, hvarigenom han, trogen sin sanningsplikt, förklarar ett af vederparten åberopadt faktum vara riktigt, beroende af ett villkor, och därför är det villkor, som knytes till ett såsom bevismedel uppfattadt erkännande, i och för sig utan betydelse, men i sannings-

¹⁾ *Afzelius*, Grunddragen, sid. 116; Om betydelsen af eget erkännande, sid. 116. Se ock *Planck*, i *Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd 4, sid. 255.

plikten ligger intet, som hindrar att göra en villkorlig disposition ¹⁾. Vill således den erkännandes motpart nöja sig med att hafva erkännandet beaktadt såsom bevismedel, står detta honom, oaktadt villkoret, fritt; vill han åter begagna sig af erkännandet såsom disposition, måste han uppfylla villkoret. Ett med erkännandet förenadt villkor torde emellertid utöfva inverkan på erkännandet ej blott såsom dispositionsakt utan äfven i dess bevismedelfunktion. Erkännandet förlorar i beviskraft genom villkoret. Den visshet angående sanningen af sitt innehåll, som erkännandet framkallar, är ju grundad därpå, att en person ej gerna talar sig sjelf till men utan att vara därtill drifven af sanningskärlek. Men denna grund träffar ej väl in i förevarande fall. Det villkorliga erkännandet skall enligt partens syfte tagas för godt i dess helhet; men, så fattadt, innebär det icke eller åtminstone icke alltid något för parten ofördelaktigt, och det behöfver således icke vittna om, att dess källa är att söka i föreställningen om det erkändas sanning och i behofvet att bringa denna föreställning till uttryck. — Hvad angår den med sanningsplikten sammanhängande eller, rättare sagdt, däri ingående ²⁾ skyldigheten att klart och bestämdt yttra sig öfver motpartens faktiska påståenden samt förhållandet däremellan och ett villkorligt erkännande, så är tydligt, att det enligt en rätt, som likt vår icke tillägger tystnaden, underlåtenheten att afgifva förklaring någon särskild menlig verkan, icke heller kan vara tal om sådan gentemot part, som genom att blott villkorligt erkänna

¹⁾ Jfr härom *Trygger*, Skriftliga bevis, sid. 47 not.

²⁾ Se härom Nya Lagberedningens Betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Del. 2, sid. 9 ff.

eftersätter denna skyldighet. Fråga härom kan åter uppstå, därest man antager *poena confessi* såsom påföljd för eftersättandet af responsionsplikten eller, enligt *Bülows* mera plausibla konstruktion, i påföljden för uraktlåtenheten att svara ser «die Verwirkung eines Vertheidigungsrechts»¹⁾. Men äfven om man icke vill godkänna ett villkorligt erkännande såsom svar och alltså låter sagda påföljd inträda, får icke förbises, att grunden till, att de villkorligen erkända fakta komma att gälla såsom sanna, icke ligger däri, att de äro erkända, utan däri, att parten icke klart och bestämdt öfver dem yttrat sig. Det villkorliga erkännandet blir följaktligen äfven i detta fall icke deladt; det saknar i stället betydelse i rättegången.

I det föregående ha vi talat om det villkorliga erkännandet. Frågan blir nu: är ett kvalificeradt erkännande liktydigt med ett villkorligt erkännande? Så har det af några författare betraktats.

Sälunda påstår *Sommer*²⁾, att ett kvalificeradt erkännande måste i dess helhet antingen tagas för godt eller förkastas, utan afseende därpå, om det består af capita connexa eller separata. Det kvalificerade erkännandet innebär nemligen «eine Ablegnung der Klage» och «ein Vergleichsantrag». Denna uppfattning af det kvalificerade erkännandet bör antagas, äfven om parten icke uttryckligen klädt sin mening i villkorlig form. Den riktiga beteckningen är därför icke *confessio qualificata* utan *confessio conditionata*. Då en dylik *confessio conditionata*

¹⁾ Sistanf. arb. sid. 33.

²⁾ Auch etwas über das qualifizierte Geständniss, i Archiv für die civilistische Praxis, Bd 4, sid. 23 ff.

föreligger, kan motparten välja ett af två alternativ. Han kan antaga förlikningsanbudet. Därmed gäller erkännandets tillägg för att vara bevisadt, och han måste, om han, ej vill stanna härvid, föra motbevis; om han eljest enligt vanliga regler är förbunden till dylikt bevis, är likgiltigt, ty processen är här «ausser der Regel, er nimmt eine conventionelle Natur an». Eller ock kan han förkasta förlikningsanbudet, i hvilken händelse ett erkännande ej är för handen, och anspråkets grund måste styrkas. *Sommer* finner det alldeles oriktigt att vid kvalificerad erkännande fördela bevisskyldigheten efter vanliga regler. «Nothwendig muss jedes Prozessvorbringen des Beklagten entweder Ableugnung oder Berichtigung von Klagthat-sachen oder Einrede seyn; und es wäre überall thöricht von der confessio qualificata als einem eigenen Wesen zu reden, wenn sie sich nicht durch ihre Eigenschaft als Transactionsantrag von allen anderen Prozessbehauptungen des Beklagten unterschiede».

Inom den svenska litteraturen har *Trygger* ¹⁾ uttalat sig för odelbarhet af ett kvalificerad erkännande såsom disposition. «Utgår man derifrån», säger han, «att bestridande är nödvändigt för beviskyldighetens inträdande, så är det tydligt, att så snart ett kvalificerad erkännande afgifvits, motparten icke behöfver prestera något bevis för de erkända omständigheter, hvarför han är beviskyldig, under det att den, som afgifvit nämnda erkännande, derest hans i erkännandet intagna faktiska uppgifter, för hvilka han är eventuellt beviskyldig, bestridas, därför måste prestera bevis. Denna fördelaktiga ställning för motparten varar emellertid endast så länge,

¹⁾ Skriftliga bevis, sid. 46 f. not.

tills den erkännande förklarar sig återkalla sitt erkännande, såvida vederparten ej vill taga äfven de för den erkännande fördelaktiga uppgifterna såsom sanna. Nu gäller det att afgöra, om den erkännandes vederpart kan hindra återkallelsen utan att uppgifva sitt eget bestridande. I den mån erkännandet är en disposition, anse vi honom ej kunna göra det, ty i det kvalificerade erkännandet, såsom disposition, rättshandling, viljeförklaring betraktadt, måste anses ligga, att den erkännande förbinder sig att ej bestrida de i erkännandet ingående fakta, för hvilka motparten är bevisskyldig, så länge (*icke* såvida) denne ej bestrider de i samma erkännande ingående fakta, för hvilka den erkännande är bevisskyldig. I och med motpartens förklaring, att han bestrider dessa senare omständigheter, har således det kvalificerade erkännandet förlorat sin verkan såsom disposition. Men det är dock icke dermed alldeles betydelselöst, ty det har kvar sin betydelse af bevisdatum, visserligen närmast för de omständigheter i detsamma, för hvilka den erkännande icke var bevisskyldig. — Utgår man åter ifrån, att bestridandet icke är väsentligt för bevisskyldighetens inträdande, hvarifrån den bevisskyldige först genom ett uttryckligt dispositivt erkännande af motparten befrias, måste redan vederpartens vägran att själf erkänna de till förmån för den erkännande i det kvalificerade erkännandet upptagna faktiska uppgifter vara tillräckligt för att göra dispositionen (hvilken här går ut på erkännande mot erkännande) ogiltig — —».

Då det gäller att lösa förevarande spörsmål, torde först och främst böra framhållas, att ett kvalificeradt erkännande kan hafva karaktären af ett villkorligt erkännande, äfven om icke villkoret uttryckligen uttalats. Lik-

som ett rent erkännande icke med nödvändighet förutsätter uttrycklig förklaring, så gör ej heller ett villkorligt erkännande detta. Partens syfte är afgörande, och detta kan, vid betraktande af allt hvad parten anfört, bli utan sådan förklaring fullt tydligt. I allmänhet har man snarare anledning att antaga erkännandets bundenhet vid villkor, om det angår fakta, hvilka äro för parten främmande, än om erkännandet hänför sig till fakta, om hvilka parten måste ha personlig kändedom. I senare fallet ligger nemligen närmast till hands att i erkännandet se fullgörandet af partens sanningsplikt. En annan sak är åter, om det kvalificerade erkännandet i och för sig har betydelsen af ett villkorligt erkännande eller, enligt den modifikation af denna tanke, som *Trygger* gjort gällande, af ett erkännande tills vidare. Detta har på det bestämdaste förnekats redan af *Sibeth* och *Weber* ¹⁾. Enligt deras mening innefattar det villkorliga erkännandet egentligen ett förlikningsanbud, medan «das qualificirte oder eingeschränkte Geständniss erkannt eine gewisse Thatsache geradezu schon als wahr an, fügt aber Einschränkungen oder andere Verhältnisse hinzu». I sjelfva verket torde giltiga skäl icke kunna anföras till stöd för den åsigten, att, då en part afgifver ett kvalificerad erkännande, han erkänner med förbehåll. Såsom *Planck* riktigt anmärker, står icke något annat fast, än att parten icke vill erkänna sin förpliktelse utan låta det ankomma på strid, men däraf följer icke, att han vill betunga motparten med

¹⁾ Se *Weber*, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess, Leipzig 1845, sid. 174. Jfr ock *Planck*, i Kritische Vierteljahrsschrift, Bd 4, sid. 254 ff.; *Afzelius*, Om betydelsen af eget erkännande i civilprocessen, sid. 116 f.

bevis, hvarför han måhända sjelf får bära kostnaden. Och vidare bör man icke förbise, att erkännandet såsom disposition är ett förfogande till motpartens förmån. Detta förfogande synes icke, så framt ej sådant otvetydigt framgår, böra antagas vara förbundet med ett förbehåll, som gör förfogandet betydelselöst. Den till erkännandet fogade tillsatsen behöfver visserligen icke till innehållet vara sådan, att det ej för motparten kan vara förenadt med fördel att taga det kvalificerade erkännandet i dess helhet för godt, men tillsatsen kan vara och är ofta så beskaffad. För att hålla oss till det vanliga fallet, att svaranden erkänner försträckning men säger sig ha betalt — icke är det naturligt, att i detta svarandens anförande inlägga den meningen, att svaranden vill vara af sitt erkännande bunden, endast så länge kåranden ej bestrider, att betalning skett. Kåranden måste ju bestrida detta, så framt han ej skall se sitt anspråk underkänt. En disposition under ett dylikt förbehåll är onekligen egendomlig; med ena handen tager den disponerande tillbaka, hvad han gifver med den andra. Då man nu icke får utgå däriifrån, att den erkännande velat, så att säga, gäckas med sin vederpart, återstår ej annat än att hålla det erkända utan vidare för erkänt och beträffande tillägget efter allmänna regler bestämma beviskyldigheten.

Det kvalificerade erkännandet såsom disposition är alltså, enligt vår mening, delbart; *confessio qualificata* är icke detsamma som *confessio conditionata*.

Återstår att se till, huruvida den franska rättens princip, att det kvalificerade erkännandet såsom bevismedel är odelbart, är i sakens natur grundad; skulle så vara förhållandet, måste naturligtvis denna princip iakttagas ej mindre enligt svensk än enligt fransk rätt.

Rätteligen har framhållits ¹⁾, att man från spörsmålet, om icke sådana i det kvalificerade erkännandet ingående uppgifter, för hvilka den erkännande är beviskyldig, måste gälla till hans förmån, så framt motparten vill begagna sig af sjelfva erkännandet, har att särhålla spörsmålet, om ej i visst fall part, som åberopar ett rättsupphäfvande faktum, bör vara fri från skyldigheten att bevisa detta. Medan den förra frågan angår verkan af ett erkännande, förenadt med en invändning, rör den senare direkt beviskyldigheten med afseende på det rättsupphäfvande faktum. Man säger, att «då ett rättsförhållande *grundats* på förtroende allenast, det ock bör kunna i förtroende *upplösas*; har vid förhållandets tillkomst ena parten icke aktat nödigt att derom taga någon bevisning till sin säkerhet, är det naturligt, att andra parten vid dess upplösning icke finner sådant nödigt till sitt betryggande. Sådant ligger, som en tyst förutsättning, i sjelfva rättshandlingen» ²⁾. Oss synes, som om under den förutsättning, att ett rättsförhållande verkligen grundats på förtroende ³⁾, af svaranden icke bör utkrävas bevis för, att det af käranden framställda anspråket upphört; det sätt, hvarpå rättsförhållandet uppkommit, har på en gång gifvit svaranden skälig anledning att antaga, det käranden icke skall utan vidare förkasta en obevisad uppgift om rättsförhållandets upplösning, och gjort det

¹⁾ *Afzelius*, Om betydelsen af eget erkännande i civilprocessen, sid. 114.

²⁾ *Afzelius*, l. c.

³⁾ Detta kan ingalunda alltid sägas vara fallet, då den berättigade försummar att vid rättsförhållandets ingående förse sig med bevis till dess framtida styrkande; motiven därtill kunna vara mångahanda.

för svaranden nästan till en moralisk plikt att ej genom att taga bevis om sin förbindelses upphörande visa medkontrahenten misstroende. Svarandens frihet från nödvändigheten att bevisa är härvid oberoende däraf, huruvida käranden styrker anspråkets grund eller ej; när därför svaranden med erkännande af denna grund uppgifver sig hafva fullgjort sin förbindelse, får man icke föreställa sig saken så, som om det föreligger ett odelbart kvalificerad erkännande, hvilket mister all betydelse därigenom, att käranden utan att begagna sig af erkännandet styrker sin rättighets uppkomst. Det förhåller sig fasthellre så, att rättighetens uppkomst genom erkännandet står fast och följaktligen icke vidare utgör föremål för bevis, medan det af svaranden åberopade rättsupphäfvande faktum icke behöver af denne styrkas. Men så långt får man icke gå, att man anser det på förtroende grundade rättsförhållandets natur fordra, att käranden skall hålla en hvilken som helst uppgift af svaranden för sann och vara betagen all befogenhet att ådagalägga uppgiftens oriktighet. Här synes *Nordlings* teori om bevisbördans fördelning enligt «det faktiskt beståendes system» vara på sin plats. Det bör åligga svaranden att nämna det faktum, hvarpå han stödjer sitt yrkande om frikännande, samt att till tid, ort och öfriga omständigheter, så vidt möjligt, närmare redogöra för detta faktum. Denna svarandens uppgift bör det därefter stå käranden fritt att med bevis vederlägga. Sålunda synas parternas stridiga intressen på det med förhållandets natur bäst öfverensstämmande sätt vinna tillgodoseende; svaranden undgår, såsom billigt är, att förebringa bevis för sitt påstående, och käranden blir å andra sidan ej helt och hållet öfverlemnad åt svarandens godtfinnande.

För den franska regeln om det kvalificerade erkännandets odelbarhet har ofvanberörda synpunkt icke varit utan bestämmande inflytande. Men denna synpunkt är dock icke den hufvudsakliga och den, som gifvit regeln dess mera konkreta innehåll. Det kvalificerade erkännandet är odelbart icke därför, att den erkännande är fri från skyldigheten att bevisa det däri ingående, till hans fördel talande faktum, utan därför, att, så länge sjelfva erkännandet länder till bevis, äfven den öfriga delen är bevisande. Endast på detta sätt kan det förklaras, att om vederparten sjelfständigt styrker sitt anspråks grund, den erkännande måste bevisa sin med erkännandet förknippade invändning. Det oriktiga i den franska rättens ståndpunkt framstår just vid beaktande däraf, att bevis för anspråkets grund å ena sidan fordras af kâranden och å andra sidan alltid är tillräckligt gentemot svaranden. Odelbarhetsregeln är orättvis på en gång emot båda parterna. Kâranden nödgas bevisa, hvad genom motpartens erkännande redan är fastställt, och då detta icke har eller kan ha sin orsak däri, att det erkända anses ej vara sant, står det icke till att bortförklara det besynnerliga uti, att bevis skall föras om något, som redan är bragt till visshet. Detta kan icke försvaras därmed, att kâranden, såsom man sagt, på sådant sätt ådagalägger, att han är oberoende af svarandens sanningskärlek och härigenom undanrödjer betingelserna för, att det kvalificerade erkännandet i dess helhet skall anses bevisande. Om man ser på de till stöd för odelbarhetsgrundsatsen anförda skälen, blir det sagda tydligt. Skälen bestå, enligt hvad förut utvecklats, dels däri, att kâranden, då han försummar skaffa sig bevis, sjelf aflägger ett vittnesbörd om svarandens sanningskärlek, hvarmed ej väl

skulle stå tillsamman, att kâranden sedan ville godkänna endast en del af svarandens anförande, samt dels och förnämligast däri, att svaranden, som erkänner, fastän han utan fara för att beslås med osanning kan bestrida, synes förtjena tilltro äfven i fråga om sådant, som är till hans förmän. Dessa kriterier på sanningsenligheten af hvad svaranden uppgifvit, mista ingalunda alltid sin betydelse därmed, att kâranden styrker grunden för sitt yrkande. Det är möjligt, att kâranden från början varit försedd med bevis, men att bevismedlen gått förlorade, och om nu svaranden, utan vetskap om sistberörda omständighet, afgifver ett kvalificeradt erkännande, kan det från ifrågavarande synpunkter icke vara riktigt att fasthålla principen om dess odelbarhet. Å andra sidan kan det hända, att kâranden, sin medkontrahent ovetande, förskaffat sig bevis, eller att kâranden väl uraktlåtitt detta men af en tillfällighet blir i stånd till att fullgöra sin bevisskyldighet, och här framstår det såsom en orättvisa mot svaranden att vid kvalificeradt erkännande låta bevisbördan med full tyngd falla på honom. Som man torde finna, är en regel, sådan som den franska, äfven med de modifikationer, hvilka doktrin och praxis däri infört, allt för generell och oböjlig. På omständigheterna i det särskilda fallet kommer det an, och till dem kan icke hänsyn tagas i ett lagbud, utan deras bedömande tillhör domstolen. Grunden till, att den sunda tanke, som innehålles i det franska stadgandet, icke fått ett tillfredsställande uttryck, har man säkerligen att i väsentlig mån tillskrifva den omständigheten, att lagstiftaren intvingat denna tanke under den felaktiga odelbarhets-synpunkten. Det ursprungliga spörsmålet om ett kvalificeradt erkännandes odelbarhet hade, som vi sett, en

helt annan innebörd. Då man skilde mellan capita conexa och capita separata och sökte att efter vissa regler bestämma gränsen dem emellan, så handlade det om att finna en princip för bevisbördans fördelning. Odelbarheten hänsyftade på, att den erkännandes vederpart var bevisskyldig i fråga om erkännandets tillägg, medan delbarheten betydde, att tillägget borde styrkas af den erkännande. Den franska regeln åter berör ej alls spörsmålet om fördelningen af bevisbördan; den hvilar på den fullkomligt riktiga iakttagelsen, att de förhållanden, under hvilka ett påstående af den med afseende därå bevisskyldige parten framställes, kunna vara sådana, att påståendet gäller såsom bevisadt. Men att här tala om en odelbarhet är uppenbarligen alldeles förfeladt. De två i det qualificerade erkännandet ingående olika elementen, hvilka med hänsyn till bevisskyldigheten fördela sig på parterna, äro båda bevisade. För den erkännandes motpart återstår nu ingenting annat än att föra ett mot invändningen riktadt motbevis; detta måste tydligtvis gå ut på att försvaga kraften hos de faktorer, hvilka förlänat invändningen trovärdighet, och kan icke afse att bringa till visshet de erkända fakta.

Enligt hvad det föregående gifver vid handen, innehåller den franska uppfattningen af det qualificerade erkännandet, frigjord från sin onaturliga klädnad, blott den, visserligen mycket viktiga sanningen, att part, som utan nödtvång erkänner, kan förtjena att bli trodd jemväl beträffande sådana uppgifter, hvilka han förebringa till sitt försvar. Detta ligger i sakens natur och behöfver icke positiv lag för att beaktas. Hur stor betydelse domstolen bör tillmäta berörda förhållande, låter sig helt naturligt icke med en allmän formel angifvas. I

detta afseende ställer sig saken väsentligen olika, efter som fri bevispröfning eller legal bevisteori är rådande. Med fri bevispröfning står det i domarens skön att anse den för parten sjelf förmånliga utsagan fullt bevisad, under det att den af legal teori bundna domstolen icke kan gå så långt.

Hvad angår den behandling, som, med hänsyn till odelbarheten i den franska rättens mening, vid rättskipningen, i brist på lagstadgande, kommit det qualificerade erkännandet till del, upplyser *Nellemann* ¹⁾ beträffande dansk rätt, att man städse varit böjd att, då käranden bygger beviset för grunden till sitt anspråk på svarandens erkännande, icke strängt fasthålla vid svarandens bevisskyldighet i fråga om hvad han åberopar till sin befrielse. Det vanliga är att med afseende därå ålägga käranden värjemålsed; sålunda dömer man, då svaranden till ett erkännande af erhållen försträckning fogar invändning om betalning, käranden att med ed förneka invändningens riktighet. Stundom ha domstolarna, när annat icke varit i saken upplyst, än hvad som innefattas i svarandens framställning, t. o. m. utan vidare friat svaranden, af skäl, att hans anförande måste under denna förutsättning tagas för godt till alla delar.

Vidkommande svensk praxis, säger Nya Lagberedningen ²⁾, att «i allmänhet torde den svenska domaren hafva företrädesvis omfattat de franska åsigterna». Vi våga betvifla, att denna uppgift är riktig. Det står väl för flertalet af vårt lands jurister såsom en trossanning, att ett qualificerad erkännande är odelbart, och i enlighet

¹⁾ a. a. sid. 372 ff.

²⁾ Betänkande, del 2, sid. 288.

med denna uppfattning anser man sig förfara vid dömandet, men den odelbarhet, som man sålunda gör gällande, innebär ej detsamma som den franska rättens odelbarhetsprincip. Då man för begreppet qualificerad erkännande finner utmärkande, att den erkännandes motpart icke går fri från att bevisa, så beror detta ej därpå, att man fränkänner sjelfva det rena erkännandet betydelse, utan därpå, att erkännandets tillägg angår ett till anspråkets grund hörande faktum; det är alltså fråga om en odelbarhet i samma, ofta nämnda mening som den, hvilken inlades i satsen: *confessio qualificata, continens capita connexa, non est dividenda*. Däremot torde icke, åtminstone icke annat än undantagsvis, den åsigten ha i rättsskipningen vunnit gehör, att ett erkännande och en invändning skola uppfattas såsom ett odelbart helt. Man läser tvärtom allt för litet i praxis taga hänsyn till de förut framhållna synpunkter, hvilka tala för sanningen af partens uppgift i dess helhet. Detta beror utan tvifvel därpå, att man i denna del fasthåller vid den legala bevis teorien, enligt hvilken parts utsaga till egen förmån saknar allt bevisvärde. Men äfven enligt den legala teorien synes förbiseendet af berörda synpunkter icke kunna försvaras. Det är nemligen icke utsagan i och för sig, som är bevisande, utan hvad som bör bestämma domarens öfvertygelse till partens fördel, äro de omständigheter, under hvilka utsagan afgifves. Så långt torde man därför äfven enligt vår lag kunna gå, att man ålägger käranden att med ed förneka riktigheten af det faktum, svarenden till sin befrielse åberopat.

Vår undersökning har ledt till det resultat, som redan inledningsvis angafs: begreppet kvalificerad erkännande betyder icke — där ej positiv lag annorlunda stadgat — en «särskild processform»; begreppet är därför helt och hållet öfverflödigt ¹⁾.

¹⁾ Äfven om man ansluter sig till *Nordlings* teori om bevisbördans fördelning, kommer det kvalificerade erkännande, som består af ett erkännande och en invändning, icke att förete något egendomligt. Enligt denna teori är kåranden skyldig att bevisa den af honom påstådda rättighetens bestånd, och häri kan gifvetvis den omständigheten, att svaranden, junte det han åberopar ett rättsupphäfvande faktum, erkänner fakta, hvilka åt rättigheten gifvit upphof, ej verka ändring. Så ock *Nordling*, a. a. sid. 25 ff. *Nordlings* uppfattning af det kvalificerade erkännandet står och faller med hans bevisskyldighetsteori öfver hufvud.



Rättelse.

Sid. 42 sista raden *står* capita *līs* capite.