
PROCESSINVÄNDNINGARNA

ENLIGT FINSK ALLMÄN CIVILPROCESSRÄTT

AF

R. A. WREDE.

PROCESSINVÄNDNINGARNA

ENLIGT FINSK ALLMÄN CIVILPROCESSRÄTT

AKADEMISK AFHANDLING

AF

RABBE AXEL WREDE,

J. U. D:R, V. HÄRADSHÖFDING.

Framställes med tillstånd af Juridiska fakulteten vid Kejsrerliga

Alexanders Universitetet i Finland till offentlig granskning

i Hist-fil. auditoriet den 29 Maj 1884 kl. 10 f. m.

HELSEINGFORS,

J. C. FRENCKELL & SON, 1884.

Förord.

Om processrätten, hvad beträffar en strängt vetenskaplig metod och noggrann begreppsanalys, ännu står så långt efter civilrätten, att den af en bland dess mest framstående målsmän kunnat benämnas den lilla hund, som samlar smulorna från civilrättens rikt försedda bord, är det klart att behandlingen af processrättsliga ämnen, isynnerhet under den monografiska formen, måste vara förenad med stora svårigheter. Ty då till och med de väsentligaste grundbegreppen i denna vetenskap ännu ej äro fastställda, löper framställningen alltid fara att antingen operera med begrepp, hvilkas betydelse är oviss, eller ock förlora sig i deduktioner, som icke höra till det föresatta ämnet, och hvilka stundom, särdeles då frågan är omtvistad, kunna växa till betydligt omfång.

Det är klart att dessa svårigheter skola ökas i samma mån, som ämnet för framställningen är omfattande samt själfva denna framställning af en eller annan orsak måste starkt begränsas. Men nu är just detta i hög grad fallet med föreliggande afhandling och det ämne, som den behandlar.

Med detta ämne, eller läran om processinvändningarna, eger för öfrigt det förhållande rum, att ehuru de satser, som ända till för kort tid sedan därom gälde, blifvit helt och hållet kullkastade, någon ny lärobyggnad ännu icke uppförts i stället för den gamla. Den man, för hvars angrepp denna föll, har blott angifvit planen för den nya läran, men icke själf lagt hand vid dess utförande, och de försök, som i sådant afseende blifvit gjorda af någre hans efterföljare, äro endast mer eller mindre ofullständiga utkast. Men om i fråga varande ämne således hör till dem, vid hvilkas be-

handling forskaren har endast ringa ledning af föregångares arbeten, erbjuder det i stället ett synnerligen rikt fält för nya undersökningar. På grund häraf och då det tills vidare endast är genom specialundersökningar, som vägen kan banas för en rent vetenskaplig uppfattning af civilprocessrätten, har förf. icke tvekat att till behandling upptaga detta ämne.

Att framställningen däraf ej kan vara uttömmande, är till följd af ämnets beskaffenhet och den yttre anledningen till arbetet helt naturligt. Men fastän den erbjuder luckor, ja, äfven om något af de resultat, hvartill undersökningen har ledt, skulle befinnas mindre riktigt, torde likväl ett försök att besvara dessa viktiga spörsmål ej vara utan alt gagn för vår processrätt.

Beträffande den yttre form, hvori afhandlingen framträder, må det slutligen tillåtas förf. att nämna, att om denna form, särdeles mot slutet, bär spår af brådska vid utarbetandet, detta berott på omständigheter, dem det ej stått i förf:s makt att bekämpa.

För att förekomma ett besvärligt uppsökande af de lagrum, till hvilka afhandlingen oftast hänvisar, anföras här i ett sammanhang de ställen i rättegångsbalken, som härvid förnämligast komma i betraktande och till hvilkas tolkning denna afhandling är afsedd att utgöra ett bidrag. De §§, hvilka undergått ändring genom förordningen af den 27 April 1868, äro anförda med den lydelse, de genom sagda förordning erhållit.

16 Cap. Om hvarjehande invändningar i rättegång; så ock uppskof.

1 §. Nu kommer svaranden för Rätta, men säger, at saken til then Domstol ej hörer; pröfve thet Domaren, och gifve sitt utslag ther öfver. Nöjes endera parten ej deråt, gifve han det Rätten tillkänna genast, eller sist innan nästa dagen tilländagått och lägge sedan dess besvär in i Hofrätten inom hälften af den tid, som för lagvadda saker i 25 kap. 9 och 15 §§ föreskrifven är; vare ock Domaren skyldig att teckna å utslaget hvad dag, klockan före tolf,

det ske bör. Försummar then missnöjde någotthera, som nu sagdt är; hafve i thy mål ej vidare talan: och tå i hufvudsaken dömes; böte han tiugu daler, eller mera, om thet pröfvas, at han thet inkast giordt upsätelig, at saken ther med uppehålla.

2 §. Gifver han sina besvär i Hofrätten in i rättan tid; lägge Hofrätten vederdelomannen viss dag före vid vite at svara, efter thy han när eller fierran stadd är: Fordre ock Domarens förklaring in, om thet tarfvas. Sedan döme Hofrätten ther öfver utan upskof; och then ohemult klagadt, böte tretijo daler, eller mera, som saken är til. Ej må hos konungen i thet utslag ändring sökas. Gör någon den invändning emot Hofrätten i de saker, som der straxt instämmas eller upptagas; kungöre den, som tappat, sitt missnöje inom klockan tolf å tredje dagen, den oräknad då utslaget föll, och lägge sina besvär in hos kejsaren, inom hälften af den tid, som i 30 kap. 19 § sägs.

3 §. Vänder någor in, thet flere hafva i saken del, och at the instemmas böra, och tillika med honom svara; gånge ther med på samma sätt, som nu föreskrifvit är.

4 §. Gör någor annan invändning, än nu sagdt är, ehvad thet är emot Domaren, eller emot vederpartens person, eller at han ej vil inlåta sig i tvisten med honom, eller emot vitnen, eller ehvad eljest invändes antingen förut, eller sedan han begynt i saken svara; gifve Domaren sitt utslag ther öfver särskilt, om målet thet fordrar: och antingen thet i hufvudsaken binder, eller ej, fortfare han ej thes mindre genast ther på med hufvudsaken, äntå at någorthera parten sitt missnöje förklarar inom then tid, som i 1 och 2 §§ stadgadt är. Ej må Öfverdomaren besvär öfver fel i rättegången emottaga, innan Underdomaren i hufvudsaken dömdt. Söker then, som tappadt, högre Rätt i hufvudsaken; stånde honom tå fritt sina besvär i the fall, som sagdt är, tillika framföra.

5 §. Alla invändningar skola i rättegångens början på en gång företes, ther the sådana äro, at thet ske kan. Finnes någor

hafva ther med innehållit at sakens slut hindra; böte tijo, tjugu, tre-tijo daler, eller mera, efter som saken är til.

25 Cap. Om laga vad, och thes fullföljande; så ock om besvär öfver felachtighet vid rättegången.

21 §. Nu vil enthera parten, som sielf vid Rätten när varit, eller ther fullmächtig haft, visa domvillo, eller-at andre sådane fel vid rättegången förelupit, at domen förthy ogillas bör, såsom: at dom är fäld af then, som ej varit til Domare lagliga förordnad, eller ej svurit Domare ed; eller at Rätten ej varit domför; eller at dömdt är öfver thet, som ej instemdt, eller ther ej vädjadt, eller vad ej tillåtit varit; eller at then dom är ändrad, som vunnit laga kraft; eller at Rätten dömdt i hufvudsaken, innan parten fått utslag öfver thet, som han förut invändt och påmint; eller tå saken varit instemd til annan domstol; eller dömdt, laga målsman ohörd, öfver thens rätt, som sielf ej kunnat efter lag, för Rätta svara; eller tå then, som saken drifvit, ej haft sakägarens laga fullmacht; eller mera thylikt, som emot en laga rättegång strider: i alla thessa fall må parten sig i Hofrätten besvära, inom then tid, som then 5 § förskrifver. Försummas thet, varde thes talan i Hofrätten ej uptagen, ther konungen ej finner skiäl, försutten tid at återställa, som i 31 Cap. sägs.

Innehåll:

	Sid.
Inledning	1.
<p style="text-align: center;">I. Historisk öfversigt af läran om processinvändningarna.</p>	
§ 1. Romerske rätten och den äldre tyska processrätten	8.
§ 2. Medeltidens juridiska vetenskap	14.
§ 3. Tysklands „gemeine Recht“	21.
§ 4. Frankrikes, Englands och Skandinavien's processrätt	29.
§ 5. Bülow's lära och den nyaste tyska processvetenskapen	35.
<p style="text-align: center;">II. Processinvändningarnas begrepp.</p>	
§ 6. Är processen ett rättsförhållande?	42.
§ 7. Begreppet processförutsättning	55.
§ 8. Begreppet processinvändning	58.
§ 9. Absoluta och dispositiva processinvändningar	65.
<p style="text-align: center;">III. Öfversigt af de enskilda processinvändningarna.</p>	
<p style="text-align: center;"><i>A. Invändningar, som hänföra sig till domstolen.</i></p>	
§ 10. Invändningen om domstolens kompetens eller behörighet	72.
§ 11. Jäf emot domaren	80.
<p style="text-align: center;"><i>B. Processinvändningar, som hafva afseende på parterna.</i></p>	
§ 12. Invändningen om bristande habilitet att processa	88.
§ 13. Invändningen om flere parter's instämmande och andra fall af bristande saklegitimation	91.
§ 14. Bristande processlegitimation	102.
<p style="text-align: center;"><i>C. Processinvändningar, som hänföra sig till föremålet för rättegången.</i></p>	
§ 15. Invändningen att saken ej är domstolssak	106.
§ 16. Invändningen om rättskraften	108.
§ 17. Invändningen om sakens anhängighet	120.

D. *Processinvändningar, som afse käromålets väkande och utförande.*

	Sid.
§ 18. Invändningarna om stämningen	125.
§ 19. Käromålets ottydlighet eller logiska omöjlighet	130.
§ 20. Invändningen om käromålets ändrande	134.
§ 21. Processinvändningar, som förekomma i utländska processlagar, men äro obekanta för vår rätt	139.

IV. *Värkan af processinvändningarna och deras behandling i rättegången.*

§ 22. Processinvändningarnas värkan. Hvad innebär rättegångens ogiltighet?	144.
§ 23. Processinvändningarnas behandling i den äldre svenske rätten	155.
§ 24. Tiden, då processinvändningarna böra göras gällande och följden af dess fösummande	159.
§ 25. Bevisbördans fördelning mellan parterna	167.
§ 26. Om särskildt förfarande för processinvändningar	174.
§ 27. Domstolens utslag i anledning af sådana invändningar	186.
§ 28. Rättstmeden i fråga om processinvändningarna	193.

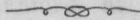
Förkortningar:

- Endast med författarens namn anföras vanligen *v. Savigny's, Puchta's, Windscheid's, Wächter's, Vangerow's* och *Sintenis'* arbeten öfver pandekterna och den i Tyskland gällande romerska civilrätten, samt läroböckerna i civilprocessrätt af *Keller* (5 upl. 1876 utg. af Wach), *Bethmann-Hollweg*, I—VI, *Wetzell* (3 upl. 1878), *Rencaud* (1867), *Endemann* (1868), *Fitting* (5 upl. 1880), *Nehrman* (2 upl. 1751), *Schrevelius* (1853) och *Broomé* (1882), äfvensom
- Bilow*, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen. Giessen 1868.
- Osterloh*, Die Lehre v. d. prozesshindernden Einreden nach deutschen Civilprozessrecht, i Z. f. d. C. P. III, 43—103.
- Schwalbach*, Die Prozessvoraussetzungen im Reichscivilprozess, i C. A. LXIII. 390—430.
- Heyssler*, Die Prozessvoraussetzungen nach österreich. Rechte, i Grünhut's Z. I, 114—151.
- Koch*, Der Preussische Civilprozess, 2 upl. Berlin, 1855.
- Wach*, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung. Bonn 1879.

- Seuffert*, Civilprozessordnung (Kommentar till C. P. O.), 2 upl. 1883.
Struckmann-Koch, d:o d:o 3 upl. 1880.
Boitard, Lecons de procédure civile, 11 upl. utg. af *Colmet-Daage*, Paris 1872.
Bang og Larsen, Systematisk Fremstilling af den danske Procesmaade, I, København 1841.
Nellemann, Den ordinaire civile Procesmaade, 3 upl. K:havn, 1881.
Schweigaard, Den norske Proces, Christiania 1862.
Afzelius, Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål. Stockholm 1882.

I förkortad form citeras äfven följande tidskrifter:

- Archiv für die civilistische Praxis (= C. A.).
 Kritische Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
 Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. d. *Gruchot*, hrsg. v. *Rassow* und *Küntzel*.
 Zeitschrift für deutschen Civilprozess, hrsg. v. *Busch*.
 Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, hrsg. v. *Linde* etc.
 Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht, hrsg. v. *Grünhut*.
 Juridiskt Arkiv, utgifvet af *C. Schmidt*.
 Nytt juridiskt Arkiv, utg. af *Holm*.
 Tidskrift för Lagstiftning, Lagskipning etc., utg. af *Naumann*.
 C. P. O. = Civilprozessordnung für das deutsche Reich.
 C. pr. = Code de procédure civile.
 A. G. O. = Allgemeine Gerichtsordnung. Den österrikiska (Öst.) är af år 1781, den preussiska (Pr.) af 1793.
 Ö. F. = Entwurf einer Civilprozessordnung. Wien 1876.
 D. F. = Udkast till Lov om den borg. Retspleje. K:havn 1877.
 Sv. F. = Svenska lagkomitéernas förslag till Rättegångsbalk, förre delen: om rättegång i tvistemål. 1822 och 1849.



Svensk Civilprocessordning (Kommander till C. P. O. 2 april 1882.
Svenska-Rätt. do. 8 april 1880.

Boisier, Lecons de procedure civile II 4th ed. et Collet-Duques, Paris
1872.

Boisier, Cours Systematiser Fremstilling af den danske Processordning.
L. København 1841.

Zeitschrift für den ordmässigen Civil Processordning 3 April 1881.
Zeitschrift für den ordmässigen Civil Processordning 1882.

Zeitschrift für den ordmässigen Civil Processordning i Kristiania.
Stockholm 1882.

I följande form öfversatt från följande föreläsningar:
Archiv für die civilistische Praxis (C. P. O.).

Kritische Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, bearb. v. Gesseler, Prag.

v. Rönne und Kuntze.
Zeitschrift für den deutschen Civilprozess, Prag v. Bösch.

Zeitschrift für Österreich und France, Prag v. Lind v.
Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht, Prag v. Grünwald.

Zeitschrift für den Civilprozess, Prag v. Grünwald.
Zeitschrift für den Civilprozess, Prag v. Grünwald.

Zeitschrift für den Civilprozess, Prag v. Grünwald.
Zeitschrift für den Civilprozess, Prag v. Grünwald.

C. P. O. = Civilprocessordning für das deutsche Reich.
C. P. O. = Code de procedure civile.

A. G. O. = Allgemeine Gerichtsordnung. Den österrische (Öst.) är till
år 1781 den processiska (Pr.) år 1793.

O. F. = Entwurf einer Civilprocessordnung. Wien 1876.
D. F. = Utkast till lov om den borg. Processlög. Köpen 1871.

Sv. F. = Svenska lagkommissionens förslag till Rättshänsedning, förtida delar.
om utläggning i Kristiania. 1832 och 1843.

...

...

...

...

...

...

...

...

...

Inledning.

Den första fråga, som i en framställning af detta ämne synes påkalla ett svar, är denna: hvad förstås med *invändning* i allmänhet?

Att meddela en tillfredsställande definition af begreppet *invändning* är dock isynnerhet på den grund en ytterst vanskelig uppgift, att sagda begrepp i den juridiska vetenskapen omfattar åtminstone tvänne särskilda slag af fakta eller försvarsgrunder, hvilka äro hvarandra till den grad olika att de sakna nästan alla gemensamma kännetecken. Det är nämligen klart att till följd häraf definitionen antingen måste uppräknas alla egenskaper, som utmärka hvardera gruppen särskildt, eller ock blifva utan allt egentligt innehåll. Då således ur det allmänna begreppet någon insigt ej kan vinnas om de tvänne hufvudgrupperna af *invändningar*, måste man, för att lära känna deras verkliga karaktär, behandla dem hvar för sig särskildt.

Af dessa grupper, hvilka kunna kallas *sakinvändningar* och *processinvändningar*, skall endast den senare blifva föremål för denna afhandling. Men för att kunna fast afgränsa densamma gent emot *sakinvändningarna*, med hvilka den ofta blifvit sammanförd, är det nödvändigt att äfven kasta en blick på de sist nämnda och åtminstone till hufvuddragen angifva deras egendomliga väsen. Vi börja med dessa.

Alt försvar, hvarigenom den med rättegång angripne parten söker utvärka det mot honom väkta anspråkets förkastande såsom obefogadt, är huru mångfaldigt det än kan synas dock endast af tvänne slag. Antingen kan nämligen svaranden förneka sanningen af den faktiska grund, hvarpå käranden stöder sitt anspråk, eller ock kan han framställa

sådana påståenden, som, ehuru de i sig själfva icke strida mot den af kändanden anförda grunden, likväl låta detta anspråk framstå såsom oberättigadt. I förra fallet säges svaranden *bestrida* käromålet, i senare händelsen gör han däremot *invändningar*.¹⁾ Detta är dock icke så att förstå såsom skulle invändningen nödvändigt innebära ett erkännande af grunden för käromålet. Svaranden kan, jämte det han invänder, erkänna sagda grund, men han kan äfven lämna frågan om dess riktighet ofgjord. Däremot får icke hans påstående innebära ett förnekande däraf, ty detta låter endast eventuellt förena sig med en invändning.

För att förtydliga detta och visa huru det kan vara möjligt att på en gång erkänna grunden för kändandens anspråk och tillika anhålla om detta anspråks förkastande, böra vi i korthet redogöra för käromålets rättsliga natur och de förutsättningar, som måste vara för handen för att det skall godkännas af domstolen.

Käromålet är enligt vår uppfattning riktadt mot domstolen eller rättare mot staten, hvilken här representeras af domstolen såsom dess organ, samt innehåller i främsta rummet en anhållan om statsmaktens bistånd i och för realiserandet af en störd privaträttighet eller af ett anspråk, som kändanden påstår sig hafva hos svaranden.²⁾ Anspråk är

¹⁾ Såsom ett tredje slag af försvar anföres vanligen *rättslig motdeduktion*, d. ä. ådagaläggandet däraf att anspråket, äfven om de till stöd för detsamma anförda faktiska omständigheter äro fullkomligt riktiga, likväl icke är å lag grundadt (se t. ex. *Fitting*, 104). Men som domstolen, om ett dylikt förhållande eger rum, är pliktig att ex officio beakta detsamma och på grund däraf förkasta käromålet, samt ett utvecklande däraf från svarandens sida för den rättskunnige domaren således i regeln ej kommer i fråga, är detta försvarsmedel af så ringa betydelse i praktiskt hänseende att det här ej behöfver tagas i betraktande.

²⁾ I den gamla romerska rättegången (detta gäller såväl legisactions- som formularprocessen), var förhållandet visserligen ett annat. Här begärde kändanden hvarken någon hjälp eller ens ett utslag af domstolen, han begärde öfver hufvud intet, utan gjorde själf genom egna handlingar sin rätt gällande; *Demelius*, *Die Confessio im röm. Civilprocess* o. s. v. (1880), 41, jfr 115. Men detta upphäfver på intet sätt riktigheten af det i texten sagda med afseende å den moderna rättegången.

här den på grund af ett rättsförhållande en person tillkommande makt att af en annan fordra ett visst handlande eller underlåtande.³⁾ Men med anspråkets blotta nämnande är det ingalunda nog. Ty af det nakna påståendet att t. ex. svaranden är pligtig att åt kändanden betala 100, utan att därvid nämnas om denna fordran uppstått genom försträckning eller köp o. s. v. kan domstolen icke en gång veta om hvilket enskildt anspråk här är fråga, och ännu mindre huruvida detta värkligen tillkommer kändanden. För dessa bägge ändamål, för anspråkets individualiserande och för att visa dess berättigande är det fördenskuld nödvändigt att kändanden äfven anför dess *grund* eller, såsom vår lag uttrycker sig, „skälen dertill.“⁴⁾

Hvad förstås då med ett anspråks grund? Uttrycket kan tagas i flere betydelser. I den mest vidsträckt utmärker det samsamfattningen af alla de omständigheter, hvilka måste vara för handen för att kändandens anspråk skall vara lagligen berättigadt. Denna grund är tvåfaldig, nämligen *rättsgrunden*, eller tillvaran af en rättssats, som under förutsättning af vissa faktiska omständigheter gifver anspråket laglighet, och *den faktiska grunden* eller tillvaran af dessa omständigheter i det föreliggande fallet. Emedan hvarje anspråk, för att vara berättigadt, förutsätter ett rättsförhållande mellan parterne, kan man ock från anspråkets grund i denna mening särskilja sagda rättsförhållande såsom den närmaste grunden, hvarpå anspråket omedelbart stöder sig och som utgör det hufvudsakliga föremålet för domstolens pröfning.

Nu är det visserligen klart att om alla de moment, hvilka tillsammans utgöra denna grund i vidsträckt mening, ostridigt äro för handen, anspråket icke kan ogillas af dom-

³⁾ Från anspråk i denna mening (materiellt anspråk) bör man skilja det af kändanden inför domstolen framställda (processuella) anspråket, petitum, Klagbitte, d. ä. kändandens yrkande att en viss rättighet, som han uppger sig hafva gent emot svaranden, måtte realiseras, därvid det är alldeles ovisst om den föregifna rättigheten i verkligheten existerar eller icke. Jfr härom t. ex. *Wächter*, I, 171, *Wach*, 15, n. *).

⁴⁾ R. B. 14: 15.

stolen och att således, om svaranden erkänner sagda grund i dess totalitet, något rum för invändningar icke finnes. Emellertid är det icke hela denna grund, på hvars bestridande eller erkännande det vid bestämmandet af invändningens betydelse kommer an, utan endast en del däraf eller de i käromålet uttryckligen anförda omständigheter. Käranden behöver nämligen, för att lagligen styrka sitt anspråk, icke åberopa hela dess grund i nyss anförda betydelse. Först och främst behöver den rättsliga grunden aldrig anföras, emedan den antages ex officio vara bekant för domstolen. Af den faktiska grunden åter behöfva blott de omständigheter nämnas, af hvilka anspråkets uppkomst beror, men icke de, som för dess fortfarande bestånd hade varit nödiga, och af de förra ej håller sådana generella moment, som konstituera det i fråga varande rättsförhållandets allmänna begrepp, utan blott de för detta specifika rättsförhållandets uppkomst erforderliga omständigheter. Dessa fakta, som i den tyska processrätten sammanfattas under det tekniska namnet "Klagegrund"⁵⁾ kunna af oss betecknas såsom anspråkets grund i trängre mening. Då denna grund således icke omfattar alla betingelser för anspråkets giltighet, inses det lätt att, äfven om den är riktig, anspråket ändock kan vara obefogadt, helt enkelt emedan bristen kan ligga i någon annan, af käranden icke anförd omständighet. En sådan brist är det alltid, som genom invändningen göres gällande. I motsats till bestridandet, som alltid hänför sig till något af de anspråket eller rättsförhållandet konstituerande fakta, gäller invändningen alltid någon annan omständighet.

Med invändning i denna mening förstå vi i följd häraf hvarje af svaranden framställt påstående, som fastän förenligt med den af käranden uppgifna grunden för hans anspråk, likväl afser att värka anspråkets förkastande. In-

⁵⁾ C. P. O. §§ 230, N:o 2 och 240; jfr *Wach*, 18 ff. 157 f. samt för „das gemeine Recht“ *Wetzell*, § 16. I vidsträktare betydelse toges uttrycket af *Fitting*, § 33 n. 4.

vändningen grundar sig alltid på ett själfständigt faktum, som svaranden gör gällande och fördenskuId äfven måste bevisa på samma sätt som kändanden är skyldig att, om så fordras, med bevis styrka de af honom återopade omständigheter.⁶⁾ Äfven detta faktum eller själfva det af svaranden till stöd för hans invändningspåstående antörda sakförhållandet, kallas stundom invändning, isynnerhet i uttrycket hafva en invändning, hvilket ej betyder annat än att en sådan omständighet, som kan begrunda en invändning i ofvan angifna mening, är för handen.

Att detta moderna begrepp, som vi här benämnt invändning, är någonting helt annat än romerske rättens exceptio, torde knapt behöfva uttryckligen betonas.⁷⁾ Däremot måste invändningen i denna betydelse noga begränsas gent emot ett annat område, där vi träffa på samma namn, men såsom utmärkande ett helt annat begrepp. Vi afse därmed de s. k. processinvändningarna.

Invändningen i den betydelse vi hittills lärt känna har med bestridandet det gemensamt, att hvardera afser att framkalla ett sådant utslag af domstolen, hvarigenom käromålet skulle underkännas och förkastas. Bägge dessa slag af försvar hafva således till förutsättning anspråkets pröfning af domstolen, eller med andra ord, ett utslag i själfva saken, ett afgörande huruvida kändandens anhållan om statsmaktens biträde till genomförande af hans störda rätt är

⁶⁾ R. B. 17: 33. Denna ej mindre af hänsyn till rättvisa och bilighet än från den praktiska ändamålsenlighetens synpunkt öfveralt införda fördelning af bevisbördan mellan parterne sammanhänges således på det närmaste med den ofvan nämnda anordningen, enligt hvilken kändanden ej behöfver uttryckligen nämna alla de betingelser, som hans anspråk för att vara lagligen grundadt ovilkorligen förutsätter, utan endast en del af dem.

⁷⁾ I afhandlingen „Om Kvittning“, 74, n. 2, samt 171, har förf., för att skilja den nyare processrättens invändningar från de romerska exceptiones, kallat de förra invändningar i processuel betydelse. Här, hvarest en förväxling med begreppet exceptio icke behöfver befaras, vore ett sådant tillägg ej blott öfverflödigt, utan ock, med afseende å den distinktion, hvarom nu är fråga, rent af vilseledande.

befogad eller ej. Emellertid kan svaranden stundom äfven afböja ett sådant afgörande samt yrka att domstolen icke tager någon befattning med kändens anspråk, icke utlåter sig öfver dess befogenhet. Obestriddigen är äfven detta ett försvar och därtill ett ganska värksamt sådant, ty utan anspråkets upptagande till pröfning kan det naturligtvis ej håller godkännas af domstolen eller ändamålet med processen vinnas af känden. Ett sådant yrkande, att saken ej måtte blifva föremål för domstolens pröfning, är det nu, som man kallat processinvändning. Naturligtvis måste detta yrkande, för att vinna afseende, stöda sig på någon af svaranden anförd grund, d. ä. en omständighet, som är egnad att låta kändens anhållan om anspråkets pröfning af domstolen framstå såsom oberättigad. Denna grund består, enligt hvad längre fram skall visas, däri att någon af förutsättningarna för en giltig rättegång eller, såsom de ock kunna kallas, processförutsättningarna icke förefinnes. Och i öfverensstämmelse med hvad nyss nämdes beträffande sakinvändningarna, betecknar äfven här namnet invändning dels själfva det af parten framställda påståendet dels det faktum, hvarpå detta grundar sig, eller här bristen på en processförutsättning.

Processinvändningarna skilja sig således från invändningarna i sak såväl med afseende å syftmålet som till beskaffenhet och värkning. Medan de sist nämnda endast vända sig mot det materiella anspråkets godkännande af domstolen äro de förra riktade mot kändens anhållan, att få detta anspråk pröfvadt, eller med andra ord: sakinvändningarna hänföra sig alltid till de faktiska förutsättningarna för det materiella anspråket, processinvändningarna åter till förutsättningarna för anspråket på sakens upptagande till pröfning, d. ä. för en giltig rättegång och dom. Dessa afse följaktligen icke att befria svaranden från kändens anspråk (*absolutio ab actione*), utan att befria honom från denna rättegång (*absolutio ab instantia*), och deras godkännande eller förkastande utöfvar förty ingen värkan på sagda anspråk eller på rättsförhållandet mellan parterne.

Likaledes är olikheten mellan dessa bägge grupper med afseende å deras behandling i rättegången ganska betydlig. För det första tillkomma sakinvändningarna endast svarandeparten och måste uttryckligen göras gällande af honom, vid äfventyr att annars något afseende vid dem icke fästes af domstolen. Däremot gifves det ej blott sådana processinvändningar, som jämväl tillkomma kåranden, utan de flesta af dem äro, såsom längre fram skall visas, af den beskaffenhet att de dessutom både kunna och böra prövas af domstolen ex officio, äfven om ingendera parten skulle fästa dennes uppmärksamhet vid dem. Vidare måste sakinvändningen alltid bevisas af svaranden (R. B. 17: 33), men med afseende å processinvändningen kan bevisningen stundom åligga kåranden, äfven om den gjorts gällande af svaranden. Denna omständighet beror dock icke därpå att i fråga om bevisbördans fördelning mellan parterne andra slags regler vore gällande för processinvändningarna, utan därpå att man till dessa hänfört jämväl sådana förutsättningar, som utgöra den konstituerande grunden för rättegångens giltighet, och hvilkas bevisande derfor enligt allmänna regler bör åligga kåranden. Slutligen är det att märka det sakinvändningarna alltid bevisas först under loppet af förhandlingen i hufvudsaken (iudicium), samt afgöras tillsammans med det slutliga utslaget i hufvudsaken, medan åter processinvändningarna ofta ej blott framställas och bevisas, utan äfven afgöras innan förhandlingen öfver det materiella anspråket tager sin början.

berende af ett svarande i negativ form uttryckt i en exception
 hvares existens det låg index att undersöka. En exception

 (R. B. 17: 33) Gården IV, 119, 2 pr. D. de exceptionibus
 XLIV, 1 pr. Beckmann-Förbergs II, 831 f. Köber, 187 f. Den iure iure
 iure behöfves, som utmärkt den klassiska rätts exceptionis till skillnad
 från iure iure värande förvaringsrätt, och hvilken berorde hufvudsak-
 ligen på eliheten mellan ius civile och ius honorarium kan här ålyd-
 ket hällre förbigås, som den upphörde efter formlarprocessens fall och
 således för den justitiariske och resp. rätts rätten är utan all
 intress. Förrens ståndpunkt i denna fråga är också utöfningens framställ-
 i förhandlingen "Om Kvitningar", 76 B. 200 med inläggning

I. Historisk öfversigt af läran om processinvändningarna.

§ 1. De antydningar, hvilka för vinnandet af nödig orientering i ämnet i den föregående inledningen blifvit så att säga på förhand framkastade, kunna först längre fram, vid undersökningen af processinvändningarnas begrepp och deras behandling i rättegången erhålla en fullständig belysning. Men innan vi komma till dessa ämnen är det nödvändigt att kasta en blick på de tidigare utvecklingsskeden, som läran om processinvändningarna genomgått. Att vi härvid börja med *romerske rätten* beror därpå att nyss nämnda lära i dess tidigare gestaltningar på det närmaste sammanhänger med indelningen af de romerska exceptiones i peremptoriska och dilatoriska.

I yttre, formelt hänseende var *exceptio* under den romerska processens klassiska period ett tillägg till formulan, hvilket innehöll ett undantag (däraf namnet *exceptio*) från kondemnationsbefallningen, i det denna därigenom gjordes beroende af ett, vanligen i negativ form uttryckt, vilkor, hvars existens det ålåg iudex att undersöka ¹⁾. En *exceptio*

¹⁾ *Gaius*, IV, 119; l. 2 pr. och l. 22 pr. D. de exceptionibus, XLIV, 1, jfr *Bethmann-Hollweg*, II, 391 f. *Keller*, 157 f. Den inre materiella betydelse, som utmärkte den klassiska tidens *exceptio* till skilnad från *ipso iure* värkande försvarsgrunder, och hvilken berodde hufvudsakligen på olikheten mellan *ius civile* och *ius honorarium*, kan här så mycket hellre förbigås, som den upphörde efter formularprocessens fall och således för den justinianske och reciperade romerske rätten är utan allt intresse. Förf:s ståndpunkt i denna fråga är ock utförligare framställd i afhandlingen „Om Kvittning“, 76 ff.

peremptoria eller *perpetua* ²⁾ hänförde sig nu till en sådan omständighet, som alltid eller när som helst kunde af svaranden göras gällande, såsom t. ex. *exc. doli, rei iudicatae, m. fl.* *Exceptio dilatoria* åter var en sådan, som endast under en viss tids förlopp kunde med framgång göras gällande och hvilken kâranden därför kunde undvika om han återtog sin *actio* och inhiberade processen för i fråga varande tidrymd. Hit hörde bl. a. *exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, exc. excussionis v. ordinis, exc. litis dividuae* och *rei residuae* o. s. v.

Såsom nämdes kunde kâranden, när hans vederpart framstälde en *exceptio* för pretorn, återtaga sin *actio*. Likaledes kunde pretorn, i händelse exceptionen var likvid, vägra kâranden den *actio* han begärt. Men skedde icke detta, blef exceptionen såsom tvifvelaktig införd i formulan. Godkändes den nu af *iudex*, så var påföljden häraf, vare sig det gälde en *exceptio peremptoria* eller *dilatoria*, alltid densamma, nämligen fullständig och definitiv befrielse för svaranden från kârandens anspråk, ohjälplig förlust af detta anspråk för kâranden ³⁾. Detta, som med afseende å de peremptoriska invändningarna synes helt naturligt, men i fråga om de dilatoriska måste förefalla nog hårdt och godtyckligt, berodde på de i den klassiska processen gällande stränga grundsatzerna angående den s. k. konsumtionen. Därmed förstods den princip att en och samma *actio* icke kunde mer än en gång användas till fullföljande af ett visst anspråk. Det afgörande momentet var härvid *litis contestatio*. Genom denna blef nämligen kârandens *actio* alldeles upplöst, eller kanske hellre förbytt i ett nytt anspråk, hvilket hade till innehåll afgifvandet af dom i saken och svarandens förpligtelse att fullgöra domen. Den var således förbrukad, konsumerad och kunde förty ej ytterligare användas ⁴⁾.

²⁾ *Gaius* IV, 120—122; l. 3 D. h. t. Jfr *Bethmann-Hollweg*, II, 405 f., *Keller*, 168 f., *Bulow*, *Processeinreden*, 264 f.

³⁾ *Gaius*, IV, 123. *Bethmann-Hollweg*, II, 406, *Bulow*, 273.

⁴⁾ *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum: nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur,*

Såsom man häraf kan finna egde indelningen af exceptiones i peremptoriae och dilatoriae icke något sammanhang med skilnaden mellan invändningar i sak och processinvändningar. I den efterklassiska och justinianska processen var det icke annorlunda. Ehuru någon formula icke mer gafs, bibehöllo likväl de båda nämnda grupperna af exceptiones i det närmaste sitt förra omfång, och äfven med afseende å å bevisningen blefvo de gamla reglerna gällande.

Visserligen skedde en förändring med afseende å värkningarna af de temporelt dilatoriska invändningarna, d. ä. de, hvilka afse att tillbakavisa ett för tidigt väkt anspråk⁵⁾. Ty i stället för att enligt den äldre rätten ett anspråk, hvilket till följd af en sådan invändning förkastats, icke kunde någonsin göras med framgång gällande, tilläts numera käranden att efter dubbelt så lång tids förlopp, som ännu skulle hafva återstått till förfalldagen, åter söka ut anspråket, blott han ersatte svaranden för hans konstnader i den förre rättegången⁶⁾. Härigenom fingo väl exceptiones

incipit autem teneri reus litis contestatione. — — Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo, dari mihi oportere, quia litis contestatione dari oportere desiit. — — *Gaius*, III, 180, 181, jfr IV, 107. — — facit, ut res in iudicium deducta videatur, et stipulationem consumit; l. 66 D. de procurat. III, 3. Jfr bl. a. *Keller*, Ueber Litis Contestation und Urtheil, o. s. v. (1827), §§ 8—12, *Civilprocess*, § 60, *Bethmann-Hollweg*, II, § 103. Den yttersta grunden till konsumtionen måste sökas i legisactionsprocessen och bestod däri att de solenna handlingar, hvarigenom rättegången rörande ett visst anspråk inleddes, icke kunde förnyas. Se för öfrigt angående litis contestatio i romerske rätten en uppsats af förf. i *Jur. för. tidskr. för år 1883*, s. 127 ff., samt de darsammastädes, n. 1, citerade arbeten.

⁵⁾ Utom dessa invändningar innefatta exceptiones dilatoriae jämväl sådana, som bero därpå att prestationens uppfyllande i främsta rummet åligger någon annan person än svaranden, och hvilka af *Gaius* benämnas exceptiones ex persona dilatoriae. *Gaius* IV, 124; jfr *Bulow*, 263.

⁶⁾ I fråga varande bestämmning är upptagen i § 10 I. de exceptionibus, IV, 13, där den lyder:

ergo hi, quibus intra tempus agere volentibus obicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriae istae exceptiones appellantur, alioquin, si

dilatoriae så tillvida en viss likhet med processinvändningar, att äfven dessa, om de godkännas, icke hindra käranden att efteråt ånyo göra samma anspråk gällande, och på grund af denna helt och hållet tillfälliga och yttre likhet trodde man under en lång tid att de värkligen antagit karaktären af processinvändningar, hvilka åsyftade rättegångens upphäfvande, absolutio ab instantia, relaxatio ab observatione iudicii⁷⁾. Emellertid inses det vid närmare betraktande lätt att denna uppfattning är grundfalsk. De dilatoriska invändningarna hänförde sig nu liksom förut till det materiella anspråket, icke till någon processuel brist, och deras syfte var fortfarande att värka käromålets förkastande såsom obefogadt, men icke att förekomma en giltig förhandling och dom i saken. Att det sålunda afböjda anspråket åter kunde efter en viss tid göras gällande, berodde här därpå att domens rättskraft var till tiden begränsad, medan åter samma företeelse, då anspråket afböjts genom en processinvändning, var en följd däraf att domstolen icke tagit någon befattning med saken, att någon res iudicata icke uppstått⁸⁾.

intra tempus egerint obiectaque sit exceptio, neque eo iudicio quidquam consequerentur propter exceptionem nec post tempus olim agere poterant, cum temere rem in iudicium deducebant et consumebant, qua ratione rem amittebant. hodie autem non ita stricte haec procedere volumus, sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus est, Zenonianae constitutioni subiacere censemus, quam sacratissimus legislator de his qui tempore plus petierunt protulit, ut et inducias, quas, si ipse actor sponte indulserit vel natura actionis continet, contempserat, in duplum habeant hi, qui talem iniuriam passi sunt, et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint, ut actores tali poena perterriti tempora litium doceant observare.

Den konstitution af kejsar Zeno, som här åberopas, återfinnes i l. 1 C. de plus petitionibus, III, 10.

⁷⁾ Denna uppfattning återfinnes ännu hos *Puchta*, Institut. II, 239 (7 upl.), *Vangerow* I, 281 (6 upl.), *Planck*, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Processrecht (1844), 14 f. m. fl.

⁸⁾ Jfr *Bethmann-Hollweg*, III, 287, 292, *Bulow*, 275 ff., *Wieding*, Der Justinianische Libellprocess, 394 ff. Begreppet ab observatione iudicii relaxare, hvilket ej ens förekommer i § 10 I. cit., har man på det

De romerska exceptiones dilatoriae voro således, äfven efter den nyss beskrifna förändringen, inga processinvändningar utan rena invändningar i sak. Inom det romerska exceptionsbegreppet fans i själfva värdet icke rum för processinvändningar. Om orsaken till detta förhållande och hvarför det sist nämnda begreppet öfver hufvud icke omtalas af de romerske juristerne, skall längre fram blifva fråga.

Begreppet processinvändning härstammar icke från romarne, utan från medeltidens juridik. Då likväl detta begrepp för sin uppkomst jämväl har att tacka germaniska rättsåskådningar, är det nödvändigt att kasta en blick på frågans ställning i *den äldre tyske processrätten*.

Enligt denne⁹⁾ sönderföll rättegången i trenne från hvarandra skarpt åtskilda stadier, af hvilka det första omfattade förhandlingen öfver svarandens förpligtelse att ingå i svaromål, det andra utgjordes af parternes påståenden i själfva saken och det tredje af bevisförfarandet. Af dessa processafdelningar, hvilka enhvar slutade med särskildt utslag, intresserar oss här isynnerhet den första, emedan den så att säga utgjorde förebilden till behandlingen af de sedermera så kallade processhinderande invändningarna. Denna afdelning upptogs, såsom nämdes, af en förhandling rörande frågan huruvida svaranden var pliktig att underkasta sig rôlen af svarandepart eller icke.

De grunder, hvilka gäfvö den instämde rätt att värja sig för svaromålet (weigeren to antwerdene), voro emellertid icke uteslutande af formel, utan till en del äfven af materiel beskaffenhet, d. ä. de kunde hänföra sig ej blott till rättegången och sättet för anspråkets väckande, utan ock till själfva rättsförhållandet mellan parterne. De viktigaste formella grunder voro:¹⁰⁾ yrkandet på „Auskunft“, eller att käranden, som till en början blott i största allmänhet fram-

godtyckligaste sätt lånat från ett annat ställe, som med detta icke står i något sammanhang, nämligen l. 13 § 2 C. de iud. III, 1.

⁹⁾ Jfr *Planck*, Die Lehre von dem Beweisurtheil (1848), 42 ff.

¹⁰⁾ Se *Planck*, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, I (1879), 374 ff.

stält sitt anspråk, måtte närmare precisera detsamma, anhallan om „Klagengewere“, d. ä. ett löfte af käranden att detta anspråk blefve det enda, som han i denna sak utför mot svaranden, samt slutligen att käromålet vore väkt vid orätt domstol, på orätt ort eller oriktig tid. Bland de materiella grunderna åter märkas: ¹¹⁾ att käranden ej var rätt målsegande, att han vändt sig emot „orätt svarande“, eller att själfva saken var „oriktig“, d. ä. af sådan beskaffenhet att den ej medförde ett rättsligt anspråk.

Beträffande behandlingen af dessa invändningar må här blott nämnas att de måste af svaranden framställas innan han ingick i det egentliga svaromålet vid det äfventyr att i annat fall något afseende vid dem icke fästes. De kunde af käranden bemötas dels därigenom att han frivilligt afhjälpte den anmärkta bristen dels genom bestridande af svarandens påståenden. Sedan förhandlingen rörande en sådan invändning afslutats, afgjordes densamma genom utslag, som antingen ålade svaranden att svara i hufvudsaken eller ock befriade honom från denna skyldighet ¹²⁾.

Såsom här af synes, sammanförde den germaniske processrätten under en gemensam synpunkt tvänne begrepp, hvilka i själfva verket voro oförenliga. Det är nämligen klart att, äfven om utslaget med anledning af svarandens vägran att inlåta sig i tvisten var lika lydande antingen han stödde sig på en formel eller på en materiel grund, likväl en väsentlig skilnad måste ega rum mellan den befrielse från det tekniska svaromålet (bekennen oder versagen), som i senare händelsen var följden af en godkänd invändning, samt det upphäfvande af hela rättegången, som följde på en verklig processinvändning ¹³⁾. Denna sammanblandning af formella och materiella försvarsgrunder blef sedermera ett utmärkande kännetecken för de processsystem, hvilka uppstodo genom den

¹¹⁾ *Planck*, a. a. 391 ff.

¹²⁾ *Planck*, a. a. 412 ff., *Beweisurtheil*. 43.

¹³⁾ Jfr *Laband*, *Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters* (1869), 24, n. 4.

romerske rättens omflyttning till land med germanisk befolkning.

§ 2. Sedan vi nu lärt känna de yttre förutsättningarna för läran om processinvändningarna, skola vi se till huru denna lära inom den på germanisk grund åter uppväxande romerska rättsvetenskapen uppstod och utvecklade sig. Det första ännu omedvetna steget till afskiljandet af processinvändningar togs redan af den i Italien, sannolikt omkring år 1100, efter romerska rättskällor sammanställda lagsamlingen *Brachylogus*. Här bestämdes nämligen att en svarandepart, som ville framställa praescriptio fori, d. ä. jäfva domaren eller förklara domstolen för inkompetent, icke behöfde mottaga stämningsskriften (libellus conventionis), utan egde inom 20 dagar inställa sig för domstolen för att styrka denna invändning. Däremot var en annan behandling föreskrifven för de dilatoriska invändningarna, i det dessa skulle göras gällande efter libellens mottagande, men före litis contestatio ¹⁾).

Den kanoniske rätten skilde visserligen icke mellan sakinvändningar och processinvändningar, men behandlade i stället alla dilatoriska invändningar i visst afseende såsom processuella eller processhindrande. De skulle nämligen ej blott framställas före litis contestatio utan äfven bevisas och afdömas på en särskild därtill utsatt termin. Och på detta sätt behandlades ej blott de dilatoriska invändningarna, utan äfven en del peremptoriska, nämligen exceptio rei iudicatae, transactae v. finitae, hvilket därför är af vigt, att de bibehöllo denna undantagsställning äfven sedan de dilatoriska invändningarna genom införandet af snabbare processformer förlorat densamma ²⁾).

¹⁾ *Brachylogus*, IV, 9, § 5 och IV, 10, § 3; jfr. *Wieding*, a. a. 722 ff., hvilken likväl synes öfverskatta betydelsen af dessa stadganden, samt *Bethmann-Hollweg*, V, 402.

²⁾ C. 4 X. de exc. 2, 25. Jfr. *Pfeiffer* i *Z. f. C. u. P. N. F.*, XII, 161 ff. *Wetzell*, 961 f.

Däremot är begreppet processinvändning ingalunda obekant för *glossatorerne*. Deras framställning af invändningsläran³⁾ skiljer först och främst mellan *exceptiones facti vel intentionis*, hvilka omfattade sådana försvarsgrunder, som icke kunde bringas under det romerska exceptionsbegreppet, samt *exceptiones iuris*, hvilka motsvarade romarnes tekniska *exceptio*. Dock var gränsen mellan dessa tvänne grupper aldrig ens någorlunda bestämd, och senare öfvergaf man för det mesta hela indelningen, samt behandlade bägge grupperna äfven teoretiskt såsom en enda, hvilket låg så mycket närmare till hands som de alltid praktiskt behandlats lika. Af större vikt var därför skilnaden mellan peremptoriska och dilatoriska invändningar, af hvilka åter de sist nämnda delades i *exceptiones dilatoriae solutionis* och *fori declinatoriae*. Denna indelning motsvarade nämligen skilnaden mellan sakinvändningar och processinvändningar. Glossatorernes fel bestod således däruti att de gjorde processinvändningen till en underafdelning af *exceptio dilatoria*, hvilken endast omfattade invändningar i sak. Att de på detta sätt missförstodo de romerska källorna bör för öfrigt icke väcka förvåning. Missförståndet vållades därigenom att *exceptio procuratoria* på några ställen i dessa källor omtalas såsom en *exceptio dilatoria*, ehuru detta, åtminstone hvad beträffar en del af dem, nämligen de, som bero på bristande fullmakt, påtagligen är orätt⁴⁾. Dessa kunde nämligen icke i likhet med *exceptiones dilatoriae* undvikas genom uppskof med käromålets anställande, utan endast därigenom att den berättigade personen själf utförde sin talan eller utnämde en procurator med laga fullmakt, i hvilket fall ett uppskof åter icke var af nöden. Då glossatorerne icke visste att denna invändning

³⁾ Jfr Pfeiffer, a. st. 165 ff., Schwalbach, Zur Geschichte d. Lehre v. d. Prozesseinreden, i Z. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, II, 204 ff., Bethmann-Hollweg, VI, 55 ff., Albrecht, Die Exceptionen des gem. teutschen Civilprocesses etc. München 1835, §§ 20—25.

⁴⁾ Dessa ställen äro: *Gaius*, IV, 124; § 11 I. de except. IV, 13; l. 2 § 4 D. de exceptionibus. Angående orsaken till den i texten anmärkta oriktiga beteckningen se *Bulow*, 44 och 73, *Wetzell*, 139 ff.

i den romerska processen hade medfört det materiella anspråkets förlust, utan trodde att den äfven där varit en processinvändning, väktes hos dem helt naturligt den föreställningen att en del af exceptiones dilatoriae varit processinvändningar. De uppsökte därför i källorna några andra exceptioner, som enligt deras tanke jämväl kunde hänföras till denna grupp, och därmed var begreppet färdigt.

Sålunda var då grunden lagd till den falska uppfattning af processinvändningarna, enligt hvilken dessa, ehuru till principen vidt skilda från invändningarna i sak, inrymdes i en underafdelning af dem. Följden häraf var naturligtvis en i flere afseenden oriktig processuel behandling af dessa invändningar. Såsom bevis härpå må endast nämnas att alla de såsom dilatoriska betecknade invändningarna utan afseende på deras inre olikheter behandlades i ett särskildt förfarande och att med afseende å bevisskyldigheten likaledes för dem alla uppställdes satsen: *affirmanti incumbit probatio*.

Denna lära förändrades sedermera af *medeltidens romanister*⁵⁾ därhän, att alla exceptiones dilatoriae gjordes till processinvändningar med uppgift att förekomma inledandet af rättegången rörande hufvudsaken samt befria svarenden från *litis contestatio*.

Härmed hade man kommit till begreppet *processhinderande invändning* (*exceptio fori declinatoria*), hvilket jämväl i sin mån bidragit att intill senaste tider undanskymma begreppet processinvändning och hindra den rätta uppfattningen däraf. De processhinderande invändningarna hade, såsom nämndes, till uppgift att förekomma konstituerandet af *iudicium* samt gifvo den instämde rätt att undandra sig svaromål i hufvudsaken till dess invändningsfrågan blifvit af domstolen afgjord. Enligt *Kannengiesser*⁶⁾ har detta begrepp uppstått ur den lombardiska vindikationsprocessen

⁵⁾ Jfr Pfeiffer, a. st. 170 ff., Bulow, 20 f.

⁶⁾ Die processhindernde Einrede, ein Beitrag zur Lehre v. d. *Nominatio auctoris* (1878), isyn. 36 ff., 46, 64 ff., 79.

och sedermera därifrån upptagits af romanisterna. Dock hade det hos desse icke medfört så stor oreda om det ej sammanförts med *exceptio dilatoria*. Denna förväxling framkallades tvifvelsutän till stor del genom missuppfattning af själfva ordet *dilatoria*, hvilket hänfördes till ett underförstådt *litem* eller *iudicium* såsom objekt (*exceptio, quae litem v. iudicium differt*). Att detta var orätt, att uttrycket *dilatoria* af de romerske juristerna aldrig hänfördes till nyss nämnda objekt, utan endast till *actio* och således åsyftade ett uppskjutande af rättigheten att anställa talan, är numera allmänt erkänt. Tillägga vi att man förutom de tvänne hufvudgrupperna, *exceptiones dilatoriae* och *peremptoriae*, stundom uppstälde en tredje afdelning med namnet *exceptiones mixtae* eller *anomalae* så hafva vi härmed angifvit det väsentliga af denna lära, sådan den oförändrad bibehöll sig intill början af 16:de århundradet.

Vid denna tid uppträdde de bägge store franske juristerne *Cujacius* och *Donellus*. Men långt ifrån att de hade förmått gifva invändningsläran en riktigare gestaltning, kunde de ej en gång hindra att en ny villfarelse gjorde sig gällande. Denna bestod i upptagandet af begreppet *translatio*, hvilket hos romarne icke ens tillhörde juridiken utan endast och uteslutande retoriken, där det bildade en egen talfigur, motsvarande kvalificerad erkännande och hörande till det vidare begreppet *constitutio vel status causae* (motsägelse). För att vinna ett väl behöfligt stöd för sin lära om processinvändningarna, upptog man nu sagda begrepp i processrätten och gaf det samma betydelse som *exceptio dilatoria* sådan denna då fattades. I denna betydelse har uttrycket bibehållit sig intill vårt århundrade ¹⁾. Att icke håller de nämnde store mästarne voro frie från denna villfarelse, visar

¹⁾ Det förekommer bl. a. hos *Sintenis*, § 32 A, 1, 10, hvilken hänför detsamma till alla dilatoriska invändningar, samt hos *Savigny*, V, § 227, n. (t), *Pfeiffer*, a. st. XI, 90, och *Bethmann-Hollweg*, II, 406, hvilka använda detsamma endast för processinvändningar. Jfr ang. den verkliga betydelsen af begreppet *translatio* samt dess obrukbarhet för juridiken *Bulow*, 241—256, äfvensom *Schwalbach*, a. st. 209 ff., 224 ff.

sig vid en flyktig blick på deras framställning af invändningsläran.

I detta afseende står *Cujacius* ännu ganska nära den föregående doktrinen⁸⁾. Han indelar först och främst alla invändningar i trenne hufvudgrupper, i det han utom de två vanliga har en, som han benämner *exceptiones ambiguae* och hvilken omfattar sådana invändningar, som härflyta ur ett vilkor. De dilatoriska invändningarna utmärkas enligt honom därigenom att de icke i likhet med de peremptoriska värka anspråkets förkastande, utan blott ett uppskof med sakens afgörande. De hänföra sig således, — och detta betonas på flere ställen, — endast till själfva rättegången⁹⁾, men likväl hindrar detta icke den fräjdade juristen att förutom verkliga processinvändningar såsom *exceptiones dilatoriae* uppräknat jämväl pluspetitions- och saklegitimationsinvändningar¹⁰⁾ äfvensom invändningen om preskription. Och detta mångskiftande begrepp förklaras sedermera för identiskt med *translatio*, hvarefter de romerske retorernas uttalanden rörande detta sist nämnda begrepp utan betänkande tillämpas på de dilatoriska invändningarna för att tjäna så-

⁸⁾ Hans åsichter i frågan återfinnas i *Observationes*, lib. XVIII, cap. 34 och *Commentarii in tit. 35 de exceptionibus* C. VIII, l. 4, 8, 9, ult. Jfr. härom *Pfeiffer*, a. st. XII 188 f., *Schwalbach* a. st. 226 ff.

⁹⁾ „Peremptoriae sunt, quae actionem protinus excludunt, atque consumunt, si iudici probentur esse verae — — — Dilatoriae sunt, quae non excludunt protinus actionem, sed differunt, et sustinent, et impediunt, ne vim suam exerceat statim — — — „Et ratio differentiae inter exceptiones dilatorias et peremptorias haec est, quia exceptiones dilatoriae ea respiciunt, quae iudicium potissimum constituunt. — — — iam constituto iudicio, praepostere agitur de eo constituendo, quod utique semper agitur oppositis dilatoriis exceptionibus.“ *Comm.*

¹⁰⁾ „Vel etiam dilatoria exceptio est, quoties dicitur, non eo tempore agi, quo agi oportet, et tempus differendum: ut si dicatur, agi die feriato, vel ante diem, intra quam convenerat ne pecunia peteretur.“ Och på ett annat ställe: „— — vel cum quaeritur, an is agat, qui agere potest, an cum eo agatur, quicum agi potest, denique an iustae et legitimae sint personae litigatorum, vel cum quaeritur an quo tempore agi potest, agatur.“ *Ib.*

som stöd åt den för dessa uppställda teorin¹¹⁾. Slutligen säges om de dilatoriska invändningarna, att de skola framställas före *litis contestatio* och bevisas efter det käranden bevisat grunden till sitt käromål¹²⁾. Något egentligt framsteg har läran om processinvändningarna icke gjort hos *Cujacius*, ty såsom ett sådant kan man under nyss nämnda förhållanden knappast betrakta den omständigheten att han förstod att undvika den ofvan omtalade indelningen af *exceptiones dilatoriae* i *dil. solutionis* och *fori declinatoriae*.

Icke heller kan invändningsläran sägas hafva väsentligen främjats genom *Donellus*, om den ock hos honom är framställd med större klarhet och bestämdhet än hos hans föregångare. I sina definitioner ansluter han sig ordagrant till de justinianska institutionerna och pandekterna¹³⁾, liksom han äfven i öfrigt bemödar sig att så troget som möjligt följa källorna. De dilatoriska invändningarna delar han i tvänne hufvudklasser, af hvilka den ena omfattar sådana, som „*quaeruntur debitoris opera*“, och den andra sådana, som „*ipso iure tribuuntur*“, och hvilka därför af honom benämnas *exceptiones legitimae*. Till de förra räknas endast tvänne invändningar nämligen *exceptio pacti conventi temporalis* och *moratoria praescriptio*¹⁴⁾. De senare, till hvilka alla öfriga invändningar höra, äro åter af tvänne slag. Antingen hänföra de sig nämligen till formella brister och röra sålunda själfva procedyren, eller ock hafva de afseende på

¹¹⁾ „Et iidem Rhetores translationis et praescriptionis eandem definitionem addunt, quam dedi exceptioni peremptoriae et dilatoriae. Verba sunt Curii Fortunatiani, qui idem Rhetor et Juris Consultus fuit: *Quid interest, inquit, inter praescriptionem et translationem? Quod, inquit, praescriptio excludit actionem, translatio autem differt. — Hoc ergo interest, quo interesse nos dicimus peremptoriam a dilatoria.*“ *Ib.*

¹²⁾ „Et hae quidem dilatoriae exceptiones opponendae sunt statim initio litis contestandae, ut ait l. ult. h. t. — ergo exceptiones opponendae sunt initio litis, et probandae etiam initio, postquam actor probavit intentionem suam.“ *Ib.*

¹³⁾ *Donellus*, *Commentarii de iure civili*, lib. XXII, cap. VIII § 1.

¹⁴⁾ A. st. § 2.

särskilda, vissa personer tillkommande förmåner ¹⁵). De förra, hvilka således motsvara egentliga processinvändningar, kunna hänföra sig dels till någon af personerna i rättegången (domaren eller vederparten), dels till anspråkets beskaffenhet och dels till ordningsföljden mellan flere olika anspråk ¹⁶). Alla dessa invändningar sammanföras slutligen under begreppet *translatio* sådant detta förekommer hos *Cicero* ¹⁷). Hvad deras processuella behandling beträffar, föreskrifves det att de skola ej blott framställas, utan ock förhandlas och afgöras före *litis contestatio* ¹⁸). De dilatoriska invändningarna hafva följaktligen här på samma sätt som hos de tidigare romanisterne till uppgift att uppskjuta *iudicium*, d. ä. förhandlingen rörande det materiella anspråket ¹⁹). *Donellus* förbiser icke att han härigenom råkar i direkt strid med l. 19 C. de probationibus IV, 19, som säger att en *exceptio dilatoria* visserligen bör framställas i rättegångens början, men bevisas först sedan käranden bevisat sina påstående. Men detta argument mot sin åsigt söker han därigenom undgå att han förklarar ordet *dilatoria* i det

¹⁵) „Aut enim comparatae sunt adversus perversam actionis institutionem, nascunturque ex eo, quod non secundum iudiciorum formam et ordinem actio instituitur; aut sunt adversus inhumanam solidi petitionem, nascunturque ex eo, quod solidum petitur ab iis, quibus solidi condemnatio pietatis, humanitatisve iure, ad tempus remittitur.“ § 4.

¹⁶) „Pervertitur hic ordo (sc. iudiciorum) aut in personis ad iudicium pertinentibus, aut in genere actionis, aut in ordine actionis excercendae.“ § 4.

¹⁷) „Huius generis exceptiones illae sunt, quae a Cicerone dicuntur *translationes* et *iudicii commutationes*; cum scilicet non is agit, quem oportet, non cum eo, cuius sit idonea defensi; non apud quem; non quo loco, qua actione, quo tempore oportet.“ Ib.

¹⁸) „Nec solum has exceptiones initio opponi; sed etiam, si oppositae sint, initio et ante litem contestatam disceptari ac dicendi oportet; ut, qui eas opponit, statim quoque eas probare debeat, si de his sit controversia, nec expectare, dum actor prius intentionem suam probet.“ § 8.

¹⁹) „Alioqui, quomodo dicatur *exceptio iudicii dilatoria*, si actor, hac objecta, nihilominus intentionem suam in iudicium non solum deducere, sed etiam ultro probare cogitur? sic enim profecto iudicium non differtur, sed maxime constituitur.“ Ib.

nyss nämnda codexstället vara en förfalskning i stället för peremptorium²⁰).

§ 3. I den gestalt läran om processinvändningarna erhöll genom *Donellus* upptogs denna lära af den tyske processrätten, och sådan har den, hvad beträffar hufvuddragen, där bibehållit sig intill vår tid. Då dessa invändningar gåfvo svaranden rätt att afböja all förhandling i hufvudsaken, erbjödo de ett ypperligt medel att fördröja rättegångarne. Häraf uppkom åter helt naturligt den oriktiga föreställningen att deras egentliga uppgift vore icke att förekomma obehöriga rättegångar, utan att draga ut med processen, en uppfattning, hvarpå vi ännu hafva ett sorgligt vitnesbörd uti namnet „verzögerliche Einreden,“ som i den tyska literaturen brukas såsom beteckning för de dilatoriska invändningarna. Det är bekant huruledes denna behandling af sagda invändningar ledde därhän att rättegångarne blefvo snart sagdt ändlösa, till dess man slutligen, när ofoget nått sin höjd, för att stäffa detsamma nödgades tillgripa ett så förtvifladt medel som införandet af eventualmaximen, hvilket skedde genom det så kallade *Jüngste Reichs-Abschied* (af år 1654, §§ 37 och 40.) Härigenom bestämdes nu att alla invändningar och öfriga försvarsgrunder, vare sig af en eller annan beskaffenhet, af hvilka svaranden ämnade begagna sig i rättegången, borde på en gång framställas samt likaledes i ett sammanhang förhandlas och afgöras. Då likväl en processinvändning, om den godkännes, gör ej blott alla öfriga sådana invändningar utan äfven alt försvar i hufvudsaken öfverflödigt, finner man lätt huru onaturligt det var att utan afseende härfpå tvinga svaranden att på en gång framställa alla försvarsmedel, hvaraf han, i händelse den första invändningen afvisades, under processens lopp möjligen kunde

²⁰) „At enim ita scriptum est in l. 19 C. de probat. (IV. 19): 'Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet.' Sed mendose omnino; nec dubium est, quin, pro *exceptionem dilatoriam*, legendum sit: *exceptionem peremptorium*,“ Ib.

begagna sig. I följd häraf, är det ock klart att dessa invändningar icke framställes ovilkorligt, utan endast eventuellt (in eventum, häraf namnet eventualmaxim). Från denna regel medgafs dock ett undantag till förmån för några invändningar, hvilka svaranden skulle vara berättigad att få afgjorda förr än förfarandet rörande hufvudsaken tog sin början och hvilka fördensku'd kallades *processhindrande, declinatoriae fori* ¹⁾.

Lämnande å sido de följder, som denna i hela processrätten djupt ingripande reform medförde, måste vi dock nämna att dessa följder i det afseende, hvarom nu är fråga icke voro obetingadt goda. Visserligen var det för invändningsläran öfverhufvud en vinst att den kanoniske rättens positiones och responsiones upphäfdes ²⁾, men däremot led själfva begreppet processinvändningar ett nytt intrång däraf att de processhindrande invändningarna, hvilka hittills sammanfallit med processinvändningarna i allmänhet, nu afsondrades från dessa och alla öfriga invändningar samt kommo i åtnjutande af en alldeles särskild processuel behandling. Härigenom blef nämligen å ena sidan begreppet processinvändning i den tyske processrätten ännu mer undanträngdt af de processhindrande invändningarna än det varit hos romanisterne; och å den andra följde man vid afsondrandet af de sist nämnda invändningarna icke någon bestämd princip ³⁾.

De förändringar, som läran om processinvändningar efter J. R. A. undergått, äro i allmänhet af föga betydelse

¹⁾ *Bulow*, 22 f., *Wetzell*, 972, *Albrecht*, a. a. § 35, *Briegleb*, Die Summarischen Prozesse (1859) §§ 21, 22.

²⁾ Ty då sådana omständigheter, som tillfälligtvis ingingo bland dessa responsiones, icke betraktades såsom invändningar, medförde äfven de endast oreda för invändningsläran.

³⁾ Dels hänförde man till dessa endast en del af de invändningar, hvilka hade betraktats såsom processinvändningar (blott dem, som angå domstolen eller domarens person), dels gaf man samma förmån äfven åt de s. k. exceptiones litis finitae (se ofvan s. 14), hvilka alltid hade ansetts såsom sakinvändningar.

i principiellt hänseende. Vi kunna därför saklöst förbigå dem för att slutligen blott kasta en blick på denna läras allmänna gestaltning under innevarande århundrade och innan den af *Bilow* störtades.

Det bästa uttrycket för den vid århundradets början gängse uppfattningen af invändningsläran finna vi hos *Danz*. Med invändningar i allmänhet (*Schutzreden*, *Einreden*) förstår *Danz*⁴⁾ sådana anföranden af svaranden, som brukas för att tillbakavisa ett angrepp inför domstol och hvilka grunda sig på ett själfständigt⁵⁾ faktum. De omfatta således hos honom ej blott romarnes *exceptiones*, utan äfven deras *responsiones*, och med afseende å skilnaden mellan dessa tvänne slag af försvarsgrunder har han jämväl upptagit den gamla indelningen i *exceptionis iuris* (*Schutzreden des Rechts oder der Klage*) och *exceptiones facti* (*Einreden der Thathandlung*), utan att densamma likväl tillmätas någon praktisk betydelse (§ 157). Vigtigare är därför indelningen i dilatoriska invändningar, „*verzögerliche Einreden*“, och peremptoriska, „*zerstörliche*“. De förra äro sådana, som afse ett uppskof med anspråket, men icke angripa dess grund, de senare åter bestrida själfva grunden till anspråket. Mellan dessa tvänne grupper står en tredje, som benämnes „*gemischte Einreden*“ (§ 158). Med afseende å den genom J. R. A. föreskrifna olika processuella behandlingen af vissa invändningar äro vidare de dilatoriska invändningarna antingen „*den Gerichtsstand ablehnende*“, hvilka befria svaranden från nödvändigheten att inlåta sig i rättegången, eller ock „*gemeine verzögerliche Schutzreden*“, som på någon annan grund afse uppskof med sakens behandling, och vid hvilka svaranden måste eventuelt inlåta sig i processen (§§ 160, 170). Enligt samma grund delas äfven de peremptoriska invändningarna i „*prozesshindernde*“, *exceptiones litis ingressum impediennes*, och „*gemeine zerstörliche Einreden*“,

⁴⁾ *Danz*, Grundsätze des gem. ord. bürgerl. Prozesses (3 upl. 1800), §§ 154, 155.

⁵⁾ „von der Geschichte der Klage verschiedenen“, a. st. s. 277.

exc. peremptoriae in specie, af hvilka de förra befria svaranden från litis contestatio, de senare icke (§ 188).

Man återfinner här, så troget man kan önska det, glossatorernes lära med de genom J. R. A. föranledda nödvändiga förändringarna. Att dessa icke ländt läran till båtnad framgår däraf att processinvändningarna, hvilka dock hos glossatorerne åtminstone bildade en för sig afskild grupp, om ock inom exceptiones dilatoriae, här icke hafva någon plats i systemet, utan hänföras dels till de forideklinatoriska invändningarnas klass, dels till „gemeine verzögerliche Schutzreden,“ bland hvilka sist nämnda de dessutom uppträda i brokig gemenskap med sakinvändningar ⁶⁾).

Med afseende härå kan det icke väcka förvåning, då man ser de följande mer framstående processualisterna bemöda sig att åt processinvändningarna finna en riktig ställning i systemet. Dessa bemödanden visa tydligt att begreppet processinvändning var både känt och uppmärksammat af Tysklands „gemeine Recht,“ och att de misslyckades berodde måhända mindre på bestämmelserna i J. R. A. än på den sedan medeltiden rådande förbindelsen mellan nyss nämnda begrepp och de dilatoriska invändningarna. Ty långt ifrån att man skulle hafva förmått afbryta denna förening gick man stundom i motsatt riktning så långt att man till och med identifierade de bägge begreppen. Sålunda ser *Martin* skilnaden mellan dilatoriska och peremptoriska invändningar däri att „jene eine Entbindung von der Instanz, diese von der Klage bewirken sollen,“ och på enahanda sätt fattas denna skilnad jämväl af *Heffter* ⁷⁾ hvilket dock ej hindrar desse författare att till den förra gruppen hänföra äfven pluspetitionsinvändningarna. Denna förblandning undviker däremot *Albrecht*, hvilken ock uttryckligt föreslår att under benämningen dilatoriska invändningar sam-

⁶⁾ *Danz*, a. a. §§ 161—166.

⁷⁾ *Martin*, Lehrbuch des Teutschen gem. bürg. Processes. 11 upl. 1834, § 95, jfr § 174, *Heffter*, Institutionen des röm. und teut. Civil-Processes (1825), 94 f.

manfatta alla processinvändningar, och endast dessa, samt likaledes till de peremptoriska invändningarna hänföra alla dem, som angå *merita causae*, d. ä. alla sakinvändningar⁸⁾. Nu kan det visserligen ej förnekas att genom en sådan terminologi, om den antagits, det då och efteråt rådande, vetenskapen vanställande begreppet „dilatorische“ eller „verzögerliche Einrede,“ som omfattade både sakinvändningar och processinvändningar, hade kunnat upphävas. Dock hade vinsten häraf för läran om processinvändningarna, icke varit stor. Dels splittrades nämligen äfven hos *Albrecht*, genom den skilnad han uppställer mellan Antwort och Einrede⁹⁾, processinvändningarna i tvänne från hvarandra åtskilda grupper, dels var det af honom föreslagna beteckningssättet redan på den grund olämpligt att det från romerska tiden intill våra dagar begagnats för att utmärka en åtskilnad inom sakinvändningarna, hvilken ännu har sitt fulla berättigande, ty härigenom måste detta beteckningssätt blifva en aldrig sinande källa till missförstånd.

Sådana läto icke häller länge vänta på sig, och såsom man kunnat förutse, bestodo de i en förväxling af det nya begreppet exceptio dilatoria med det romerska af samma namn. Själf var *Albrecht* visserligen fullt medveten därom att hans terminologi ingalunda öfverensstämde med den romerska. Också visste man på denna tid väl att exceptio dilatoria i formularprocessen icke varit en processinvändning, utan medfört anspråkets totala förkastande. Men man trodde att till följd af den i § 10 I. de except. omtalade förändringen denna exceptio i den justinianska processen icke mer åsyftat svarandens befrielse från själfva anspråket, absolutio ab actione, utan blott den inledda rättegångens upphäf-

⁸⁾ Till dilatoriska invändningar hänför han „jeden Vertheidigungsgrund, welcher die Art und Weise der Processführung betrifft,“ a. a. s. 211. Peremptoriska invändningar åter äro sådana, „welche die aus dem objectiv und an sich begründeten Klageanspruch für dessen rechtliche Existenz entspringenden Vermuthungen zerstören,“ a. a. 206.

⁹⁾ Kriteriet för Einrede i motsats till Antwort är att bevisningen därvid åligger svaranden. A. a. § 38.

vande, absolutio ab instantia. Att denna uppfattning var oriktig, och att exceptio dilatoria jämväl i den justinianska processen var en sakinvändning, hafva vi förut framhållit ¹⁰⁾.

Likväl blef *Albrechts* lära icke den herskande. Tvärtom återgick man mest till den äldre uppfattningen af de dilatoriska invändningarna, enligt hvilken dessa inbegrepo såväl processuella som materiella invändningar ¹¹⁾. Således var det dock endast på detta sätt, d. v. s. endast såsom dilatoriska invändningar, som man kände processinvändningarna. Till samma grupp hänförde man nu äfven de förut s. k. exceptiones mixtae ¹²⁾. Äfven begreppet processhindrande invändningar hade bibehållit sig såväl i vetenskapen som inom lagstiftningen, men i någon mån utvidgat sitt omfång, så att det förutom invändningarna mot domstolen och domarens person jämväl omfattade exceptio libelli inepti s. obscuri ¹³⁾, samt af peremptoriska invändningar ej blott de s. k. exceptiones litis finitae, utan enligt de fleste författares mening öfver hufvud alla peremptoriska invändningar så vida de voro riktade mot hela det materiella anspråket samt, då de framställes, kunde genast bevisas ¹⁴⁾.

Sådan var den före *Bülow* allmänt rådande teorin. Då den, liksom redan glossatorerne, hänförde processinvändningarna till de dilatoriska invändningarnas klass, dit de

¹⁰⁾ Se ofvan s. 10 f.

¹¹⁾ Jfr. t. ex. v. *Savigny*, V, 175 jfr 171, *Bethmann-Hollweg*, III, 263 ff, samt de senaste läroböckerna i tysk process före *Bülow*, näml. *Renaud*, § 92, s. 215, och *Endemann*, 649 f.

¹²⁾ T. ex. *Bayer*, Vorträge über den gem. ordentl. Civilprocess, 8 upl. 1858, s. 571, *Endemann*, 651, n. 13, *Renaud*, a. st. n. 4.

¹³⁾ *Gesterding*, Ausbeute von Nachforschungen o. s. v. III (1830), 99 f., hvilken ytterligare tillägger några andra invändningar, *Bayer*, a. a. 575, *Endemann*, § 171 n. 7, hvaremot denna mening och den därmed öfverensstämmande praxis ogillas af *Renaud*, 608 f. Exceptio spoli, som i kanoniska rätten befriade svaranden från litis contestatio, har hos de fleste nyare författare icke processhindrande karaktär.

¹⁴⁾ *Danz*, a. a. § 188, *Martin*, a. a. § 155, *Albrecht*, a. a. 123, *Bayer*, a. a. 636 ff., *Endemann*, 652, m. fl. Af annan åsigt är *Renaud*, 612 f.

rätteligen icke hörde, medförde detta de menligaste följder ej blott för själva begreppet processinvändning, utan ock för invändningsläran i allmänhet. Ty de regler, som man uppställde för de dilatoriska invändningarna, kunde till följd af sakens natur icke ega tillämplighet på mer än det ena af de tvänne oförenliga begrepp, hvilka blifvit sammanförda under detta namn. Antingen måste man därför med afseende å det andra begreppet nöja sig med en oriktig bestämning samt, om man öfver hufvud varsnade bristen, medgifva en mängd undantag från den uppställda regeln, eller ock undvek man alla allmänna bestämmningar, hvarigenom åter hela begreppet invändning förflygtigades och processinvändningarnas verkliga karaktär lämnades alldeles outhärdad. Då man dessutom icke kunde underlåta att i de romerska källorna söka stöd för sina läror, ledde detta stundom till den våldsammaste tolkning af sådana ställen, som voro uppenbart oförenliga med läran.

Ehuru oriktigheten af denna lära först då kan klart framstå, när vi lärt känna processinvändningarnas verkliga väsen, må det dock tillåtas oss att redan här med ett par exempel belysa sanningen af det sagda.

Såsom bekant, föreskrifver det af oss förut citerade l. 19 C. de probat. att de dilatoriska invändningarna skola framställas före *litis contestatio*, men bevisas först sedan kâranden bevisat sina påståenden. Också uppställer *Cujacius* en sådan regel för alla dilatoriska invändningar, till hvilka han äfven räknar processinvändningarna. Men vi hafva sett huru dessa invändningar redan af kanoniske rätten behandlades vid en särskild termin, som föregick *litis contestatio*, och huru *Donellus*, icke tillfredsstäld med sin store samtidas åsigt i denna fråga, återgick till glossatorernes ståndpunkt samt genom en djärf emendation af l. 19 cit. sökte befria sig från dess besvärliga auktoritet¹⁵⁾. Att åter efter J. R. A. åtminstone de processhindrande invändningarna alltid fått bevisas förr än kâromålet, behöfver knapt tilläggas.

¹⁵⁾ Se ofvan § 2 n. 20.

Likaledes hafva de nyare processualisterne öppet brutit med föreskriften om de dilatoriska invändningarnas framställande i rättegångens början (före *litis contestatio*), samt tillåtit flere eller färre undantag från denna bestämning. Sålunda tillämpades den aldrig på sådana processinvändningar, som först under rättegångens lopp uppstått eller blifvit bekanta för svaranden, och dessutom undantogo de fleste författare sådana invändningar, som angå processens väsen, eller hvilkas förtigande skulle göra hela förfarandet ogiltigt (nichtig) ¹⁶⁾. Då man således i alla delar bröt med l. 19 cit. men likväl icke kunde förena sig om *Donellus'* emendation af detta ställe, hade man icke någon annan utväg än att tolka detsamma restriktivt, d. ä. förklara, att därmed icke åsyftats alla *exceptiones dilatoriae*, utan endast de, som angingo *merita causae* ¹⁷⁾. Men med en sådan tolkning kan man i ett ställe inlägga hvilken mening man vill.

Ännu större är likväl den förvirring, hvari frågan om bevisbördans fördelning vid processinvändningarna råkat därigenom att dessa behandlades såsom dilatoriska sakinvändningar. Ty då källorna för alla *exceptiones* uppställa den regeln att beviskyldigheten åligger svaranden ¹⁸⁾, var det blott altför naturligt att man, med tillämpande af denna regel, jämväl i fråga om processinvändningarna skulle åhvälfa den part bevisningen, hvilken framställt invändningen. Senare insåg man väl att detta, åtminstone beträffande en del processinvändningar, skulle leda till de mest orättvisa och vådliga konsekvenser, samt trodde sig därför böra medgifva vissa undantag från den allmänna regeln. Men då man hvarken kunde bestämma de fall, hvilka borde undantagas, ej håller förmådde för dessa fall uppställa någon annan

¹⁶⁾ *Martin*, a. a. § 97, *Bayer*, a. a. 572 f., *Gesterding*, a. a. III, 109 ff.

¹⁷⁾ Se t. ex. *Puchta*, *Inst.* II, 234, *Pfeiffer*, a. a. XI, 131, *Gesterding*, II, (1827), 180 ff. Jfr. för det föregående *Bulow*, 268 ff.

¹⁸⁾ In *exceptionibus* dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere etc. L. 19 pr. D. de probat. XXII, 3 (*Ulpianus*).

norm, blef naturligtvis följden en fullkomlig osäkerhet rörande bevisskyldigheten vid alla processinvändningar. Och då detta var vetenskapens ståndpunkt, är det klart att praexis, lämnad åt sig själf, skulle famla i mörkret samt begå misstag, hålst den enda regel, som hade vetenskapens och källornas auktoritet, blott var egnad att vilseleda omdömet¹⁹⁾.

Så bristfällig och oriktig läran om processinvändningarna än var, väktes mot densamma före *Bülow* icke mer än en allvarlig gensaga. Upphöfsmannen härtill var *Gesterding*, hvilken, jämte det han i de starkaste ordalag fördömer det moderna begreppet dilatorisk invändning, uppställer tvänne hufvudklasser af invändningar, nämligen sådana som hänföra sig till rättegången och sådana, som angå själfva saken. Af dessa äro likväl enligt hans tanke blott de senare, hvilka delas i dilatoriska och peremptoriska, verkliga invändningar, medan däremot de s. k. processinvändningarna endast innebära påminnelser eller anmärkningar (Ausstellungen) mot förfarandet vid domstolen och dess laglighet²⁰⁾. Men ehuru *Gesterding* således insåg den herskande lärans brister, förmådde han hvarken rätt uppfatta den romerska processens exceptiones, ej håller gifva läran om processinvändningarna dess rätta grund. Han vann därför intet nämnvärdt understöd²¹⁾ och kunde ej rubba den herskande läran.

§ 4. Medan man sålunda i Tyskland äfven i detta afseende sträfvade att i romerska former ingjuta nyare och germaniska begrepp samt på dem tillämpa rättssatser,

¹⁹⁾ Se t. ex. *Endemann*, § 170 n. 35, *Bülow*, 306 ff., 311 ff., där äfven (312, n. 55) en mängd oriktiga domstolsutslag rörande processinvändningar meddelas. På den äldre oriktiga ståndpunkten står bl. a. författaren till den mest lästa lärobok i vår inhemske civilprocessrätt (se *Schrevelius*, 202 f.).

²⁰⁾ *Gesterding*, a. a. II, 175, 186, III, 118 ff.

²¹⁾ *Pfeiffer*, Die processualische Natur der Einrede der Vorausklage (1846), 19, är, så vidt vi känna, den ende författare före *Bülow*, hvilken uttalar en anslutning till hans satser.

uppvuxna ur helt olika förhållanden, bröt man i Frankrike mer öppet med de romerska traditionerna.

Väl bibehöll den äldre *franske processrätten* efter romanisternes föredöme indelningen af *les exceptions* eller *fins de non-recevoir* i *dilatatoires* och *péremptoires*, af hvilka åter de senare delades i *péremptoires dans la forme*, som hänförde sig till procedyren, och *péremptoires du fond*, hvilka rörde hufvudsaken eller själfva det materiella anspråket. Men den nyare vetenskapen har, under anslutning till den i detta århundrades början utgifna processuella lagkodifikationen, förkastat den sist nämnda indelningen samt öfverfört de förr s. k. *péremptoires du fond* från „*les exceptions*“ till *défenses proprement dites*. I följd häraf skulle begreppet *exceptions*, i motsats till *défenses* eller försvaret, såvidt det rör hufvudsaken, hänföra sig uteslutande till processuella omständigheter¹⁾. Dock finner man vid en öfverblick af de fall, hvilka processlagen uppräknar såsom *exceptions*, att förhållandet ej är sådant.

Alla invändningar eller *exceptions* delas af den *franske processrätten* i fem särskilda kategorier eller klasser. Den första omfattar endast en invändning, hvilken häntör sig till den processuella regeln att en utländsk käreande, om svaret fordrar det, är pliktig att förr än rättegången börjar ställa säkerhet (*caution*) för betalningen af all däraf härflytande kostnad och skada, hvartill han möjligen kan varda dömd²⁾. Den andra klassen inbegriper under namnet „*renvois*“ invändningarna om domstolens inkompetens och att saken redan är anhängig vid annan domstol eller står i gemenskap med en där anhängig sak³⁾. Till den tredje gruppen åter höra de förut omnämnda *exceptions péremptoires* eller såsom de

1) Jfr. *Boitard*, n:o 342, *Berriat-Saint-Prix*, *Cours de Procedure civil* (7 ed. 1855), I, 236 ff. Att C. pr. har denna uppfattning af „*exceptions*“ är icke tvifvelaktigt. Däremot tages uttrycket i *Code civil*, art. 1360, 1361, uppenbarligen i betydelsen af försvar i allmänhet.

2) C. pr. art. 166, 167, jfr. C. civil, art. 16. Af *Berriat-Saint-Prix*, a. a. 255, räknas denna invändning till de dilatoriska.

3) C. pr. art. 168—172.

här kallas „nullités, d. ä. sådana formella fel med afseende å någon viss processhandlig, som göra denna ogiltig⁴⁾ Alla dessa invändningar äro utan tvifvel af processuel beskaffenhet, men så är ej fallet med den följande gruppen eller de s. k. exceptions dilatoires. Hit höra nämligen invändningen att den för upprättandet af inventarium öfver en kvarlåtenskap och för öfverläggning om arfvets emottagande, af lagen medgifna frist icke lupit till ända, hvilken invändning till sin natur är en ren sakinvändning, äfvensom åberopandet af „le garant“ d. ä. den som på grund af lag eller aftal är pliktig att godtgöra en annan för vissa förluster eller skydda honom för vissa rättsliga angrepp, hvilket icke håller för någon processinvändning⁵⁾. Hvad slutligen beträffar den sista af „les exceptions,“ nämligen „la communication des pièces“ eller yrkandet att en handling, som vederparten antingen företett i afskrift eller blott åberopat, måtte af honom företes i original, så utgör den öfver hufvud icke någon invändning vare sig af processuel eller materiel beskaffenhet, utan blott en anhållan om uppskof⁶⁾.

Den franske processrätten har således icke kommit vare sig till ett skarpt afsöndrande eller till en riktig teoretisk uppfattning af processinvändningarna.

Hvad beträffar *den engelska civilprocessen*, så har den från den romerska och romanistiska invändningsläran knapt något annat än namnen peremptoriskt och dilatoriskt försvar, af hvilka det senare hänför sig till processuella hinder för rättegången och värkar dennes upphäfvande såsom ogiltig (that the writ be quashed). Men ehuru detta försvar således liknar en processinvändning, skiljer det sig dock från denna däruti att det, i händelse af dess underkännande af domstolen, kan värka afgörande i hufvudsaken, sålunda nämligen att käranden vinner denna⁷⁾. Om ett rent processuelt försvar i mot-

4) C. pr. art. 173.

5) C. pr. art. 174—187.

6) C. pr. art. 188—192, jfr. C. civil, art. 1334.

7) Han får utslaget „quod recuperet.“ Detta inträffar om käranden bestridt den dilatoriska invändningens faktiska innehåll. Har han

sats till det, som hänför sig till hufvudsaken kan således här icke blifva fråga. På grund häraf och då den engelske processrätten äfven i öfrigt är så vidt olik vår egen att någon ledning vid bemödandet af processrättsliga spörsmål däraf svårigen kan hämtas, vilja vi ej närmare ingå på dess bestämningar i ämnet.

Man kunde vänta att Skandinavians juridiska vetenskap, som sedan lång tid tillbaka underhållit bekantskapen med den tyska, men hvilken icke liksom denna behöft känna sig bunden af missförstådda ställen i Corpus iuris eller af de tyska rikslagarne, skulle komma till en klarare insigt af processinvändningarnas begrepp. Också är detta i viss mån fallet med de *danske och norske* processualisterna, men deremot icke med de svenske.

Enligt *Bang och Larsen*, I. 124 ff., omfattar begreppet invändning, eller "Indsigelse", allt, som af svaranden anföres mot befogenheten af kändens anspråk. Indsigelserna delas i sådana, som angå sakens "formalitet", och sådana, som röra dess "realitet." *Formalitetensindsigelserna* grunda sig på någon brist vid iakttagandet af reglerna för processen, till följd hvaraf svaranden kan motsätta sig att sakens "realitet" tages under ompröfning af domstolen. Vanligen gå de endast ut på en negation och äro således inga exceptioner. Jämte dessa tvänne hufvudslag af processuellt försvar uppställles dessutom ett tredje, *Contrasøgsmålet*, hvilket består deri att svaranden gör gällande en själfständig motstående rätt. På samma sätt dela äfven *Schweigaard*, I, 254 f. och *Nellemann*, 91 ff., försvaret i tvänne hufvudarter, allt efter som det hänför sig till sakens realitet eller till dess formalitet, hvaremot desse författare icke upptaga *Contrasøgsmålet* såsom ett särskildt slag af försvar. Enligt den förre gå de formella försvarsmedlen, som af honom kallas undvikande

åter mot densamma ställt „demurrer“, kommer endast den i fråga värande invändningen att förkastas och svaranden kan förebringa andra försvarsmedel (*respondeas ouster*). Se *Rüttimann*, *Der englische Civilprocess etc.* (1851) §§ 251, 259.

i motsats till de direkta, ut på stämningens eller sakens "Afviisning".

Bland *svenske* jurister märka vi främst *Abrahamsson*.⁸⁾ Han framhåller särskildt de invändningar, hvilka gå ut på att "frikalla" svaranden från rättegången, men hänför till dem ej blott exceptio declinatoria fori eller invändningen om orätt forum samt exceptio litis ingressum impediens, utan äfven exceptio dilatoria, som afser rättegångens uppskjutande. Ännu mer står *Nehrman* under inflytandet af den tyska vetenskapen. Med dilatoriska invändningar eller exceptioner förstår han sådana, som afse "en riktig och Lag-likmätig Process, vid sakens skiötsel och drift" och hvilkas värkan inskränker sig till att "göra allenast något anstånd och hinder för käranden". De peremtoriska åter gå ut på att "uphäfva och vederlägga actoris påstående"; samt sålunda befria svaranden från käromålet, hvarför de och sägas binda i hufvudsaken (R. B. 16: 4). Det ser således ut såsom skulle begreppet exceptio dilatoria hos *Nehrman* sammanfalla med våra processinvändningar. Men då han det oaktadt till denna klass hänför äfven rena sakinvändningar, såsom exc. indulti moratorii och pacti conventi, framgår häraf att intetdera af dessa begrepp ännu varit för honom ens någorlunda klart.⁹⁾ Af samtida jurister förstår *Solander*¹⁰⁾ med exceptio peremptoria en sådan, som afgör saken och med exc. dilatoria en sådan, hvarigenom parten begär uppskof till nästa ting. *Colling*¹¹⁾ åter, hvilken likaledes anser det vara de dilatoriska invändningarnas uppgift att värka uppskof med sakens afgörande, skiljer mellan tvänne klasser af sådana invändningar, nämligen dilatoriae

⁸⁾ Anmärkningar till landslagen (Stockholm 1726), 612 f., vid Tmb. 12.

⁹⁾ *Nehrman*, Cap. XIV, §§ 23, 59, 37.

¹⁰⁾ Enligt ett exemplar handskrifna anteckningar efter dennes föreläsningar öfver Rättegångsbalken, hvilket förvaras i ett enskildt bibliotek.

¹¹⁾ *Schiagrafia Juridica Distinctionis Exceptionum in Dilatorias et Peremtorias*. (Lund 1778), 9 f.

causae, d. ä. en direkt anhållan om uppskof (R. B. 16: 6), och d. iudicii v. actionis, till hvilka höra exceptio fori och plurium citandorum. Hvarken hos desse författare eller hos *Fick*¹²⁾ är skilnaden mellan processinvändningar och sakinvändningar ens antydd.

En klarare uppfattning i dessa frågor röjer däremot *Delldén*, hvilken ej blott undviker och tadlar felet att såsom en invändning behandla partens anhållan om uppskof, utan äfven skiljer mellan *exceptio materialis* och *formalis*.¹³⁾ Den förra hänför sig till causam i. e. materiam litis, den senare, hvilken omfattar alla de i 16 kap. R. B. uppräknade invändningar, till processum eller litigandi rationem. Af dessa sist nämnda åter kallas exceptio fori och plurium citandorum *dilatoriae*, de öfriga *non dilatoriae*, en åtskilnad, som har sin grund i den privilegierade ställning, som i vår positiva rätt tillkommer de tvänne först nämnda invändningarna. Eburu det ej får förbises att *Delldéns* exceptio formalis hvarken till innehåll eller omfång sammanfaller med begreppet processinvändning, måste man dock medgifva att tanken att skilja mellan materiella och processuella invändningar innebar ett framsteg. Tyvärr blef denna tanke icke upptagen af de följande processualisterna. Så ansluter sig *Schrevelius*, 197 ff., med afseende å skilnaden mellan dilatoriska och peremptoriska invändningar helt och hållet till *Nehrman*, och äfven den tillstymmelse till ett afsöndrande af processinvändningarna, som häri ligger, blandas åter bort genom en annan indelning af invändningarna i trenne klasser, nämligen sådana, som afse någon af personerna i rättegången, sådana, som röra själfva målet, och sådana, hvilka angå processen. Ty af dessa omfatta de tvänne först nämnda grupperna både sakinvändningar och processinvändningar, och den sista endast processinvändningar, så att dessa äro fördelade på alla tre. I den senast utgifna framställningen af svenska civilprocessen, den af *Bromée*, 135 ff. omfattar uttrycket "invänd-

¹²⁾ De exceptionibus, Upsala, 1758.

¹³⁾ Theoria Exceptionum (Ups. 1826), 6, 8 ff.

ning endast processinvändningarna och andra formella invändningar, utan att dock skilnaden mellan dessa grupper skulle påpekas eller öfver hufvud någon annan synpunkt beaktas än den rent praktiska.

Den svenska vetenskapen har således icke håller bidragit till utredningen af begreppet processinvändning. I själfva verket var lösningen af denna fråga förbehållen de tyske processualisterna, och vi återvända därför, efter denna korta afvikelse, till desse.

§ 5. Läran om processinvändningarna, hvilken i Tyskland bibehållit sig nästan oförändrad att sedan medeltiden, har i våra dagar blifvit fullkomligt omgestaltad genom *Bülow*. Han är det, som ej allenast genom att blotta de inre motsägelserna i den herskande läran och undanrycka densamma dess förmenta stöd i källorna störtat denna lära, utan ock lagt grunden till en riktig uppfattning af processinvändningarna.

Enligt *Bülow*, 1 ff., innebär hvarje process icke blott ett förfarande, såsom allmänt läres, utan äfven och i främsta rummet ett *rättsförhållande*, hvilket fördenskuld kan benämnas *processförhållandet* eller *processrättsförhållandet*. Såvida parterne härvid komma i betraktande endast i deras förhållande till och medvärkan vid domstolens ämbetsvärksamhet, d. v. s. såsom statsborgare gentemot en offentlig myndighet, är processen ett offentligt-rättsligt förhållande. Till detta rättsförhållandes karaktär hör äfven att det icke framstår såsom på en gång eller redan vid sin uppkomst fullfärdigt, utan utvecklar sig och skrider framåt steg för steg.

Liksom fallet är med de privata rättsförhållandena, är äfven processförhållandet till sin uppkomst beroende af vissa betingelser eller förutsättningar, som ovilkorligen måste vara för handen för att detsamma skall komma till stånd, och hvilka således utgöra dess konstitutiva element. De kallas därför af *Bülow* *processförutsättningar*, och detta begrepp är enligt honom af största vikt ej blott för utredandet af enskilda processuella frågor, såsom den om rättegångens

delning i tvänne stadier, om fördelningen af bevisbördan i första stadiet m. m., utan ock för hela civilprocessens system (5 ff.) Men oakadt processförutsättningarnas essentiella betydelse för en riktig uppfattning af processrätten är den behandling de hittills rönt af vetenskapen såväl ytterst knapphändig som, hvad värre är, alldeles oriktig. De återfinnas nämligen i läran om processinvändningarna, hvilka icke äro någonting annat än negativt uttrykta processförutsättningar. Med den negativa ståndpunkten har man emellertid lagt en falsk grund för hela läran. Man har därmed för blicken undanskymt det, som var hufvudsaken, samt genom att behandla de s. k. processinvändningarna såsom dilatoriska exceptioner, ehuru de icke hafva någon af de egenskaper, som tillkomma verkliga invändningar, gifvit upphof åt en hel serie af falska slutsatser och irrläror. Vill man afskaffa dessa och bereda rum för en riktigare uppfattning af flere bland de viktigaste processuella grundbegrepp, är det därför nödvändigt att ur vetenskapen utplåna hela läran om processinvändningarna samt ersätta detta begrepp med begreppet processförutsättningar.¹⁾

Emedan processinvändningsläran hvilade på den föreställningen att en del af de romerska exceptiones dilatoriae hänfört sig till processuella omständigheter och värvat absolutio ab instantia, blef det för *Bülow* en hufvuduppgift att visa det romerska rätten icke känt några processinvändningar i denna mening eller, med andra ord, att alla dess såväl exceptiones som praescriptiones afsett det materiella anspråket samt medfört absolutio ab actione. I sådant afseende undersöker han särskildt och på det sorgfälligaste alla sådana i källorna omnämnda exceptiones, som af den då rådande läran betraktades såsom processinvändningar, och kommer härvid till det resultat att först och främst exceptio procuratoria och cognitoria samt exceptio litis dividuae och rei residuae varit rena sakinvändningar (29—84). Detta hade ock varit fallet med exceptio praeiudicii, nämligen för

¹⁾ *Bülow*, 14 ff., 310 ff.

såvidt en sådan existerade, ty mellan flere på en gång anhängiga processer reglerades ordningsföljden genom ett af pretorn utgifvet prejudicialdekret och af stundande ännu ej anhängiga processer var det endats tvänne, som gåfvo upphof åt en exceptio praeiudicii, nämligen de, hvilka rörde ett arf eller en fastighet. Någon allmän exceptio praeiudicii fans således icke, utan blott en exceptio quod hereditati och quod praedio praeiudicium non fiat, och dessa voro af rent materiel natur (112—236). Hvad slutligen beträffar exceptio eller praescriptio fori, har en sådan i den tekniska betydelsen af en åt iudex genom formulan meddelad föreskrift icke funnits i romerske rätten (85—111).

För undvikande af missförstånd böra vi tillägga, att *Bülow*, då han bestrider tillvaran af processinvändningar i romerske rätten, därmed ingalunda vill neka att frågan om domstolens behörighet och andra dylika frågor, hvilka utgjorde föremål för processinvändningarna eller, om vi vilja tala med *Bülow*, för processförutsättningarna, äfven hos romarne kunde väckas af parterne och förhandlas inför domstolen. Hvad han påstår är blott att dessa frågor icke genom en i formulan införd exceptio underkastades pröfningen i iudicium, utan alltid undersöktes och afgjordes af pretorn in iure. Den inre åtskilnad med afseende å föremålet för domstolens pröfning, som förekommer i hvarje rättegång och består däri att utom det materiella rättsförhållandet mellan parterne äfven förutsättningarna för en laglig och giltig process angående detta rättsförhållande måste undersökas, denna åtskilnad, hvilken i den moderna processen ofta nog bortskymmes, var således i den romerska så att säga plastiskt uttryckt genom dess fördelning i tvänne stadier, ius och iudicium. Medan pröfningen af det materiella anspråket af den romerska magistratus öfverlämnades åt en delegerad iudex, förbehöll han sig själf afgörandet om processförutsättningarna voro för handen eller icke. I förra fallet bragte han genom formulans utgifvande processen till stånd (actio nis datio — constitutio iudicii — litis contestatio), i det senare vägrade han käranden den begärda formulan (denega-

tionis), och befriade sålunda svaranden från rättegången (7 f. 288 ff.)

Sådan är i sina hufvuddrag *Bülows* lära. Vi skola nu se till huru den emottogs af den tyska vetenskapen. Öfver hufvud kan man säga att detta mottagande varit gynsamt och att flere af hans satser redan äro upptagna såsom erkända beståndsdelar af den moderna processrätten.

Fullständigt bestridd har denna lära blifvit af *Bar*, hvilken i sin recension²⁾ af *Bülows* ofvan relaterade arbete i allo försvarar såväl den herskande invändningsläran i allmänhet, som särskildt begreppet processinvändningar och dessas behandling såsom dilatoriska invändningar, hvarjämte han lika afgjort förkastar *Bülows* processföresättningar. Med honom öfverensstämma, särdeles i sist nämnda afseende, *Menger* och *Schultze*³⁾. Men för öfrigt hafva begreppen processföresättningar och processrättsförhållande allmänt upptagits af vetenskapen såsom medel för konstruktionen af flere viktiga processuella företeelser⁴⁾. Däremot har man icke trott sig böra i förkastandet af den gamla läran gå så långt som *Bülow*, utan, jämte det man bifallit till bortrensandet af vissa uppenbart oriktiga och på missförstånd af källorna beroende satser, tillika ansett att sagda lära i öfriga delar såsom mindre oriktig än ofullständig kunde bibehållas och vidare utbildas. Sålunda hafva bl. a. de fleste författare, under fullt erkännande af *Bülows* åsigt i öfrigt, bibehållit själfva namnet processinvändningar för att därmed utmärka sådana brister i föresättningarna för processen, som hindra dennas kommande till stånd, eller åtminstone

²⁾ i C. A. LII, 431 ff. Jfr för det följande 453 ff. 462 f.

³⁾ *Menger*, System des österr. Civilprocessrechts, I (Wien 1876), 292 ff. *Schultze*, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung, I (1883), isynn. § 22. Sist nämnda arbete, hvilket kommit förf. till handa först sedan denna del af afhandlingen var skriven, innehåller en mängd nya synpunkter, men är icke fritt från ensidighet och öfverdrifter.

⁴⁾ Ett uppräknande af de författare, hvilka i detta afseende sluttit sig till *Bulow* kan här så mycket hällre underlätas, som flere af dem komma att i det följande citeras.

dem ibland dessa brister, hvilka stödjade sig på själfständiga, af svaranden anförda fakta, eller hvilka hafva en dispositiv karaktär.⁵⁾ Till dessa medgifvanden åt den äldre läran har utan tvifvel äfven den omständigheten bidragit att tyska rikets nya processlag för civila mål ej blott betecknar i fråga varande processuella brister med namnet invändningar (Einreden), utan äfven i likhet med J. R. A. särskildt utmärker icke processinvändningarna i allmänhet utan endast de processhindrande, hvaremot alla öfriga invändningar behandlas från en gemensam synpunkt.⁶⁾ Att detta beteckningsätt skulle framkalla missförstånd, var naturligt. Isynnerhet gaf det anledning till en förväxling af begreppen processinvändning och processhindrande invändning, i det man antingen trodde att alla processinvändningar enligt C. P. O. vore processhindrande,⁷⁾ eller antog att C. P. O. icke kände andra invändningar af processuel natur, än de i § 247 uppräknade processhindrande invändningarna.⁸⁾

Mer motstånd än *Bülow*s teori om processförutsättningarna har den del af hans lära väkt, som hänför sig till romerske rätten. Så t. ex. vidhåller *Bar* att exceptio fori verkligan varit en teknisk i formulan införd exceptio, och till samma mening lutar, såsom det synes äfven *Schlesinger*.⁹⁾

⁵⁾ Jfr t. ex. *Wetzell*, § 14, n. 95, *Osterloh*, 44, *Plancks* recension af *Bülow*s arbete (i Kr. V. J. Schr. XI, 161 ff.) 177 ff., och *Schlesingers* recens. af samma arbete (Göttingische gelehrte Anzeigen, I, 881 ff.), 886 f. Med afseende å de dispositiva förutsättningarna godkännes namnet invändning ej blott af *Schwalbach*, a. a. 421, utan, såsom det synes, jämväl af *Bülow* själf, se C. A. LXIV, 31 f.

⁶⁾ De processhindrande invändningarna behandlas af C. P. O. i §§ 247—249, om öfriga invändningar handla §§ 251, 252.

⁷⁾ Denna åsigt hyllas af *Bolignano*, Z. f. d. C. P., II, 52 ff., hvilken tillägger processhindrande karaktär äfven åt de förr s. k. gemeindlicherischen Einreden.

⁸⁾ Jfr *Petersen*, Z. f. d. C. P., III 204 f., och *Fitting*, 148, *Schwalbach*, Prozessvoraussetzungen, 408, 419. Den riktiga uppfattningen i frågan uttalas af bl. a. *Osterloh*, 47 f., *Seuffert*, Kommentar till C. P. O. (2 upl. 1883), 306 f.

⁹⁾ *Bar*, a. st. 436 ff. *Schlesinger*, a. st. 896.

I fråga åter om exceptio praeiudicii anser *Planck*,¹⁰⁾ jämte det han erkänner dess karaktär af sakinvändning, att den blifvit använd, icke blott i de af *Bülow* anförda fallen utan äfven när svaranden påstod att en process med maior causa redan var anhängig och pretorn var oviss, om saken så förhöll sig. Ännu större betänkligheter uttalas i denna punkt af *Bar*, hvilken synes gifva exceptio praeiudicii en nästan obegränsad utsträckning, äfvensom af *Bekker*.¹¹⁾ Slutligen framhåller *Wetzell*, 137 ff. huruledes exceptio procuratoria, såvida den hänförde sig till processlegitimationen, hvilken undersöktes af pretorn ex officio och således utgjorde en af processförutsättningarna, till sin natur var en processinvändning, ehuru den hade sade samma form och värkan som en sakinvändning.¹²⁾

Härmed sammanhänger att de fleste författare icke håller godkänna *Bülow*s åsigt angående skilnaden mellan ius och iudicium i den romerska processen, vare sig öfver hufvud eller åtminstone med den skarpa afgränsning, som *Bülow* uppställer.¹³⁾

Enligt vår tanke underligger det intet tvifvel, att *Bülow*s åsigt just i sist nämnda fråga ej blott är i hufvudsak riktig utan äfven till väsentlig del innebär en ny sanning.¹⁴⁾ Att pretorn in iure själf afgjorde alla förutsättningar för iudicium, innan detta af honom konstituerades, är fullkomligt riktigt, nämligen såsom regel, och likaså att hela det materiella rättsförhållandet lämnades att afgöras af iudex i iu-

¹⁰⁾ A. st. 184 ff., där likväl de åsigt i frågan, som tidigare utvecklats af författaren, (se: Die Mehrheit, § 27), äro betydligt modifierade.

¹¹⁾ *Bar*, a. st. 442 ff., *Bekker*, die Aktionen des röm. Privatrechts, I (1871) 380, f.

¹²⁾ Denna uppfattning delas äfven af *Schwalbach*, a. st. 202 f., samt *Schultze*, a. a. §§ 24, 25.

¹³⁾ Jfr t. ex. *Bar*, a. st. 447 ff., *Schlesinger*, a. st. 903 f., *Bekker*, a. st. *Rudorff* i Puchtas Inst. § 150, n. c., *Schultze*, a. a. 247 ff.

¹⁴⁾ Antydningar i denna riktning förekomma visserligen redan hos *Puchta*, a. st.

dicium. Men denna regel tål dock vissa modifikationer. Å ena sidan är det nämligen säkert och torde ej häller bestri- das af *Bülow*, att då svaranden framstälde en exceptio, som var likvid redan in iure, pretorn icke införde denna i for- mulan utan fastmer vägrade att gifva käranden någon for- mula.¹⁵⁾ Ån andra sidan åter hafva vi, såsom nyss anför- des, i exceptio procuratoria ett exempel på att frågan om en processförutsättning åtminstone i något fall kunde hän- skjutas till iudicium.

Häraf framgår nu ock i hvad mån *Bülow*s påstående att romerske rätten icke kände till några processinvändnin- gar kan af oss godkännas. I den mening att alla exceptio- nes, om de befunnos grundade, medförde det materiella an- språkets förlust (absolutio ab actione), måste det betraktas såsom utan inskränkning riktigt, enär något exempel att en i formulan införd exceptio endast skulle hafva medfört ab- solutio ab instantia icke kan uppvisas. Men att, såsom *Bü- low*, 17, jämväl påstår, hvarje exceptio äfven till sitt inne- håll skulle hafva hänfört sig till det materiella rättsförhål- landet är en regel, som åtminstone med afseende å den of- van nämnda exc. procuratoria lider ett undantag. Däremot hafva vi redan förut påpekat huruledes det vore att allde- les missförstå *Bülow*, om man trodde att han velat förneka möjligheten för en svarandepart att under formularproces- sens tid framställa processinvändningar i betydelsen af så- dana påståenden, som afse att förekomma utgifvandet af den formula, som käranden begärt, och därmed äfven kon- stituerandet af ett iudicium öfver hans anspråk.

För öfrigt synes det oss såsom skulle *Bülow* i någon mån hafva öfverskattat betydelsen af den romerska proces- sen i förhållande till den moderna. Väl är det sant, att kändedomen om den förra på den grund är synnerligen upp- lysande för vårt ämne, att processmaterialets delning i tvänne grupper, af hvilka den ena innefattar de processuella och

¹⁵⁾ Jfr *Wach* vid *Keller*, § 50, n. 594, a. *Schultze*, a. a. § 20.

den andra de materiella förutsättningarna för domen, här var klarare och mer konsekvent genomförd än i någon annan processrätt. Men frågan, huruvida i den nyare processen en viss omständighet är att hänföras till den ena gruppen eller till den andra, beror dock icke därpå om denna omständighet hos romarne afgjordes af pretorn eller infördes i formulan, utan måste, där positiva grunder saknas, bedömas enligt sakens inre beskaffenhet och allmänna principer. Fördenskuld behöfva vi ej håller här ingå i någon närmare pröfning af tvistefrågorna på detta område, utan kunna efter dessa antydningar lämna detsamma för att öfvergå till undersökningen af processinvändningarnas begrepp enligt den nyare processrätten.

II. Processinvändningarnas begrepp.

§ 6. En undersökning af detta begrepp måste i själfva verket till hufvudsaklig del röra sig omkring betydelsen af begreppet processförutsättning. Är en gång detta fastställt, följer därur begreppet processinvändning af sig själf.

Vi sågo att *Bülow*, då han uppstälde sina processförutsättningar, därvid utgick från uppfattningen af processen såsom ett *rättsförhållande*. Till denna konstruktion hafva äfven de fleste författare, som efter honom behandlat samma ämne, utan tvekan anslutit sig ¹⁾. Men för öfrigt eger i detta afseende ingen samstämmighet i åsigtur rum. Beträf-

¹⁾ Endast *Menger*, a. a. I, 293, samt *Schulze*, a. a. 287 ff., *Das deutsche Konkursrecht* (1880), S. VIII, 139, betrakta processen icke såsom ett enhetligt rättsförhållande utan såsom en komplex af rättsförhållanden.

fande frågorna vid hvilket stadium i rättegången *processrättsförhållandet* uppstår och genom hvilka handlingar eller akter detsamma grundlägges råda de mest olika meningar²⁾. Och detta är likväl ännu ej det värsta, ty intill den dag som är har knapt något försök ens blifvit gjordt att närmare karaktärisera detta rättsförhållande och bestämma hvad det innebär. I allmänhet nöjer man sig med att omtala detsamma såsom någonting bekant och själfallet³⁾, och det egendomligaste är att *Bulow* själf, oaktadt han starkt betonar vigten af processens uppfattande såsom ett rättsförhållande, likväl icke söker att analysera detta begrepp. Dock är en sådan analys alldeles nödvändig om i fråga varande konstruktion skall hafva något värde.

²⁾ Bekant är den vetenskapliga strid, som väckt genom *Degenkolbs* arbete, *Einlassungswang* und *Urteilsnorm* (1877), först upplågade mellan *Bulow* och *Wach* rörande frågan huruvida å svarandens sida en pligt att inlåta sig i rättegången, (*Einlassungszwang*, *Defensionspflicht*) kunde uppställas eller icke och i hvilken strid sedermera en mängd författare uttalat sig. Beträffande de i texten antydda frågor, hvilka äfven beröras af tvisten, anser *Bulow* att processförhållandet uppstår genom en ensidig akt, nemligen käromålets väckande, die *Klageerhebung* (*Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten* i C. A. LXII, 1 ff., isyn. 11 ff.). Härigenom har han trädt i direkt motsats mot hela den äldre processrättsliga doktrinen, som låter processen grundas genom en tvåsidig akt af bägge parterne, nämligen *Klageerhebung* från kärandens sida och *Einlassung* från svarandens, och hvilken försvaras af *Plösz*, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* (1880), 127 ff., 132 ff., *Wach*, som utom dessa tvänne akter fordrar en tredje, „*Annahme der Klage*“ från domstolens sida (*Defensionspflicht* u. *Klagerecht* i *Grünhuts* Z. VI, 520 f.) samt *Birkmeyer*, i C. A. LXVI, 22 ff. Dock är man ej ense om hvari denna *Einlassung* skulle bestå. *Bulows* åsigt har däremot omfattats af fiertalet författare, nämligen *Kohler*, i *Kr. V. J. Schr.* XXII, 359 ff., *Schwalbach*, *Processvoraussetzungen*, 394 ff., *Schultze*, *Konkursrecht*, 145 ff., *Demelius*, a. a. 34, 230, *Eccius* i *Grüchot's* *Beiträge*, dritte Folge III, 734, n. 1, *Löning*, *Die Widerklage im Reichs-Civilprocess*, i *Z. f. d. CP.* IV, 135, n. 173.

³⁾ Ett undantag bildar endast *Schwalbach*, hvars framställning af processförhållandet, a. st. 392 ff., innehåller flere beaktansvärda, ehuru visserligen mer antydda än utvecklade synpunkter.

På grund häraf och då en fullständig undersökning af det s. k. processrättsförhållandet lätt kunde växa till en betydlig omfattning, skulle vi ej utan tvekan kunna operera med detta begrepp. Men härtill kommer att vi hysa vissa tvifvel angående riktigheten af hela begreppet samt dess värde och användbarhet för civilprocessens dogmatik. Dessa betänkligheter skola nu i möjligaste korthet framställas.

Mot konstruktionen af processen såsom ett rättsförhållande talar i främsta runnet den omständigheten att hvarje enskild process kan innebära och i de flesta fall äfven innebär icke ett enda rättsförhållande utan flere sådana. Sålunda uppstår redan genom käromålets väckande, d. ä. genom stämningens meddelande åt svaranden och målets inskrifning vid domstolen, ett rättsförhållande mellan käranden och domstolen eller, om man så vill, käranden och staten, hvars vilja i detta afseende uttalas af domstolen. Men därmed är ännu icke sagdt att svarandeparten tillika skulle träda i rättsligt förhållande till någondera af desse. Ty om t. ex. stämningen icke meddelats svaranden inom den af lag föreskrifna tiden, är domstolen visserligen pliktig att pröfva det anspråk på sakens upptagande, den anhållan om rättshjälpsom ligger i käromålets väckande, samt träder sålunda i ett rättsförhållande till käranden, men af detta förblifver svaranden fullkomligt oberörd: hvarken uppväxer för honom därur någon rättighet ej håller framkallas däraf för honom någon förpligtelse. Ett processuellt rättsförhållande existerar i detta fall endast mellan käranden och domstolen.

Granska vi nu detta rättsförhållande litet närmare, skola vi finna att domstolens förpligtelse gentemot käranden här endast häntör sig till dennes begäran om rättshjälps. Däremot är domstolen icke pliktig att äfven pröfva det af honom framställda materiella anspråket mot svaranden, tvärtom kan domstolens svar på hans anhållan om en dylik pröfning endast blifva ett afslag. Det är således klart att ett annat rättsförhållande än det nyss beskrifna då eger rum mellan käranden och domstolen, när den förre kan fordra att äfven hans materiella anspråk undersökes och pröfvas. Naturligt-

vis måste för inträdandet af detta sist nämnda rättsförhållande helt andra förutsättningar vara för handen än de, som erfordrades för det först antydda rättsförhållandet ⁴⁾).

På samma sätt som förhållandet mellan kåranden och domstolen ikläder sig flere olika rättsliga gestaltningar, kunna äfven flere särskilda rättsförhållanden uppstå mellan domstolen och svarandeparten. Om denne blott blifvit stämd i laga ordning och för en sak, som är underkastad borgerlig domstols afgörande, kan han redan härigenom träda i ett visst rättsförhållande till domstolen, äfven om någon eller några af de öfriga förutsättningarna för sakens pröfning skulle saknas. Ty oaktadt sådana brister har likväl svaranden vissa förpligtelser mot domstolen, från hvilka han först då varder befriad när den i fråga varande bristen blifvit af rätten konstaterad. Intill dess måste han nämligen underkasta sig domstolens förfoganden och framför alt inställa sig på dess befallning ⁵⁾. Däremot är han ännu ej pliktig att underkasta sig rättegången i dess helhet samt domen i saken. Denna förpligtelse är beroende af andra förutsättningar, och med dem inträder svaranden således i ett nytt rättsförhållande till domstolen.

Härmed hafva vi ingalunda uttömt hela mångfalden af de rättsförhållanden, som kunna uppstå mellan domstolen å ena sidan samt hvardera parten å den andra. En framställning häraf skulle erfordra omfattande undersökningar af alla de olika lägen med afseende å rättigheter och förpligtelser, hvori såväl kåranden som svaranden kunna råka i förhållande till domstolen, och kan således ej här komma i fråga. Vår afsigt har också endast varit att visa det en process kan innebära och vanligen äfven innebär flere rättsförhållanden än ett ⁶⁾. Denna omständighet utgör nämligen

⁴⁾ Jfr *Schwalbach*, a. a. 399 f.

⁵⁾ R. B. 12: 1 och 2. I den tyska processen existerar väl icke något tvång för svaranden att inställa sig, dock kan han genom sin utevara äfventyra att prekluderas med anmärkningen om den processuella bristen samt dömas i hufvudsaken, C. P. O. § 296.

⁶⁾ Då *Plósz*, a. a. 5 n. 3, emot *Menger* invänder att processen är ett fortskridande rättsförhållande, som under sin utveckling städse fram-

enligt vår tanke ett starkt skäl emot den nu i fråga varande konstruktionen, enär man icke gärna utan fara att missförstås kan tala om processrättsförhållandet såsom ett enda och om förutsättningarna för detsamma, då likväl flere processuella rättsförhållanden kunna gifvas och dessa åter bero af olika förutsättningar. Häremot kunde måhända invändas att, äfven om processen värligen innebär flere rättsförhållanden och ehuru detta möjligen kan i någon mån tala mot begreppet processrättsförhållande, det likväl kan vara ej blott logiskt möjligt utan ock från dogmatisk synpunkt fördelaktigt att under detta namn sammanfatta alla de särskilda rättsförhållanden, som kunna ega rum mellan domstolen och parterne. Vi skola därför se till om det så förhåller sig.

Naturligtvis beror möjligheten och lämpligheten af processens uppfattande såsom ett rättsförhållande till väsentlig del på hvad man förstår med ett rättsförhållande i allmänhet. Men ehuru det borde vara klart att utan åtminstone någon utredning af denna fråga en fruktbringande diskussion i saken öfver hufvud ej är möjlig, ser det ut såsom skulle man icke hafva egnat denna omständighet ens den flyktigaste uppmärksamhet, ty bland alla de författare, hvilka behandla processen såsom ett rättsförhållande är det icke en ende, som förklarar hvad han menar med detta uttryck. Att här försöka en fullständig utredning af rättsförhållandets begrepp kan på förut anförda skäl ej komma i fråga. Det väsentliga för detta begrepp är enligt vår tanke tillvaran af en rättighet (offentlig eller privat) å ena sidan och en densamma motsvarande förpligtelse å den andra. Visserligen är denna bestämning långt ifrån att vara allmänt erkänd ens i privaträtten, men vi tro oss dock böra fasthålla den

kallar nya anspråk, så kan härtill anmärkas att, såvida ett rättsförhållande just karakteriseras af de anspråk (jämte motsvarande förpligtelser), som utgöra dess innehåll, en förändring af detta innehåll ovilkorligen måste medföra en förändring af rättsförhållandets individualitet, d. ä. ett nytt rättsförhållande.

samma, emedan i annat fall begreppet skulle förflygtigas och förlora hvarje bestämdt innehåll⁷⁾.

Då hufvudpersonerna i processen äro tre, nämligen domaren och hvardera parten, måste man uppfatta och har äfven vanligen uppfattat det så kallade processrättsförhållandet såsom ett tresidigt rättsförhållande, d. ä. ett rättsförhållande med tre särskilda subjekt⁸⁾. Enligt det ofvan sagda borde således hvar och ett af dessa subjekt hafva någon rättighet eller förpligtelse mot hvardera af de öfriga.

7) *Bulow*, *Schwalbach* och andre, som förneka tillvaran af processuella pligter öfver hufvud (Fiktionen, isyn. 59 ff., *Schwalbach*, a. a. 394 ff.), kunna naturligtvis ej håller upptaga rättighet och pligt såsom beståndsdelar af rättsförhållandets begrepp. Däremot betonas detta moment uttryckligen af *Wach*, a. a. 521 f., och *Das Geständniss* i C. A. LXIV, 211 ff., *Plösz*, a. a. 7, 106 ff., v. *Canstein*, *Civilprocessrecht*, II (Berlin 1882), 5 ff., äfvensom *Sylow*, *Studier på Civilprocessens Omraade*, (1880), 37, och *Afzelius*, 11, 44 ff. För öfrigt är begreppet rättsförhållande till och med på privaträttens område så litet bestämdt att detsamma ännu för icke länge sedan behöfde afgränsas mot begreppet subjektiv rättighet, ty denna betydelse har uttrycket rättsförhållande hos *Savigny*, *System* I, 8, *Wächter*, *Handb. des Württemb. Privatrechts*, II, 1 § 31, och *Neuner*, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse* (Kiel, 1866), 4 ff. Äfven *Stahl*, *Die Philosophie des Rechts*, II (2 upl. 1845), 231 ff., jfr 165 ff., fattar begreppet så vidsträkt att det omfattar icke blott förhållanden mellan personer, utan ock rättigheter, ja, äfven komplexer af rättigheter såsom t. ex. förmögenheten. *Puchta*, hvilken (Pand. § 29) noga åtskiljer rättsförhållandet från begreppet rättighet, framhåller äfven att det är ett förhållande af rätt och pligt, men fattar det likväl altför inskränkt då han fordrar att det nödvändigt skall innebära en komplex af rättigheter, ehuru äfven en enda sådan kan gifva upphof åt ett rättsförhållande. I motsats härtill tages det af senare författare vanligen något vidsträkt och i följd däraf äfven obestämdt: se t. ex. *Sintenis*, *Civilrecht*, I (3 upl. 1868), 83, *Windscheid*, I, § 37. Den bästa definition, näst *Puchtas*, är måhända den, som finnes hos *Böhlau*, *Mecklenb. Landrecht*, II (1872), 2: „die für die rechtliche Determination bestimmte, aus dem concreten Leben abstrahirte Beziehung von Person zu Person.“ Dock säges icke håller här uttryckligt att rättsförhållandet innebär rättigheter och förpligtelser.

8) Denna egenskap hos processrättsförhållandet framhålles uttryckligen af *Schwalbach*, a. a. 393 ff. och *Wach*, a. st.

Nu är likväl redan den logiska möjligheten af ett rättsförhållande med flere än tvänne subjekt i hög grad tvifvelaktig. Visserligen plägar man stundom, då de rättsförhållanden, som ega rum mellan en person å ena sidan och flere särskilda å den andra, eller mellan ett antal personer inbördes, äro till innehållet lika, såsom t. ex. fallet är då en borgenär har flere solidariske gäldenärer eller då flere ingått bolag under lika vilkor, med ett mindre noggrant beteckningssätt sammanfatta dessa särskilda förhållanden under en gemensam synpunkt i det man talar om endast ett solidariskt skuldförhållande, ett bolagsförhållande m. m. Men härvid är dock att märka dels att det i dessa fall i själfva verket icke föreligger ett enda rättsförhållande utan flere, dels att deras betecknande såsom ett, ehuru icke exakt, likväl har en grund i deras öfverensstämmande innehåll. Emellertid torde ingen vilja förneka att i en process kärandens förhållande till domstolen är ett annat än svarandens och att dessa rättsförhållanden åter betydligt afvika från det, som antages ega rum mellan parterne inbördes. Att åter tre till sitt innehåll alldeles olika rättsförhållanden betraktas och behandlas såsom ett enda är någonting fullkomligt godtyckligt och förekommer oss veterligt ej i den materiella civilrätten.

Men äfven om ett tresidigt rättsförhållande vore i sig själfvt möjligt, är det likväl icke tillämpligt på processen. Ty låtom oss se hvad det skulle innebära. Såvidt man kan sluta af de antydningar, som här och där förekomma, skulle det så kallade processrättsförhållandet hufvudsakligen bestå däri att under rättegångens lopp subjekten i densamma äro gå visst sätt beroende af hvarandra. Hvarje handling eller påstående af en part, så säger man⁹⁾, invärkar både på vederpartens ställning i processen och på domstolens, och likaledes utöfva dennes handlingar ett omedebart inflytande på parternes processuella läge. Det band, som sammanhåller dessa tre personer är den blifvande domen, till hvars

⁹⁾ Jfr *Schwalbach*, a. a. 398 f., äfvensom *Plösz*, a. a. 6 och *Afzelius*, 11.

åstadkommande de alla måste medvärka. Processrättsförhållandet vore således det förhållande, som eger rum mellan personerna i en rättegång när hvardera parten har rätt att fordra tvistens afgörande genom utslag af domstolen. Det vore med andra ord detsamma som det romerska iudicium, och utan tvifvel är det just tanken härpå, som gifvit upphof åt denna konstruktion ¹⁰⁾.

Härvid tyckes man dock hafva förgätit den stora olikheten mellan den romerska och den nyare processen. Redan den omständigheten att den sist nämnda icke företer något sådant, i yttre afseende särskildt stadium som det romerska iudicium, gifver åt bemödandena att skapa någonting detta motsvarande en konstlad prägel samt framkallar för denna konstruktion jämväl praktiska svårigheter. Ty då vid hvarje tidpunkt under rättegången förutsättningar för processförhållandet kunna bortfalla eller brister i dessa förutsättningar uppstå, skulle man aldrig veta när ett sådant rättsförhållande värkligen eger rum.

Af ännu större betydelse är det dock att grunden till det romerska iudicium saknas i den moderna processen. Detta iudicium hvilade på *litis contestatio*, som urprungligen hade karaktären af ett aftal och gaf upphof åt ett nytt rättsförhållande mellan parterne. Desses pligt att inställa sig för den utsedde iudex, att där företaga processhandlingar och slutligen att underkasta sig domen, alt berodde i äldre tider på den genom *litis contestatio* ingångna obligationen ¹¹⁾. Men detta är nu annorlunda. I den nyare processrätten hämtar domen sin bindande kraft ej från en frivillig underkastelse af parterne under densamma, utan från statens öfverhöghet, från dess välde öfver den enskilde medborgaren och den underdånighet, hvori denne står till staten.

¹⁰⁾ Se t. ex. *Bülow*, 4, 7, 289 ff.

¹¹⁾ Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi (putat Marcellus); l. 3 § 11 D. de peculio, XV, 1, Ulpianus. Jfr. *Bethmann-Hollweg*, II, 487 f. *Ihering*, Geist des röm. Rechts, I (2 upl.) 169 ff., *Endemann*, Das Princip der Rechtskraft (1860) 10, 22 ff.

Därför uppstår icke häller numera genom processens öppnande någon ny obligation mellan parterne. Det privata rättsförhållande, hvori de förut stodo till hvarandra, undergår icke genom att underkastas domstols afgörande någon förändring utan fortbestår under hela rättegången sådant som det varit. Lika litet kan processens början gifva upphof åt något offentligt-rättsligt förhållande mellan parterne. Ett sådant förutsätter nämligen i främsta rummet att subjektet på ena sidan är staten eller någon statlig myndighet och kan således icke ega rum mellan tvänne personer, hvilka icke uppträda såsom organ för statsmakten utan endast företräda sina enskilda intressen.

Väl kan det ej bestridas att parterne genom rättegångens öppnande träda i ett nytt *förhållande* till hvarandra ¹²⁾, men för att detta skall kunna betecknas såsom ett *rättsförhållande*, måste det innebära nya rättigheter eller förpligtelser för den ene parten mot den andre. Nu är det dock att märka, att enligt *Bülows* egen åsigt, hvilken visserligen är långt ifrån obestridd, den tyske processrätten icke ålägger parterne några pligter vare sig mot domstolen eller mot hvarandra ¹³⁾. Hvad åter beträffar vår processrätt, gifver den ännu mindre anledning till antagandet af ömsesidiga processuella pligter mellan parterne än den tyska och andra utländska rättegångsordningar, enär de bestämningar, hvilka här företrädesvis ansetts innebära dylika förpligtelser, icke hos oss återfinnas. Hit höra stadgandena att en svarandepart, som icke förklarar sig öfver käromålet, anses hafva medgifvit dess faktiska grund ¹⁴⁾, att påståenden af en part, äfvensom urkunder, hvilka icke uttryckligen bestridas af ve-

¹²⁾ Enligt *Mill*, System des deduct. u. induct. Logik (öbers. von Schiel) I, 80 ff., eger ett förhållande eller en relation mellan tvänne ting eller personer då rum, när det finnes ett faktum eller en rad af fakta, hvori dessa tillika inträda.

¹³⁾ Fiktionen, isyn. s. 59 ff. Frågan, huruvida parten har en rättslig pligt att handla i processen sammanfaller med den angående svarandens pligt att inlåta sig i rättegången, hvarom ofvan n. 1.

¹⁴⁾ C. P. O. §§ 296 och 298.

derparten, betraktas såsom af honom godkända ¹⁵⁾ samt att parten i anledning af en honom bjuden ed måste förklara om han antager eller afböjer eden och i sist nämnda händelse vanligen måste låta motparten afgöra saken genom egen ed ¹⁶⁾. I allmänhet känner vår rätt icke någon pligt för parten att yttra sig öfver påståenden af motparten ¹⁷⁾. Hvad sedan beträffar de föreskrifter om iakttagande af viss tid och form för processuella handlingar, hvilka återfinnas i alla processlagar, så hafva de vanligen blott den betydelse att den i fråga varande handlingens giltighet är beroende af föreskriftens iakttagande. Och då detta iakttagande således ej kan framkallas genom tvångspåföljd, innebär det icke håller uppfyllelsen af en rättslig pligt ¹⁸⁾. Ännu mindre kan man tala om sådana pligter i fråga om den s. k. bevisskyldigheten, eller om kärandens skyldighet att substantiera sitt käromål eller andra dylika visserligen i det dagliga språket så kallade pligter ¹⁹⁾. De förpligtelser till positiv värksamhet, som äfven vår processrätt ålägger parterne, nämligen pligten att vid

¹⁵⁾ C. P. O. §§ 129, 404; Motsvarande stadganden återfinnas ock i franska rätten, C. pr. art. 252. *Collings* åsigt, De fide instrumentorum (1767), 12, att denna regel, hvad beträffar urkunder, äfven skulle gälla för svensk rätt, har icke stöd af lag; jfr *Schrevelius*, 226, *Lindblad*, Om bevisning inför Rätta, 176.

¹⁶⁾ C. P. O. §§ 417 ff.; jfr C. civil artt. 1358—1365.

¹⁷⁾ Jfr *Afzelius*, 57 ff.

¹⁸⁾ Så uppfattas dessa föreskrifter af *v. Canstein*, a. a. II, 7 ff., hvilken bland processuella pligter bl. a. uppräknar skyldigheten för parterne att med aktning bemöta domstolen och hvarandra, äfvensom af *Afzelius*, 44 jfr 48 ff.

¹⁹⁾ Äfven detta gör *v. Canstein*, a. st., troligen på den grund att uppfyllandet af dessa skyldigheter vanligen är ett vilkor för processens vinnande. Men om underlåtagandet af en viss handling medför skada eller olägenhet för en person, så följer däraf ännu icke att denna handling företagande skulle för henne utgöra en pligt. Vore detta fallet, så skulle jämväl borgenärer måsta anses pligtige att inom viss tid bevaka sina fordringar, emedan dessa annars gå förlorade genom preskription. Lika orimligt som det vore att här tala om rättsliga pligter, är det ock att begagna detta begrepp i fråga om parternes skyldigheter med afseende å beviset samt iakttagandet af föreskrifven tid och form för deras handlingar m. m.

rättens bud komma tillstådes och att förete urkunder, hvilka kunna tjäna såsom bevismedel²⁰⁾, äro uppenbarligen pligter mot domstolen och icke emot vederparten. Att slutligen skyldigheten att underkasta sig domstolens utslag i saken beror på en allmän statsborgerlig pligt har redan tidigare påpekats.

Vi kunna således konstatera att i den moderna rättegången parterne icke hafva några processuella förpligtelser mot hvarandra. Härmed är då äfven ådagalagdt att något processuellt rättsförhållande mellan parterne icke existerar, hvaraf åter följer att det allmänna processrättsförhållandet, af hvilket detta skulle utgöra en sida, icke håller förefinnes.

För civilprocessens dogmatik äro också såväl det allmänna processförhållandet som ett processuellt rättsförhållande mellan parterne fullkomligt obehöfliga. De värkningar, som tilläggas dessa rättsförhållanden äro nämligen utan undantag sådana att de kunna förklaras dels ur det förhållande, hvori hvardera parten står till domstolen dels genom det mellan parterne existerande privata rättsförhållandet. Till de antydningar, hvilka i detta afseende redan blifvit gjorda, må ännu tilläggas följande.

För att visa huruledes parternes handlingar till stor del bestå i utöfningen af rättigheter och uppfyllelsen af pligter gentemot vederparten, söker *Wach*²¹⁾ göra gällande att parterne under hela rättegången förhandla omedelbart med hvarandra. Redan stämningen meddelas utan förmedling af domstolen direkt åt svaranden, likaledes träda parterne i den förberedande skriftväxlingen omedelbart mot hvarandra och under den muntliga förhandlingen riktar hvardera parten sina påståenden och förklaringar ej mot domstolen utan mot vederparten, hvars rättsliga ställning i processen jämväl påverkas af dessa handlingar²²⁾.

²⁰⁾ I hvilken utsträckning denna sist nämnda pligt kan anses vara för handen enligt vår rätt är dock mycket omtvistadt; jfr *Nehrman*, 257 f., *Lindblad*, a. a. 173 ff., *Schrevelius*, 325 f., *Bromée*, 210 f., *Afzelius*, 62. Ang. tysk och fransk rätt se C. P. O. § 387, C. pr. art. 188.

²¹⁾ *Das Geständniss*, 211 ff.

²²⁾ Jfr *Schwalbach*, a. a. 398 f.

Härtill kan dock anmärkas att en omedelbar förhandling mellan tvänne personer mycket väl låter tänka sig utan att ett rättsförhållande mellan dessa personer därför behöfde ega rum eller därigenom skulle uppstå. Om detta är eller kommer att blifva fallet beror uteslutande därpå, huruvida den i fråga varande handlingen utgör en pligtuppfyllelse, d. v. s. om den är en sådan handling, hvars företagande vederparten har rättslig makt att fordra, eller om den har till påföljd en förpligtelse, d. ä. att någondera parten därigenom erhåller makt att af den andre fordra en viss handling. Frågan om stämningen framkallar sådana rättigheter och förpligtelser är identisk med den, huruvida processen öfver hufvud är ett rättsförhållande. Hvad åter beträffar den förberedande skriftväxlingen, hvilken för öfrigt icke återfinnes i vår process, så infaller den enligt *Wachs* egen uppfattning af processförhållandets uppkomst före den tid då detta tager sin början och torde dessutom icke kunna betraktas såsom uppfyllelse af en rättslig pligt, enär det står i partens fria skön att underlåta skriftens uppsättande och aflämnande, såvida han därigenom icke förorsakar uppskof i den muntliga förhandlingen, i hvilket fall han straffas för förhållande af rättegången ²³⁾.

Öfvergå vi nu till parternes handlingar under själfva rättegången, så är det ingalunda fallet att de till öfvervägande del vore riktade mot vederparten eller skulle invärka på hans rättsliga läge. Käromålet innebär, såsom förut anmärkts, en anhållan om rättshjälp och är i denna egenskap riktadt mot domstolen. Taga vi sedan bevisningen, så är det likaledes otvifvelaktigt att den helt och hållet går ut på att invärka på domarens öfvertygelse om ett visst faktiskt förhållande. Hvilket intryck de använda bevismedlen utöfva på motparten, är för målets utgång fullkomligt ligkiltigt, denna beror endast och allenast på domstolens uppfattning af saksförhållandet. Visserligen är motparten så till vida intresserad af den större eller mindre framgång, hvarmed be-

²³⁾ C. P. O. § 48, jfr *Wach*, 13 f.

visningen föres, att hans utsigt på en gynsam dom minskas eller ökas i samma förhållande. Men detta förklaras helt enkelt genom hans förpligtelse att underkasta sig en på domstolens öfvertygelse om sanningen af de anförda fakta grundad dom, eller med andra ord på det rättsförhållande, dom eger rum mellan honom och domstolen. Något offentligträttsligt förhållande mellan parterne skapas icke genom dessa utsigter och förhoppningar, ej håller förändras därigenom det privata rättsförhållandet mellan dem, ty detta kan endast domen omgestalta.

* På enahanda sätt förklaras äfven den invärkan, som ett erkännande af den ene parten utöfvar på den andres ställning i processen i det denne därigenom befrias från nödvändigheten att bevisa det faktum, som erkännandet gälde. Erkännandets omedelbara värkan hänför sig till domstolen och består däri att denne numera måste betrakta det i fråga varande sakförhållandet såsom konstateradt. Den medelbara värkan åter, eller att motparten ej behöfver bevisa detta faktum hänför sig till förhållandet mellan honom och domstolen, men ej till förhållandet mellan parterne inbördes, ty för domstolens räkning sker beviset: iudici fit probatio.

Vi behöfva icke mångfaldiga dessa exempel, ty af de redan anförda framgår till fylles att de företeelser i processen, för hvilkas förklarande man trott sig böra konstruera hela processen såsom ett enda rättsförhållande, ingalunda förutsätta ett sådant.

Såsom förut anmärkts, hafva vi med det ofvan sagda icke åsyftat någon uttömmande kritik af denna lära och ännu mindre en fullständig utredning af processens väsen. Att gifva en sådan är icke håller möjligt förr än de enskilda rättsförhållanden, som under processens lopp kunna uppstå mellan domstolen å ena sidan och hvardera parten å den andra, blifvit noggrant undersökta. Intill dess är det emellertid enligt vår tanke rådligast att alldeles undvika processens konstruerande såsom ett rättsförhållande.

§ 7. Ehuru vi således icke kunna uppfatta de s. k. processförutsättningarna såsom betingelser för något allmänt processuellt rättsförhållande, utgöra de äfven enligt vår tanke ett begrepp, som icke kan undvaras. Det gäller endast att bestämma hvad därmed bör förstås, och följaktligen i främsta rummet att undersöka för hvad de utgöra förutsättningar.

Härvid är det till en början klart att det icke kan blifva fråga om några förutsättningar för processen eller förfarandet i allmänhet. Såsom bekant, kan nämligen frågan om en viss processförutsättning är för handen eller icke föranleda ett mer eller mindre vidlyftigt förfarande, hvilket, ehuru icke hörande till den del af rättegången, som motsvarar det romerska iudicium, likväl enligt den nyare rätten, som ej känner något i yttre afseende särskildt iudicium, måste betraktas såsom en del af processen. Och detta förfarande samt det utslag, hvartill det leder, kunna vara fullkomligt giltiga äfven om därigenom just skulle fastställas att den i fråga varande förutsättningen värkligt saknats. Våra processförutsättningar hänföra sig således icke till hela rättegången utan endast till den del däraf, som rör befogenheten af det materiella anspråk, som käranden därigenom gör gällande eller, såsom det i vårt lagspråk heter, *hufvudsaken*.

Men icke håller för denne del af rättegången utgöra de i samma mening förutsättningar som fallet var i fråga om det romerska iudicium, nämligen så att en förhandling ej ens skulle kunna taga sin början om någon bland dem saknades. Ty, såsom framdeles skall visa sig, kan åtminstone i fråga om de flesta processförutsättningar, nämligen de s. k. absoluta, bristen på en sådan under alla stadier af rättegången göras gällande. Och om anmärkningen öfver en bristande förutsättning blifvit genom särskildt utslag underkänd, men detta utslag dragits under öfverrätts pröfning, skall domstolen icke dess mindre i de flesta fall fortfara med hufvudsaken, ¹⁾ ehuru således frågan om denna förutsättning

¹⁾ Vår rätt gör härvid undantag endast för de fall, då anmärkningen gäller domstolens kompetens eller tredje parts hörande. R. B. 16: 1 och 3.

är sväfvande. Däremot har saknaden af en processförutsättning den betydelse att, om i det sist anförda fallet denna brist sedermera konstateras af öfverrätten, förfarandet i hufvudsaken afbrytes och, såvidt ett sådant förfarande redan egt rum, göres ogiltigt samt att, i händelse dom redan skulle hafva fallit, denna upphäfves. På samma sätt kommer, i händelse någondera parten, först efter domens afkunnande, vid högre domstol anhåller om dess upphäfvande på grund af en bristande processförutsättning,²⁾ jämte domen hela den föregående rättegången, såvidt den rör hufvudsaken, att upphävas.

Det är således icke för att ett förfarande i hufvudsaken i allmänhet skall kunna ega rum, som dessa förutsättningar måste vara för handen, utan de erfordras endast för ett giltigt förfarande, d. v. s. ett sådant, som kan tjäna till grund för sakens afgörande genom dom. Med processförutsättningar förstås fördenskund *de omständigheter, hvilka måste vara för handen för att ett giltigt förfarande i hufvudsaken skall kunna ega rum.*

Då kriteriet för giltigheten af ett förfarande i hufvudsaken nödvändigt måste sökas i giltigheten af den på detta förfarande grundade domen eller det utslag, hvarigenom hufvudsaken afgöres, låge det nära till hands att med *Schwalbach*, a. a. 401 f., konstruera processförutsättningarna såsom förutsättningar för slutdomens giltighet (Statthaftigkeit) eller dess möjlighet (Zulässigkeit). Likväl måste vi af det skäl föredraga den ofvan uppställda bestämningen af detta begrepp, att det icke är blott domen, som genom bristen på en förutsättning göres ogiltig, utan hela det föregående förfarandet, såvidt det rör hufvudsaken, d. ä. alla de processuella handlingar af såväl domstolen som parterne, hvilka företagits med afseende å sakens afgörande. Och då bristen på en processförutsättning göres gällande, sker detta ej blott för att undvika ett giltigt utslag i hufvudsaken, utan ock för att öfver hufvud förekomma en onyttig och besvärlig rättegång rörande denna sak. Att processförutsättningarna äro förutsättningar för slutdomens giltighet är väl i och för sig

2) R. B. 25: 21.

fullkomligt riktigt, men som äfven fällandet af domen hör till förfarandet i hufvudsaken, utgör detta icke något skäl mot deras hänförande till hela detta förfarande, hvilket således är i alla afseenden mer exakt.

Saknas någon af processförutsättningarna, medför detta enligt det ofvan sagda den påföljd att ett giltigt förfarande i hufvudsaken icke kan ega rum och någon giltig dom ej fällas. Skulle det oaktadt en dom hafva blifvit fäld eller, om också detta icke skett, ett förfarande likväl hafva egt rum, så äro både domen och förfarandet i öfrigt ogiltiga. Af hvilken beskaffenhet denna ogiltighet är och hvad den innebär kan först längre fram förklaras närmare, då det varder fråga om processinvändningarnas värkan. Dock må i sådant afseende redan nu nämnas att här icke är fråga om någon absolut ogiltighet (Nichtigkeit) i samma mening som i privaträtten, och att således värkan af en felande processförutsättning icke består däri att rättegången vore under alla förhållanden ogiltig utan blott däri att den är det om bristen inom viss tid anmärkes, hvaremot, om detta icke sker, förfarandet oaktadt sagda brist är fullkomligt giltigt.

En annan bestämning, som vi måste göra med afseende å processförutsättningarna och hvilken likaledes är af negativ beskaffenhet, är att de icke omfatta sådana omständigheter, hvilka endast hänföra sig till domen men ej till rättegången öfver hufvudsaken. Hit höra t. ex. de fall, som omtalas i R. B. 1: 12, då domare fäller orätt dom antingen "af uppenbar vårdslöshet eller oförstånd" eller ock "uppsåtliga af hat och illvilja." Att domaren skall döma enligt lag utgör väl en förutsättning för domens giltighet, men som denna omständighet icke kommer i betraktande förr än vid domens fällande, är det klart att den icke har samma betydelse för rättegången i öfrigt och förty icke utgör en processförutsättning såsom detta begrepp blifvit af oss uppståldt.

Vi hafva redan omnämnt det motstånd, som begreppet processförutsättningar rönt hos några författare,³⁾ Enligt

³⁾ Se ofvan s. 38 ff.

Menger skulle detta begrepp i själfva värdet ej innebära någonting annat än de faktiska förutsättningarna för stämningensanspråket, d. ä. det processuella anspråket på inledandet af ett civilförfarande i första instans, hvilket anspråk likväl ingalunda vore af den betydelse i dogmatiskt hänseende, att det förtjänade på detta sätt framhållas. Att denna åsigt ytterst beror på en missuppfattning af hela det i fråga varande begreppet, torde efter hvad nyss yttrats angående detta begrepp icke behöfva vidare utvecklas. Processförutsättningarna utgöra ingalunda endast och allenast förutsättningar för kärandens rätt att inleda rättegång mot svaranden: de äro tillika de nödvändiga betingelserna för möjligheten af ett giltigt förfarande i hufvudsaken och således äfven för ett giltigt afgörande af denna sak genom domen. Och fördenskuuld bilda de äfven ett begrepp af den största betydelse för civilprocessrätten.

§ 8. Liksom förfarandet i hufvudsaken går ut på att undersöka och fastställa huruvida det af käranden framställda materiella anspråket är lagligen grundadt eller icke, så utgör å andra sidan frågan om han i detta fall är berättigad att af domstolens fordra en sådan fastställelse, d. ä. om processförutsättningarna äro för handen, föremål för en särskild pröfning af domstolen. Denna pröfning åter kan stundom gifva upphof åt en egen förhandling och ett eget utslag, vare sig sedan att detta sist nämnda afkunnas särskildt eller i sammanhang med utslaget i hufvudsaken. Men nödvändigt är detta ingalunda, tvärtom kan en sådan pröfning äfven ske utan att erhålla något för parterna skönjbart uttryck. Ty alldenstund det åligger domstolen att själfmant undersöka förhandenvaran af en del processförutsättningar, nämligen de absoluta, måste en pröfning af denna fråga ovilkorligen företagas i hvarje rättegång, ehuru den, om domstolen icke finner anledning att förmoda det någon af dessa förutsättningar skulle saknas, ej håller varder i yttre afseende märkbar. Finner domstolen däremot att en sådan förutsättning saknas, eger den själfmant afhålla sig från all

pröfning af hufvudsaken. Likaså kan parten, om han skulle upptäcka bristen på en processförutsättning, vare sig den är absolut eller dispositiv, fordra att domstolen icke afgör hufvudsaken. Hvar gång han nu gör detta, säges han framställa en *processinvändning*.

Härmed skulle således förstås ett påstående af någondera parten, hvarigenom denne på grund af en bristande processförutsättning söker afböja hufvudsakens upptagande till *pröfning*.

Men liksom i fråga om sakinvändningarna med uttrycket invändning betecknas ej blott ett visst påstående af svaranden, utan äfven den faktiska omständighet, som ligger till grund för detta påstående, så förhåller det sig ock på samma sätt med processinvändningarna. En sådan utmärker därför äfven helt enkelt *bristen på en processförutsättning, den omständigheten att någon af dessa förutsättningar saknas*, hvarvid dock är att märka att den i fråga varande bristen åtminstone måste kunna göras gällande i afseende å käromålets afvisande utan *pröfning*, eller med andra ord, kunna begagnas såsom en invändning i först angifna betydelse.

En processinvändning går alltid ut på att hindra hufvudsakens upptagande till *pröfning* af domstolen. Den kan därjämte afse att förekomma eller afbryta alt förfarande öfver hufvud, men nödvändigt är detta icke. Då en processinvändning oftast föranleder ett utslag af domstolen och alltid *kan* gifva upphof åt ett sådant, är det klart att den part, som framställer invändningen, därmed måste åsyfta att gifva åt detta utslag ett visst innehåll. Nu innehåller det utslag, som godkänner en processinvändning, vanligen en förklaring därom att saken ej kan upptagas till *pröfning, ett afvisande af käromålet utan pröfning*. På en sådan afvisning, *denegatio actionis, absolutio ab instantia*, är det således som processinvändningen åtminstone i regeln går ut.

Detta utgör ock det väsentligaste kännetecknet på dessa invändningar till skilnad från öfriga anmärkningar af

parten ¹⁾ Gäller anmärkningen en omständighet, som kan värka käromålets förkastande, föreligger fördenskuld icke någon processinvändning, utan, såsom äfven tidigare framhållits, en sakinvändning. Likaledes är det klart att en omständighet, som åberopas endast för att värka uppskof med rättegången, d. ä. ett temporärt afbrott, efter hvars slut den åter fortsättes, ej kan räknas till processinvändningarna. Visserligen kan domstolen vid några af dessa invändningar, då bristen på en processförutsättning blifvit konstaterad, anordna ett uppskof med förfarandet för att bristen därunder må kunna botas. Men såvida äfven i dessa fall käromålet måste afvisas utan pröfning i händelse bristen inom den utsatta tiden icke varder afhjälpt, är det ej svårt att skilja dem från en blott anhållan om uppskof. ²⁾

Vidare är det på grund af den bestämning vi gifvit af processinvändningarna tydligt, att till dem icke kunna hänföras sådana hinder för rättegångens giltighet, som bero på ett afsigtligt eller medvetet åsidosättande från den enskilde domarens sida af hans ämbetspligt. Naturligtvis kan äfven vid verkliga processinvändningar en pligtförgätenhet hos domaren ega rum, men denna omständighet är då alldeles irrelevant, medan den däremot i de fall, hvarom nu är fråga, just framkallar bristen. Hit höra bl. a. de i R. B. 25: 21 omnämnda fallen „at dom är fäld af then, som ej varit till Domare lagliga förordnad, eller ej svurit Domare ed; eller at Rätten ei varit domför“, äfvensom det i vår lag icke uttryckligen nämnda fallet, när domaren icke låter parterna tillgodonjuta dem tillkommande processuella förmåner med afseende å rätt att yttra sig, att förete bevismedel m. m. Det lider intet tvivel att

¹⁾ Att med *Sylow*, a. a. 73 f., söka kriteriet för de processuella invändningarna däri, att de skulle hindra *litis contestatio*, är å ena sidan föga upplysande, då det sist nämnda begreppet är synnerligen omtvistadt, och å den andra mindre exakt, enär de positiva processlagarne faktiskt förbinda åtminstone en del af dessa invändningar med en förhandling rörande hufvudsaken.

²⁾ Såsom i den historiska öfversigten framhölls, hafva äldre svenske författare ganska allmänt behandlat uppskofsansökan såsom invändning; se ofvan s. 33 f.

dessa omständigheter göra rättegången ogiltig och förty måste betraktas såsom brister i processförutsättningarna. Likväl kunna de fördenskuld icke komma här i betraktande att de ej på något sätt kunna under rättegången göras gällande. Af domaren kan detta icke ske emedan ogiltighetsgrunden just ligger i ett medvetet olagligt handlingssätt af honom, hvilket han skulle hafva undvikit om han velat förekomma alla hinder för rättegångens giltighet. Och å andra sidan är det äfven klart att parten, i de fall då det lagstridiga handlingssättet varit för honom bekant, under dylika förhållanden icke har någon utsigt att få felet rättadt. Efter domen kunna sådana omständigheter väl göras gällande såväl i afseende å kriminelt ansvar för domaren som för att värka den fälda domens upphäfvande genom querela nullitatis, men förekommas kunna de icke genom några påminnelser eller anmärkningar och gifva således ej häller upphof åt processinvändningar.

Slutligen följer det ock af vår definition att man från processinvändningarna måste afsöndra en grupp af fakta, hvilka likväl i vår processlag bära samma namn och underkastas samma behandling som dessa. Vi afse härmed sådana anmärkningar af någondera parten, som gå ut på att afböja icke rättegången öfver hufvud eller domen utan endast en enskild processuel handling af vederparten³⁾. Visserligen uppräknar lagen bland sådana invändningar endast de vanligen s. k. vitnesjäfven⁴⁾, men det är klart att till samma kategori äfven måste hänföras anmärkningar rörande urkunders trovärdighet, behörigheten af parts ed m. m. Att dessa „invändningar i rättegången“ icke äro riktade mot det materiella anspråket är uppenbart, men lika litet

³⁾ *Schultze*, a. a. 289 f., 329 f., räknar äfven dem till processinvändningarna. Likväl begagnar den tyske processrätten i denna betydelse icke uttrycket *Einreden*, utan *Einwendungen*; jfr t. ex. C. P. O. § 17, som handlar om bjuden ed. Enligt vår terminologi kunde man säga att de äro processuella invändningar, men icke processinvändningar.

⁴⁾ *Gör någor annan invändning, än nu sagdt är, ehvad thet är emot — eller emot vitnen —*; R. B. 16: 4.

hänföra de sig till processförutsättningarna, ty de angripa icke hela rättegångens giltighet, utan vända sig endast mot en enskild processhandling. Då uttrycket invändning, oafsedt det nu i fråga varande begreppet, brukas för att beteckna tvänne andra begrepp, kunna vi, ehuru dess användande i denna tredje betydelse har stöd af lag, likväl från synpunkten af en redig terminologi endast uttala oss emot detsamma.

För begränsningen af begreppet processinvändning torde det anförda, åtminstone tills vidare, vara till fylles. Hvad särskildt beträffar skilnaden mellan detta begrepp och sakinvändningarna, tillåta vi oss att hänvisa till hvad därom redan inledningsvis yttrats⁵⁾ och hvilket måhända erhåller någon belysning genom den nu vunna utredningen af det först nämnda begreppet. Däremot bör beträffande själfva namnet processinvändningar följande anmärkas.

Att såväl namnet som begreppet „Processeinrede“ uppstått genom den falska föreställningen att det romerska *exceptio* omfattat jämväl sådana omständigheter, af hvilka giltigheten af *iudicium* berodde, har redan påpekats i historiken, där det tillika visades hvilka menliga följder i dogmatiskt hänseende häraf föranleddes. Emellertid kunde det synas såsom vore detta namn eller det motsvarande processinvändningar åtminstone hvad beträffar en del brister i processförutsättningarna långt ifrån olämpligt. Ty liksom försvaret i hufvudsaken antingen innebär ett bestridande af käromålets faktiska grund eller ock består i framställandet af invändningar mot det väkta anspråket, kan svaranden äfven med afseende å förutsättningarna för rättegångens giltighet sägas bestrida eller göra invändningar. I förra fallet nekar han tillvaran af en sådan förutsättning, som utgör en konstituerande grund för hvarje giltig rättegång och hvars bevisande därför åligger käranden, i det senare gör han gällande någon annan omständighet, som icke berör nyss nämnda förutsättningar, men likväl på annan grund är egnad att

⁵⁾ Se ofvan s. 6 f.

göra förfarandet ogiltigt och hvilken därför måste af honom själf bevisas. Men att fördenskuuld, såsom äfven föreslagits, endast för sist nämnda omständigheter bibehålla namnet processinvändningar⁵⁾, skulle likväl medföra en betänklig splittning i läran om processföresättningar och vore dessutom så till vida alldeles gagnlöst att namnet invändning äfven i detta fall skulle användas för att beteckna tvänne grupper af företeelser, som äro vidt skilda från hvarandra.

Jämte det vi således hålla på en gemensam benämning för alla nu i fråga varande brister, anse vi med *Bülow* att detta namn helst borde vara ett sådant, i hvilket uttrycket invändning icke skulle ingå. Då vi det oaktadt själfve användt namnet processinvändningar, så har detta skett hufvudsakligen af det skäl, att vår positive rätt brukar uttrycket invändning i denna betydelse (R. B. kap. 16). Härtill kommer att det i följd häraf äfven vunnit fast fot i den vetenskapliga literaturen⁶⁾. Att vi icke upptagit den legala benämningen „invändningar i rättegången“ beror därpå att denna, såsom nyss anfördes, omfattar äfven anmärkningarna emot enskilda processhandlingar. I själfva verket är namnet processinvändningar, som äfven motsvarar det tyska *Processeinreden*, icke håller olämpligt blott man icke låter däraf förleda sig att på dessa invändningar tillämpa några af de egenskaper och kännetecken, som tillkomma sakinvändningarna. Snarare kunde det vara skäl att åt dessa sist nämnda gifva en ny benämning, enär lagen icke kallar dem invändningar⁷⁾, utan antingen omskrifver begreppet (R.

⁵⁾ Detta torde åtminstone vara *Plancks* mening, Kr. V. J. Schr. XI, 179, jfr ofvan § 5 n. 5.

⁶⁾ Liksom i den svenska processrätten ordet *invändning* begagnas i den dansk-norska uttrycket *Indsigelse* och i den tyska *Einrede*, samt begagnades förr i den franska *exceptions* för att utmärka såväl invändningar i sak som processinvändningar.

⁷⁾ Enligt *Nehrman*, 198 § 59, och *Schrevelius*, 198, skulle R. B. kap. 16 handla om både materiella och processuella invändningar. Där emot har förf. redan tidigare uttalat den mening att detta kap. icke alls hänför sig till sakinvändningarna, (jfr. afhandlingen om Kvitting, 172),

B. 17: 33) eller begagnar uttrycket „jäf“ (U. B. 2: 5). Men då icke håller det sist nämnda uttrycket är tekniskt⁸⁾ samt namnet invändning jämväl i denna betydelse vunnit häfd i det juridiska språkbruket, kunna vi så mycket mindre här föreslå en annan benämning som i fråga varande försvarsmedel ej utgöra föremål för denna undersökning.

I närmaste sammanhang med frågan om processinvändningarnas namn står en annan omständighet, som likaledes måste här med några ord beröras. Då processinvändningarna enligt det föregående icke äro annat än negationer af processförutsättningarna, vore det utan tvifvel från teoretisk synpunkt riktigare att vid framställningen af detta ämne utgå från förutsättningarna, hvilka utgöra det positiva begreppet, än att hänföra behandlingen till den sidan af saken, som är den negativa. Att likväl den sist nämna metoden här blifvit vald beror väsentligen af praktiska skäl. Det gäller för oss att utreda hvilka förutsättningar för ett giltigt förfarande af vår processrätt uppställas. Men då vår lag lika litet som de utländska lagstiftningarna direkt omtalar några processförutsättningar, utan endast brister i dessa förutsättningar, skulle undersökningen, äfven om den åsyftat själfva förutsättningarna, likväl med nödvändighet hafva kom-

och denna åsigt delas äfven af *Dellden*, a. a. 8 ff. samt, såsom det synes, af *Bromée*, 135 ff. hvilka likväl ej för densamma anført några skäl. Till de skäl, som af förf., a. st. åberopats, må här blott tilläggas att förordningen af den 12 April 1728, från hvilken detta kapitel, §§ 1—5, är hämtadt, uttryckligen endast talar om „Præliminaire och Processuelle Exceptioner“, samt att hela den processuella behandling, som R. B. 16: 4 föreskrifver, jämväl tyder på att där icke åsyftas sakinvändningar, enär det vid dessa icke gärna kan komma i fråga att gifva särskildt utslag samt därpå fortfara med hufvudsaken. *Nehrman* och *Schrevelius*, stöda sig på uttrycket „binder i hufvudsaken.“ i sagda lagrum, hvilket skulle åsyfta peremptoriska sakinvändningar. Vida sannolikare är dock att därmed afses det fall då en processinvändning förkastas i motsats till de fall, då invändningen gäller vitnen eller annat sådant.

⁸⁾ Det begagnas äfven för invändningar i rättegången (R. B. 13: 1 ff., 17: 6) samt för att utmärka andra begrepp, som icke hafva någonting gemensamt med invändningar af ett eller annat slag; jfr t. ex. G. B. 3: 7, Ä. B. 14 rubr.

mit att röra sig omkring bristerna, d. ä. processinvändningarna, hvadan hela vinsten skulle hafva inskränkt sig till ett enformigt och tröttsamt omklädande af hvarje enskild invändning i positiv dragt.

§ 9. Innan vi lämna frågan om processinvändningarnas begrepp är det nödvändigt att först beröra en indelning af dessa invändningar, hvilken för sagda begrepp är af så stor betydelse att detta endast med ledning däraf kan rätt uppfattas. Hvad vi afse är skilnaden emellan *absoluta* och *dispositiva* processinvändningar, eller rättare mellan sådana, som hänföra sig till absoluta, och sådana, hvilka hänföra sig till dispositiva processförsättningar. Det gäller således att utreda hvari olikheten mellan dessa tvänne slag af försättningar egentligen består.

Härvid är då först att märka att grupperingen af rätts-satserna i absoluta och dispositiva icke är någonting särskildt utmärkande för processrätten, utan tvärtom genomgår hela rättssystemet ¹⁾. Med en absolut rätts-sats förstås en sådan, som icke medgifver något annat sätt att reglera ett visst faktiskt förhållande än det, som genom samma rätts-sats uttryckligen angifves, en dispositiv åter är en sådan, som tillåter ett eller flere subjekt att inom vissa rättsligt fastställda gränser själfva reglera det i fråga varande förhållandet. I förra fallet har lagen tänkt sig endast ett sätt af rättslig fastställelse, i det senare äro flere olika lösningar möjliga, samt frågan, hvilken af dem skall blifva gällande beroende på den person, åt hvilken valet mellan dessa möjligheter är öfverlämnadt. Denna person är i processrätten antingen domstolen eller någondera eller bägge parterne.

I civilprocessen intaga de dispositiva rätts-satserna ett synnerligen viktigt och i alla hänseenden mer betydande rum än i någon annan del af rättsvetenskapen. Orsaken härtill

¹⁾ Jfr för det följande *Bylow*, Dispositives Civilprocessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, i C. A. LIV, 1—109.

ligger till en del däri²⁾, att föremålet för en civil rättegång består af privata anspråk, öfver hvilka parterne kunna och böra få fritt förfoga, samt att fördenskund staten vid deras realiserande icke har något annat intresse eller annan pligt än att sörja för en sådan reglering af rättegången, som tillförsäkrar parterne möjligheten att få dessa anspråk realiserade, för såvidt de äro befogade, men ingalunda att så inrätta processen, att den skulle förvärkliga parternes anspråk äfven mot deras egen vilja. Då det således hufvudsakligen är parternes intressen, som striden här gäller, är det klart att desse, om civilprocessen skall uppfylla sitt ändamål, måste få själfva bestämman ej blott i hvad mån utan ock till någon del på hvilket sätt sagda intressen skola af dem tillgodoses.

En annan omständighet, som gör det nödvändigt att i flere fall öfverlemna bestämmandet af det civila förfarandets detaljer åt domstolen och parterne, är omöjligheten att i en lag och särskildt i en processlag kunna förutse alla tänkbara fall. I följd häraf måste nämligen alltid sträfvan det att genom absoluta föreskrifter fullständigt reglera procedyren intill dess minsta enskildheter ovilkorligen göra densamma så formalistisk och ohandterlig för parterne att desse endast med svårighet och stundom icke alls kunna betjäna sig af detta invecklade maskineri för att reglera sina rättsförhållanden. Man finner därför ock af civilprocessens historia, huruledes denna, äfven där den börjat med ett öfvermått af absoluta rättssatser, likväl sedermera i samma mån den uppnått större mognad åter sökt befria sig från deras tryckande välde³⁾.

²⁾ Se utom *Bulow*, a. a. 12 ff., äfven *Wach*, *Geständniss*, 210 ff., *Afzelius*, 11 ff.

³⁾ Vi behöfva i sådant afseende endast påminna å ena sidan om de romerska *legis actiones*, hvilka så strängt bundo parterne vid vissa uttryck och handlingar att den minsta afvikelse vållade processens förlust, men därför äfven med tiden blefvo förhatliga för folket, (*Gaius*, IV, 30) samt å den andra om den gamla germaniska processen, hvilken icke lämnade något utrymme för en själfständig pröfning af saken från do-

Slutligen får det icke förbises att en till vissa delar dispositiv anordning af civilprocessen äfven betingas af nödvändigheten att utan altför stort dröjsmål bringa rättstvisterna till afgörande. Hvarje rättegång har till uppgift att definitivt fastställa rättsförhållandet mellan parterne, eller hvad i ett gifvet fall är rätt. Att domstolen härvid skall träffa det i och för sig rätta (det materielt rätta), är aldrig fullkomligt visst, utan endast mer eller mindre sannolikt, och lagstiftaren måste därför äfven i detta afseende nöja sig med ett begränsadt mått af rättssäkerhet om han ej skall skjuta öfver målet, sålunda nämligen att rättegången blir ändlös och därigenom utan gagn för den rättssökande⁴⁾. Med hänsyn härtill har lagstiftaren satt en gräns för bruket af rättsmedel, af detta skäl är det äfven som han åt parten öfverlämnat att bestämma om en förnyad pröfning af saken skall ega rum eller ej samt utsatt en kort tidrymd, inom hvars förlopp denna bestämning måste göras⁵⁾. Därför har man ock med afseende å förfarandet i första instans vidtagit den anordning, att den ene parten får i vissa fall och inom vissa gränser afgöra, om en processhandling af hans vederpart skall betraktas såsom giltig eller ej, samt sålunda bestämma den rättsregel, som härvid bör komma till användning. Detta är just hvad som eger rum vid de

marens sida. I hvardera fallet visade sig systemet ohållbart och måste förändras.

⁴⁾ Denna ståndpunkt hade den tyska civilprocessen under medeltiden och början af den nyare i det närmaste uppnått, hufvudsakligen genom ett öfvermått af absoluta rättsregler, isynnerhet genom en obegränsad rätt för parterne att fordra rättegångens upphäfvande och återupptagande på grund af formfel (querela nullitatis); jfr *Bulow*, a. a. 19 ff., *Briegleb*, a. a. 67 ff., 159 ff. m. fl. st.

⁵⁾ Såvida i högsta instans rättsreglernas iakttagande är helt och hållet öfverlämnadt åt domstolens goda vilja och omdöme, utan att i händelse af deras brytande någon hjälp (åtminstone i regeln) är möjlig, kan man med *Bulow*, a. a. 34 ff., säga att den absoluta processrätten här fullständigt förvandlar sig till dispositiv. Detta innebär naturligtvis icke att föreskrifterna jämväl för detta förfarande ej skulle kunna vara affattade i absolut form, utan blott, såsom nämndt, att deras iakttagande är utan kontroll öfverlämnadt åt domstolen.

dispositiva processinvändningarna. Ty företager endera parten en sådan handling som strider mot någon dispositiv processförutsättning, (t. ex. om käranden stämmer svaranden kortare tid före tingets början än lag säger), så är denna handling blott i det fall giltig att vederparten ej gör någon anmärkning däremot.

Fördelen af denna anordning för rättegångens påskyndande är lätt att finna. Ty då giltigheten af processhandlingar ej får sättas i fråga om icke parten fordrar det, kommer en pröfning däraf mindre ofta att anställas, och då den berättigade parten endast under en begränsad tidrymd, hvilken här är kortare utmätt än vid de absoluta processinvändningarna ⁶⁾, kan fordra en sådan pröfning, så varder den ifrågavarande handlingens giltighet redan vid ett tidigare processtadium definitivt afgjord och kan därefter ej mer göras till föremål för förnyad pröfning.

De dispositiva rättsatserna äro af tvänne olika slag med afseende därpå om de kompletteras af *subsidiära sats*er eller icke. I förra fallet gifves utom den dispositiva satsen, hvilken inom en fastställd gräns öfverlämnar reglerandet af ett visst förhållande åt den individuella viljan, en annan sats, som bestämmer hvilken reglering af detta förhållande skall inträda i händelse den berättigade personen icke begagnar sin bestämningsrätt. Så t. ex. stadgar privaträtten genom en dispositiv sats att hvarje myndig person eger rätt att inom vissa gränser förfoga öfver sin kvarlåtenskap genom testamente, men bestämmer tillika subsidiärt huru med kvarlåtenskapen skall förhållas i händelse testamente icke upprättats. Af detta slag äro i civilprocessrätten alla rättsatser, som inrymma bestämningsrätten åt parterne. De dispositiva processregler däremot, hvilka låta sitt innehåll i viss mån bestämmas af domstolen, t. ex. den, hvar-

⁶⁾ Denna tid är, såsom längre fram skall visas, i de flesta processlagar, beroende af när svaranden inlåter sig i hufvudsakligt genmäle, och äfven enligt vår rätt löper den åtminstone med domens fällande till ända, medan däremot en absolut processinvändning äfven därefter under någon tid kan göras gällande.

igenom pröfningen af bevismaterialet i större eller mindre utsträckning är lämnad åt denne, åtföljas aldrig af subsidiära satser. Orsaken till denna olikhet ligger däri att träffandet af en bestämning, valet mellan de särskilda möjligheterna af rättslig reglering, för parten endast är en rättighet, men för domstolen därjämte en pligt⁷⁾.

Emedan det ofta förekommer att endast den subsidiära rättssatsen uttryckligen uttalas af den positive rätten, medan däremot den dispositiva så att säga ligger dold i lagbudet, i följd hvaraf också den reglering, som genom den först nämnda satsen föreskrifves, ensam plägar betecknas såsom „laglig,“ (t. ex. laga arfsföljd), händer det lätt att denna regel alldeles undanskymmer den dispositiva så att en på grund af denna träffad bestämning för utseendet af en afvikelse från lagen. Emellertid vore det att alldeles missförstå den dispositive rättens begrepp, om man, hvilket isynnerhet förut var vanligt⁸⁾, ansåge den innebära en „mutatio iuris,“ ett den individuella viljans upphöjande öfver den objektive rätten. Rättsordningen känner inga rättssatser, som kunna ändras genom det individuella godtycket, i denna mening äro alla rättssatser absolut bindande. Då den enskilde väljer en annan reglering af ett rättsförhållande än den, som uttalas i en subsidiär sats, afviker han icke därmed från denna eller från någon annan rättssats, utan handlar tvärtom i kraft af lag, nämligen enligt bemyndigande af den dispositiva satsen. Så t. ex. lider det intet tvifvel att vid pantsättning kontrahenterne kunna med laglig värkan komma öfverens att låta panthafvaren ansvara äfven för

⁷⁾ Då däremot i privaträtten en del dispositiva satser, nämligen de, hvilka gifva lagens skydd åt rättsärenden inter vivos, jämväl förekomma utan komplettering af subsidiära regler, så beror detta därpå, att staten här icke har något intresse af att den med rättsärendet afsedda regleringen af rättsförhållandet öfver hufvud uppnås.

⁸⁾ Se häröfver citaten hos *Bulow*, a. a. 40 ff. n. 25. Samma uppfattning återfinnes hos *Schrevelius*, 20, där de dispositiva rättssatserna benämnas *förmedlande*, samt har gifvit sig ett uttryck i det gängse ordspråket: *förord bryta lag* (domareregl. 16. N:o 4).

våda, ehuru H. B. 10: 4 begränsar hans ansvarighet till fall af culpa. Men detta innebär endast att vi här hafva en i det nämnda lagrummet icke uttryckligen uttalad dispositiv rättssats, hvilken tillåter kontrahenterne att vid pantsättning bestämma graden af ansvarighet genom aftal, samt en annan i samma lagrum med ord uttrykt subsidiär sats, hvilken fastställer ansvarighetsgraden för det fall att aftal härom icke träffats⁹⁾.

Likaledes inses det lätt att, om svaranden är stämd mindre än 14 dagar före tingets början, men utan att anmärka härom upptager och uthärdar processen, samt härigenom gör att denna oaktadt sagda brist varder giltig, detta icke innebär något upphäfvande af stadgandet i R. B. 11: 4 om laga stämningstid, utan grundar sig på en dispositiv rättssats, som åt svaranden öfverlämnat att bestämma om en sådan tid bör af käranden iakttagas eller ej.

I sammanhang härmed böra vi söka att förebygga ett annat missförstånd med afseende å de dispositiva rättssatsernas och särskildt processinvändningarnas begrepp, hvilket ej är mindre vanligt än det nyss nämnda. Man har nämligen trott, att då parten underlåter att göra en dispositiv förutsättning gällande och till följd häraf den subsidiära satsen träder i kraft, detta skulle bero på en verklig eller tänkt afsägelse (Verzicht) från partens sida af hans bestämningsrätt¹⁰⁾. Detta är likväl ingalunda fallet. Afsägelsen innebär alltid förklaringen af en vilja hos subjektet att icke begagna sig af en detsamma tillkommande rättighet, men en sådan viljeförklaring behöfver här hvarken afgifvas eller

⁹⁾ Häraf framgår äfven det oriktiga i den tanke, som ligger till grund för det ofvan, n. 8, citerade ordspråket. Förordet bryter icke lag, det gäller tvärtom just i kraft af lag och endast i kraft däraf, hvarför ock ett aftal, som strider mot lag, saknar rättslig giltighet.

¹⁰⁾ Denna uppfattning har jämväl funnit uttryck i C. P. O. (jfr. §§ 247 mom. 3, 267 mom. 2), samt härifrån upptagits ej blott af kommentatorerne, utan ock af andre författare: jfr *Osterloh*, 44, *Schwalbach*, 417, samt *Amsberg*, Prorogatio fori und contumacia (i C. A. LXV, 59 ff), 95 ff.

fingeras. För att den dispositiva rättregeln skall vara tillämplig måste parten inom föreskrifven tid göra påstående därom. Försummar han detta, inträder den subsidiära satsen utan afseende på partens vilja att låta den inträda, och processen varder giltig äfven utan den i fråga varande förutsättningen, icke därför att parten skulle hafva afsagt sig sin rätt att fordra denna förutsättning, utan emedan han genom sin försummelse förvärvat sagde rätt ¹¹⁾).

Af det anförda framgår nu karaktären af en dispositiv processförutsättning. Därmed förstås en sådan, hvars nödvändighet för processens giltighet beror på endera partens vilja, och det så att saknaden däraf endast i det fall gör processen ogiltig att den berättigade parten fordrar dess iakttagande samt inom föreskrifven tid gifver uttryck åt denna fordran. Det är m. a. o. en omständighet, som endast i det fall utgör en processförutsättning att den berättigade parten fordrar det. Däremot är en absolut processförutsättning en sådan, hvars nödvändighet för en giltig process icke beror af någondera partens godtycke utan är allmänt och kategoriskt fastställd för alla förekommande fall.

Häraf synes äfven att domstolens ställning med afseende å dessa tvänne slag af processförutsättningar är väsentligen olika. Ty enär det i allmänhet åligger domstolen att vaka öfver att de för rättegången fastställda föreskrifter iakttagas, måste den äfven ex officio anmärka hvarje brist i de absoluta processförutsättningarna, men om det är en dispositiv förutsättning, som saknas, invänta den berättigade partens initiativ och intill dess förhålla sig passivt, alldenstund i händelse parten ej anmärker om bristen någon rättsregel i sjelfva värdet icke blifvit öfverträdd.

Likaledes är parternes förhållande till dessa tvänne slag af processförutsättningar, ehuru i yttre afseende nästan enahanda, af mycket olika betydelse. Väl kan parten, om en förutsättning af det ena eller andra slaget saknas, i

¹¹⁾ Se *Bulow*, *Fiktionen*, 41 ff., *Wach*, *Das Princip des gewillkürten Gerichtsstandes* i *C. A.* LXII. 373 ff. och *Grüchot's Beiträge* XXIV, 703 ff.

bägge fallen anmärka om bristen eller, hvad som är det samma, framställa en processinvändning. Dock är innehållet af hans anmärkning i hvardera fallet väsentligen olika. I ena fallet fäster han domstolens uppmärksamhet vid en omständighet, som denne äfven utan en dylik påminnelse är pliktig att själfmant beakta, i det andra uppställer han en ny själfständig grund för bedömandet af processens giltighet liksom han genom att framställa en sakinvändning lägger en ny grund för det materiella anspråkets bedömande.

Naturligtvis kan gränsen mellan absoluta och dispositiva processförutsättningar mycket olika bestämmas af den positive processrätten. Vår rättegångsordning, som äfven i öfrigt gifver de absoluta processreglerna en förhållande till andra processlagar ganska stark öfvervigt, har också till denna klass hänfört alla processförutsättningar med undantag af en enda, hvilken erhållit dispositiv karaktär.

III. Öfversigt af de enskilda processinvändningarna.

A. *Invändningar, som hänföra sig till domstolen.*

§ 10. För att vinna en öfversigt af de processinvändningar, som äro bekanta för den finske civilprocessrätten, är det nödvändigt att, förutom den nyss anförda indelningen af dessa invändningar, klassificera dem efter en annan grund, hvilken skulle tillåta oss att ej blott öfverskåda det hela utan äfven gå mer i detalj och upptäcka väl icke hvarje särskild processinvändning, ty detta är hvarken möjligt eller nödigt, men hvarje särskild grupp af dylika invändningar. En sådan grund hafva vi i det föremål, hvartill processinvändningen i hvarje fall hänför sig. Detta föremål kan vara antingen någon af personerna i processen eller själfva det anspråk, som utgör rättstvistsens föremål, eller ock de handlingar, genom hvilka rättegången inledes och utföres af käranden eller, med andra ord, formen för käromålet. I följd häraf

skulle vi således erhålla trenne hufvudgrupper eller klasser af processinvändningar ¹⁾). Men som den grupp, hvilken hänför sig process-subjekten, lämpligen kan delas i tvänne, af hvilka den ena omfattar sådana invändningar, som hafva afseende på domstolen, och den andra sådana, som afse parterne, erhålla vi tillsammans fyra klasser af processinvändningar.

Om vi börja med de invändningar, hvilka hafva afseende på domstolen, finna vi lätt att föremålet för dem åter är tvåfaldigt. Dels kan nämligen den brist i processförutsättningarna, som genom invändningen afses, gälla *domstolen i dess helhet*, d. ä. domstolen i dess egenskap af dömande offentlig myndighet, dels kan denna brist hänföra sig till *den enskilde domarens person*. De förutsättningar, som med afseende å domstolen såsom sådan måste vara för handen för att en giltig rättegång skall komma till stånd, pläga sammanfattas under den gemensamma benämningen *kompetens* eller *behörighet*. Vår första processinvändning blefve således invändningen mot domstolens kompetens, eller med andra ord, *att domstolen är inkompetent eller obehörig*. Dess mest bekanta namn är måhända det latinska *exceptio fori* (sc. incompetentis). Emellertid är det klart att detta namn kan innefatta flere särskilda invändningar, och vi måste därför undersöka de olika slagen af inkompetens samt huruvida de alla gifva upphof åt processinvändningar.

Man kan tänka sig begreppet kompetens i så vidsträkt bemärkelse att det omfattar ej blott betingelserna för domstolens behörighet att fälla en dom angående en viss gifven sak och mellan vissa bestämda parter, utan äfven de allmänna villkoren för dess befogenhet att öfver hufvud befatta sig med rättegångar och dömande. Hit skulle då i främsta rummet höra en sådan organisation af den dömande myn-

¹⁾ Utom dessa tre klasser uppställas af *Bulow*, *Processeinreden*, 6, 13, och andre tyske författare en fjärde, hvilken hänför sig till tiden för rättegången eller ordningsföljden mellan flere olika processer. Men som de invändningar, hvilka i sådant afseende uppräknas, såsom längre fram skall visas, äro främmande för vår rätt, kommer denna grupp här icke i betraktande.

digheten, som lag fordrar, eller att denna i lagens mening är en verklig domstol. Men som denna omständighet, såsom längre fram skall visas, är af så essentiell betydelse, att utan den någon rättegång ej ens är tänkbar, kommer den här icke i betraktande. Tvitvelaktigare kan det synas om icke bristen på domfört antal ledamöter i rätten utgör en processinvändning, ty denna omständighet värkar icke, såsom den nyss nämnda, rättegångens absoluta ogiltighet, utan gifver endast parten rätt att genom besvär söka ändring i domen, vid äfventyr att denna eljes vinner laga kraft, alldeles på samma sätt som då en absolut processinvändning icke beaktats af domstolen²⁾. Dock hör äfven denna brist till de af oss tidigare omnämnda, hvilka förutsätta ett uppenbart lagbrott från domarens sida och som därför icke äro processinvändningar, ty domstolens medlemmar kunna eller få ej vara obekante med stadgandena om domför rätt. Af detta skäl kan icke heller parten här, såsom då han framställer en processinvändning, fästa domstolens uppmärksamhet vid någon omständighet, som möjligen kunde vara för denne obekant, och det så mycket mindre som parterne åtminstone under en del af den tid som rätten behandlar målet (nämligen under öfverläggningen till dom) icke ens äro i tillfälle att erfara om den varit domför. Också förekommer en sådan processinvändning, så vidt oss är bekant, ej i någon främmande processrätt. Att R. B. 25: 21 uppräknar den jämte några verkliga processinvändningar bland „sådana fel vid rättegången att domen förthy ogillas bör,“ invärkar ej på saken det ringaste, enär detta lagrum äfven talar om andra fel i rättegången, hvilka uppenbarligen icke äro processinvändningar³⁾. Den omständigheten „att rätten ej är domför,“ hör således ej till invändningen om domstolens inkompetens.

²⁾ R. B. 25: 21. Enligt C. P. O. gifver denna omständighet ej blott, såsom en lagöfverträdelse anledning till revision (§ 513, N:o 1), utan äfven till återupptagande af den genom laga kraft vunnen dom afslutade rättegången medels „Nichtigkeitsklage“ (§ 542 N:o 1).

³⁾ Såsom „at Rätten dömdt i hufvudsaken, innan parten fått utslag öfver thet, som han förut invändt och påmindt.“

Om vi således begränsa denna invändning till endast sådana omständigheter, som göra domstolen obehörig att i ett visst konkret fall upptaga och pröfva saken, så kan äfven denna inkompetens vara af tvänne slag. Å ena sidan äro nämligen ingalunda alla domstolar befogade att handlägga alla tvister, utan en del af dessa uteslutande hänvisad till en viss klass af domstolar⁴⁾. Men äfven bland sådana domstolar, hvilka alla i lika mån äro delaktige af denna så att säga objektiva kompetens, äro å andra sidan äfven de till dem hörande målen fördelade mellan de enskilda domstolarne efter den ort, där desse hafva sitt säte, så att samma mål i regel endast hör till en viss domstol⁵⁾. Egentligen innefattar således invändningen om domstolens inkompetens tvänne särskilda invändningar, af hvilka den ena går därpå ut, att den i fråga varande domstolen icke vore behörig för sådana mål, som det af käranden instämnda, medan däremot den andra grundar sig därpå att det i fråga varande målet icke hör till denne domstols territoriella domkrets, eller att det ej gjorts anhängigt vid „laga domstol.“⁶⁾ Men ehuru vilkoren för dessa tvänne slag af kompetens naturligtvis bestämmas olika af processrätten, plägar denne likväl vanligen sammanfatta dem bägge under en gemensam benämning. Detta gäller såväl franska processen, som den tyska, och enahanda omfång hade äfven i „das gemeine Recht“ exceptio fori⁶⁾. På samma sätt talar också vår lag

⁴⁾ Så t. ex. kunna växel- och en del sjörättsmål endast behandlas vid rådstufvurätterne såsom första instans, för andra mål är hofrätten uteslutande forum o. s. v., och dessutom kunna för handläggningen af vissa mål egna domstolar vara inrättade, såsom t. ex. hos oss egodelningsrätterne.

⁵⁾ Denne kallas „laga domstol“ för de mål, som underligga dess domsrätt, se R. B. kap. 10 rub.

⁶⁾ C. pr. art. 168. På samma sätt kantonen Genève's processlag af den 29 September 1819, art. 65. I tyske processrätten bär denna invändning namnet „Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts.“ C. P. O. § 247 N:o 1, jfr. §§ 12 ff. Enligt Österr. A. G. O. § 40 omfattar den, förutom de bägge olika slagen af inkompetens, jämväl exceptio litis pendentis, hvaremot förordningen (för Österrike) af den 20 Nov. 1852, § 1

endast i allmänhet om invändningen *at saken til then Domstol ej hörer*, samt egnar därjämte, och det i motsats till den tyske och franske processrätten, åt de bägge olika slagen af inkompetens en i allo lika processuel behandling. Denna invändning kan därför med full rätt i det följande betraktas från en gemensam synpunkt.

Invändningen om domstolens inkompetens har alltid inlagit ett viktigt rum bland processinvändningarna. I romerska processen var frågan om domstolens behörighet, enligt hvad isynnerhet *Bülow* på ett öfvertygande sätt ådagalagt⁷⁾, aldrig föremål för en verklig exceptio, utan hörde till antalet af de spörsmål, hvilka afgjordes af pretorn in iure, således till förutsättningarna för iudicium i egentlig mening. När det oaktadt under medeltiden den uppfattningen gjorde sig gällande att romerske rätten äfven känt en exceptio fori i teknisk mening, blef denna helt naturligt en hörnsten i den nya läran om processinvändningarna. På grund af sin för hela rättegången prejudiciella karaktär hörde denna invändning jämväl alltid till dem, som åtnjöto den mest förmånliga processuella behandling, hvarför den ock, när J. R. A. förband svarandens invändningar med en eventuel litis contestatio, jämte några få andra undantogs från denna bestämning samt sedan alt framgent af „das gemeine Recht“ räknades till de s. k. forideklinatoriska invändningarna. I följd häraf har den äfven ej blott i de flesta nyare processlagar och lagförslag gjorts till en processhindrande invändning⁸⁾ utan ock i några erhållit en alldeles egendomlig behandling⁹⁾.

särskildt omtalar domstolens „Zuständigkeit, sowohl hinsichtlich der Person als des Gegenstandes.“ Jfr. för gem. Recht *Renaud*, § 48.

⁷⁾ Se ofvan s. 37.

⁸⁾ C. P. O. § 247 N:o 1, Ö. F. § 286, N:o 2, samt processordningarna för Hannover (af 1850) § 196 (jfr. *Leonhardts* komment. — 1867 — 160, n. 1), Baiern (af 1869), art. 186 (jfr. *Barths* komment. 482 f.), Württemberg (af 1868) art. 344, Baden (af 1864) § 344, jfr. §§ 317, 318, äfvensom Ryssland (1864, på tyska öfv. af *Hackel* 1868), § 571 N:o 1, jfr. § 585.

⁹⁾ Enligt C. pr. art. 169, och Genève, art. 65, skall den framställas före hvarje annat försvarspåstående af svaranden, enligt Österr. A.

Äfven i den fornermaniska processen utgjorde domstolens inkompetens en af de omständigheter, som gifvo svaranden rätt att vägra „Antwort,“¹⁰⁾ och att samma regel, ehuru ej uttryckligen uttalad i våra landskapslagar, likväl gäلت jämväl för dessa, kan man sluta af de stadganden angående behörigt forum, som i dem förekomma¹¹⁾. Dylika bestämningar återfinnas äfven i lands- och stadslagarne¹²⁾, men beträffande sättet, huru kompetensfrågor skola behandlas, innehålla icke heller de några forskrifter. Däremot bestämmer kongl. förordningen af den 11 Februari 1687 angående rättegången vid domkapitlen, § 4, huru förfaras skall när „någon exciperar forum,“ och den följande tidens författningar innehålla flere stadganden angående behandlingen af såväl denna som andra processuella invändningar.

Att invändningen om domstolens behörighet af 1734 års lagstiftare ansågs värd en synnerlig uppmärksamhet, synes ej blott af det stora utrymme, som stadgandena därom upptaga i lagen, utan äfven däraf att för densamma föreskrefvits en särskild behandling, som kommer endast en annan invändning till del. Hvari denna behandling skiljer sig från den för öfriga processinvändningar fastställda kan först i annat sammanhang framställas. Däremot måste frågan om

G. Ö. § 40 „vor Verfiessung der Hälfte der ihm zur Einrede bestimmten Frist“. Likaledes borde den, enligt svenska lagkomitens förslag till R. B. (kap. 13), framställas före alla andra invändningar utom jäf mot domaren.

¹⁰⁾ Jfr. *Planck*, Gerichtsverfahren I, 387 ff., *Laband*, Die vermögensrechtl. Klagen, 24, n. 1.

¹¹⁾ Såsom t. ex. Vgl. I, pjb. 5 § 2, Rlb. 3, II add. 2: 14, add. 10, Ögl. Eöb. 12, 13, Rfb. 2, 24, Ul. Kkb. 20, pgb. 6, Mhb. 47 § 5, Sl. Kb. 19, pgb. 5 pjb. 12. Detta gäller ock för Norges gamle lagar, såsom man kan sluta däraf att en vid orätt forum anställd rättegång var ogiltig; se *Hertzberg*, Grundtrækkene i den ældste norske Proces (1874) 180.

¹²⁾ Jfr. Ll. Kgb. 33, Jb. 17, Bb. 29, Kmb. 13, Tgb. 6, 24 § 1, Edsb. 22, Hmb. 1, 12, Dvb. 12 pr., Stl. Kgb. 10, 11, 12 § 4, Rb. 12 § 4, GStl. II; 19 § 1, BjR. kap. 4, 26 § 4, 29 § 1. Se för öfrigt ang. vår äldre rätts bestämningar om forum: *Nordström*, Bidrag till den svenska samhällsförfattningens historia, II, 555—571.

denna invändnings rättsliga karaktär, huruvida den är absolut eller dispositiv, här besvaras.

Enligt hvad förut anförts angående skilnaden mellan absoluta och dispositiva processinvändningar i allmänhet, skulle denna skilnad med afseende å kompetensfrågan bestå däri att i ena fallet lagen själf reglerar kompetensen helt och hållet, men i det andra lämnar regleringen däraf inom vissa gränser åt parterne.

I och för sig är det ena sättet att lösa frågan lika väl tänkbart som det andra, och vi finna därför äfven att bägge sätten tillämpats af de positive processlagarne. En fullkomligt absolut karaktär hade invändningen om forum i den preussiska, på inkvisitionsgrundsatser byggda processen¹³⁾. Närpå den motsatta ståndpunkten intog åter „das gemeine Recht,“ enligt hvilken parternes rätt att med sin tvist vända sig till hvilken domstol de hälst önskade (det s. k. *prorogatio fori*) endast begränsades af hänsynen därtill att ingen domstol borde få befatta sig med sådana mål, som voro hänvisade till ett annat slag af domstolar, än den i fråga varande, samt att vissa personers eller klassers privilegier icke skulle trädas för nära¹⁴⁾. Äfven enligt fransk process utgör endast den objektiva kompetensen en absolut processförutsättning¹⁵⁾, dock kan domstolen här liksom i „gemeine Recht“ äfven då den blott är subjektivt inkompetent vägra att upptaga saken. Denna inskränkning i parternes dispositionsrätt beträffande forum är däremot uttryckligen afskaffad i den hannoveranska processen¹⁶⁾. I allmänhet kan man säga att

¹³⁾ Pr. A. G. O. I, 5 § 4 och I, 9 § 2.

¹⁴⁾ Jfr *Wetzell*, 480 f., *Endemann*, § 66.

¹⁵⁾ „Si le tribunal était incompetent à raison de la matière,“ C. pr. 170, jfr. *Boitard* N:o 350 ff. En liknande bestämning förekommer äfven i Genève, art. 66 samt Ryssland, § 228 jfr. § 584 N:o 1. På samma ståndpunkt står i hufvudsak jämväl Öst. A. G. O. § 65 (jfr. *Canstein*, *Lehrbuch*, II, 16), äfvensom den danska processen (*Nelleman*, 104).

¹⁶⁾ „Ein an sich unzuständiges Amts- oder Obergericht wird ohne rücksicht auf seine Einwilligung durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig.“ § 19. Samma regel gäller ock för C. P. O., jfr *Seuffert*, 46, *Struckmann-Koch*, anm. 1 vid § 38.

de nyare processlagarne och lagförslagen uppställa prorogationsrätten såsom regel, samt från denna endast medgifva mer eller mindre vidsträckt undantag¹⁷⁾. Och för att en i sig inkompetent domstol skall erhålla kompetens är det icke här, såsom enligt „gemeine Recht“, nödigt att parternes vilja värligen går ut på att låta deras sak afdömas af denne domstol, utan enahanda påföljd inträder äfven därigenom att parterne, om också utan en sådan afsigt, faktiskt förhandla vid ett annat forum än det „lagliga“¹⁸⁾.

Den svenske och finske processrätten känner icke någon prorogation genom parternes öfverensstämmande vilja. Visserligen gifver den i några få fall, nämligen de, som omtalas i R. B. 10: 4, 6 och 8, åt kändeparterna en begränsad rätt att välja forum. Men just emedan det är kändeparterna, som valrätten här tillkommer, kan en invändning om domstolens inkompetens inom ramen af denna bestämningsrätt icke komma i fråga. Och då med nyss nämnda undantag all disposition med afseende å forum är helt och hållet förbjuden¹⁹⁾, är det klart att denna invändning hos oss har en fullkomligt absolut karaktär, så att domstolen är både berättigad och pliktig att, när den finner sig i något mål vara inkompetent, själfmant vägra att upptaga saken till pröfning.

Om den s. k. *exceptio praeventionis*, hvilken stundom uppfattats såsom en art *exceptio fori*, skall det blifva fråga

¹⁷⁾ Se t. ex. C. P. O. § 38 ff., Württembergs P. O. art. 64, D. F. § 31, Ö. F. § 60, äfvensom Sv. F. R. B. 10: 34 och motiven 28 f.

¹⁸⁾ C. P. O. § 39, samt P. O. för Hannover § 19, Bayern art. 39, Württemberg art. 59, Baden § 49. Att i sist nämnda fall kompetensens grund ej bör sökas i en fingerad viljeförklaring, utan helt enkelt ligger i det faktum att parterne börjat rättegången vid denne domstol, följer af hvad vi yttrat om de dispositiva processinvändningarna i allmänhet; se ofvan s. 70 f.

¹⁹⁾ *Ej må någor sak, utan i rätten domstol, upptagas, äntå at parterne sielfve om annan Rätt åsämjas vilja; utan Konungen finner skiäl at gifva ther lof til.* R. B. 10: 11, jfr. Reg. formen § 16. Samma grundsatsers gælde äfven före 1734; se *Arnell*, Anmärkningar till Stadslagen, Kgb. 10 anm. g.

i sammanhang med invändningen om sakens anhängighet, dit den rätteligen hör.

§ 11. De processinvändningar, som hänföra sig till den enskilde domarens person, omfatta enligt det föregående sådana omständigheter med afseende å denna person, som göra rättegången ogiltig. Men liksom i fråga om invändningen rörande domstolens inkompetens måste vi äfven här genast afskilja några fall, hvilka icke utgöra verkliga processinvändningar. Lagen uppräknar nämligen i R. B. 25: 21 bland sådana omständigheter, som värka domens ogiltighet „at dom är fäld af then, som ej varit till Domare lagliga förordnad, eller ej svurit Domare ed.“ Dock är det klart att de skäl, på grund af hvilka bristen på domfört antal ledamöter i Rätten ej kunnat af oss betraktas såsom en processinvändning¹⁾, äro fullt tillämpliga äfven i dessa fall. Detsamma kan ock sägas om de naturliga eller fysiska fel, hvilka göra en person oduglig till domareämbetets utöfning²⁾. Sådana i domarens person liggande allmänna och absoluta hinder hänföra sig i själfva verket till domstolarnes organisation och deras besättande med tjänlig personal. I ett samhälle med väl ordnad rättsvård borde det därför icke inträffa att slika personer bekläda domareplatser, men skulle sådant likväl förekomma, kan det ej afhjälpas genom processuella invändningar, utan endast genom sakens beifrånande inför vederbörlig myndighet samt användande af rättsmedlet querela nullitatis.

Om vi fördenskuld bortse från dessa fall, återstå för oss endast sådana mer tillfälliga omständigheter och egenskaper hos domaren, som i det enskilda fallet göra honom otjänlig att leda rättegången. Dessa kunna vara af flere olika slag, men låta likväl alla hänföra sig under en gemensam synpunkt. De hafva nämligen utan undantag sin legis-

¹⁾ Se ofvan s. 74.

²⁾ Colling, a. a. 7 f. hänför äfven dem till invändningar mot domaren.

lativa grund i den omständigheten att domaren står till någongendera parten eller ock till den sak tvisten gäller i sådana personliga förhållanden, som möjligen kunna vilseleda hans omdöme så att fara för orättvis dom är för handen. I vår processrätt bära också alla dessa omständigheter det gemensamma namnet *jäf emot domaren*, hvilket således är den tekniska benämningen på de invändningar, hvilka hänföra sig till domarens person. Att framställa en sådan invändning heter att *jäfva domaren*, och den, mot hvilken sådant jäf kan göras gällande, kallas *jäfvig* (R. B. kap. 13).

Jäf mot domaren förekomma i alla processlagstiftningar ehuru i mycket olika omfång. I den äldre romerska processen hade svaranden en nästan obegränsad rätt att utan angifvande af några grunder förkasta (*reiicere*) den af käranden föreslagne domaren (*iudex* eller *arbiter*), men denna rättighet inskränktes sedermera i samma mån som kärandens medvärkan vid utseendet af domare upphörde, samt afskaffades under kejsartiden alldeles³⁾. I stället förbjödos domarene att befatta sig med tvister, af hvilkas utgång de kunde hafva något intresse⁴⁾, hvarutom det tilläts hvardera parten att för skälig misstanke om partiskhet afböja sakens pröfning af den utsedde domaren⁵⁾. Dessa bestämmelser upptogos under medeltiden af såväl den kanoniska processen som den romaniska, och öfvergingo härifrån till Tysklands „gemeine Recht.“ Naturligtvis bildade man häraf en processinvändning, som erhöil namnet *exceptio iudicis inhabilis vel suspecti*, ehuru en dylik *exceptio* icke omtalas af någon romersk jurist och säkert icke förekommit i romerske rätten. För öfrigt sökte man, såvidt möjligt, följa bestämningarna i den justinianske rätten, hvilket äfven synes däraf att man, såsom ock namnet angifver, skilde mellan

3) Jfr *Keller*, § 9, *Bethmann-Hollweg*, II, 455 ff.

4) L. 10 D. de iurisd. II, 1, l. 17 D. de iudiciis V, 1, l. un. C. ne quis in sua causa III, 5, jfr. l. 1 § 11 D. quando app II, 4.

5) „liceat ei, qui suspectum iudicem putat, — eum recusare“ — —; l. 16 C. de iudiciis III, 1, jfr. l. 12 § 1, l. 18 eod., nov. 53 c. 3, nov. 96 c. 2 § 1.

de fall, då domaren var genom lag förbjuden att befatta sig med det i fråga varande målet (*iudex inhabilis*, *Unfähigkeit*), och de, vid hvilka något af lagen uppstådt hinder icke förelåg, men parten likväl hade anledning att tvifla på domarens opartiskhet (*iudex suspectus*, *Rekusabilitet*, *Verdächtigkeit*), en skilnad, hvilken den tyska processen bibehållit intill våra dagar och som jämväl upptagits i riksprocessen ⁶⁾. Med afseende å den processuella behandlingen räknades denna invändning städse till de mest gynnade och hänfördes äfven af J. R. A. till de processhindrande invändningarna, hvilken ställning den likväl icke bibehållit i riksprocessen ⁷⁾.

Den franske processrätten skilde under äldre tider mellan *récusation péremptoire*, som bestod i förkastandet af en person såsom domare utan att några skäl därför behöfde angifvas, samt *récusation motivée*, som grundade sig på skäl, hvilka antingen voro i lagen angifna eller åtminstone skulle godkännas af domstolen. Men C. pr. upphäfdde all annan jäfsrätt, än den, som grundar sig på de i denne lag uttryckligen upptagna skäl ⁸⁾. Däremot förekommer här förutom *recusation* ett annat slag af jäf, hvilket kallas *renvoi* och består däruti att, när ett visst antal medlemmar af

⁶⁾ De båda slagen af jäf heta här *Ausschliessung* och *Ablehnung*; C. P. O. §§ 41 ff., jfr *Struckmann-Koch*, 27, *Seuffert*, 52, samt för *gemeine Recht* *Wetzell*, 420 ff., *Renaud*, § 14, *Endemann*, §§ 28 ff. Samma åtskilnad förekommer äfven i den preussiska processen, se *Koch*, §§ 52—54, samt i de flesta nyare tyska processlagar, såsom *Hannovers*, §§ 21, 22, *Bayerns*, art. 40—42, *Badens* §§ 67—70, *Württembergs*, art. 67—69, äfvensom i *Österrike*, *Ger. Instr.* af 3 Maj 1853, §§ 52, 53, 156. Likaledes är den upptagen i *Ö. F.* §§ 70 ff. och i *D. F.* §§ 33 ff.

⁷⁾ Då man här af dragit den slutsats att domarejäfven enligt C. P. O. öfver hufvud icke vore processinvändningar (jfr t. ex. *Osterloh*, 74 f.), så visar detta endast huru de processhindrande invändningarna för den tyska vetenskapen alldeles undanskymma det vida viktigare begreppet processinvändningar.

⁸⁾ *Boitard*, N:o 563. De lagliga jäfsgrunderna uppräknas af C. pr. i art. 378. I *Genève* är *recusation* möjlig äfven på andra grunder än de i lagen angifna, *loi sur l'Organis. jud.* af 5. Dec. 1832 art. 107. Dessa sist nämnda uppräknas i art. 98—106.

domstolskollegiet står i närmare skyddskapsförhållande till endera parten, den andre kan fordra sakens hänskjutande till ett annat kollegium⁹⁾.

De svenske landskapslagarne innehålla inga bestämmingar angående jäf mot häradshöfding eller lagman, men hvad beträffar nämnden, hvilken under denna tid valdes af parterne, synes hvardera af desse hafva varit berättigad att utan angifvande af särskilda grunder förkasta de af motparten i sådant afseende föreslagna personer, såsom man kan sluta däraf att till valet uttryckligen fordras bägge parternes samtycke¹⁰⁾. Samma regel återkommer äfven i landslagen¹¹⁾, där den likväl icke gälde oinskränkt. Vi finna nämligen att i fråga om nämnden vid räfstetingen, hvilken var ständig och tillsattes utan parternes medvärkan, parten endast på bestämda och af honom styrka grunder fick utesluta högst tre medlemmar¹²⁾. En sådan rätt att jäfva på vissa skäl, men utan den nyss nämnda inskränknin-

⁹⁾ Om renvoi pour parenté on alliance handlar C. pr. i art. 368—377. Det förtjänar anmärkas att hvarken dessa jäf eller de näst förut omnämnda i den franske processrätten äro „exceptions.“

¹⁰⁾ *e hvar næmpd næmpnis, pa næmpnis pe mæn i, ær bapir sighia ia wip, ær samæn delæ.* Ul. pgb. 2 § 1, jfr Kgb. 9 § 1, Vml. I ezb. 6 § 3, II pgb. 8, Hl. Kgb. 6 § 2. Ögl. Rfb. 1 pr. Krb. 13 § 2. Att uttrycket „rape halwi næmpd hvar peræ“ och andra dylika, som ofta förekomma i dessa lagar, (t. ex. Ul. pgb. 2 § 1, 4 pr. 12 pr. Jb. 21, Kpb. 11, Sl. Kgb. 9 § 1, pgb. 3 § 1, 6 pr. 10, Jb. 1, 4 § 1, 7 § 1, Kpb. 14, Bb. 21 pr., Vml. II pgb. 8), icke utgöra vitnesbörd om någon annan princip, visas af *Nordström*, a. a. II, 791 ff.

¹¹⁾ Ll. Dmvl. 18, 20. Om den äfven, såsom *Nordström*, a. st. antager, gälde i stadsrätten, är osäkert, då Stl. icke talar om bägge parternes samtycke till valet utan endast om hvarderas rätt att välja halfva nämnden, Stl. Eöb. 11, Hmb. 10, 11 § 2, Dvd, 12.

¹²⁾ Ll. Kgb. 36; äfven Tgb. 36 vore då att hänföres till denna nämnd, ehuru stället är hållet i allmänna ordalag. Enligt *Nordström*, a. st. 800, skulle med afseende å all annan nämnd parternes rätt att jäfva ännu i Ll. hafva varit obegränsad. Att detta gäلت utan all inskränkning torde dock vara tvifvel underkastadt, ty då Bb. 3 § 4 för mål angående försummad brobygnad fordrar „ovildogha män, them som ey gar saken uppo,“ ser det ut såsom skulle jäf utan angifvande af grunden åtminstone i detta fall icke hafva medgifvits.

gen beträffande antalet af de jäfvade, blef sedermera den allmänna regeln med afseende å domarejäf i allmänhet. I rättegångsprocessen af år 1615 § 8 föreskrifves den uttryckligen i fråga om medlemmarne i den nyss inrättade hof-rätten. Att för öfrigt redan långt tidigare vissa omständigheter ansågos vara af den beskaffenhet att de utgjorde laga jäf mot hvilken domare som hälst, synes af domareregeln (§ 16, N:o 7) *ingen må vara Domare i sin egen Saak*, hvilket är det äldsta i allmän form affattade uttryck för domarejäf, som vi besitta.

Lämnande å sido de stadganden om jäf, som förekomma i de på slutet af 17:de århundradet utfärdade processuella förordningarna öfvergå vi till 1734 års lag. Denne tillåter icke domarens jäfvande på andra grunder än dem den själf uppräknar i R. B. 13: 1, samt känner följaktligen icke de två olika slag af invändningar mot domaren som den tyska processen, utan blott ett enda.

Det hör ej till vår uppgift att gifva en framställning af de särskilda domarejäfven eller undersöka hvilka omständigheter enligt vår rätt utgöra jäf emot domaren. Där- emot måste vi här påpeka några egendomligheter, som hänföra sig till behandlingen och påföljden af denna invändning.

Då en jäfvig domare af lagen förbjudes att befatta sig med rättegången, såvidt denna rör hufvudsaken, borde han följdriktigt ej håller få deltaga i afgörandet af jäfsanmärkingen, ty därigenom kunde han, emot lagens vilja, äfven komma att döma i själfva saken. Också afgöres enligt både tysk och fransk rätt jäfsfrågan utan den jäfvade domarens medvärkan¹³⁾. Däremot stadgar hos oss lagen: „döme Domaren sielf om thet jäf,“ hvilket i fråga om de domstolar, som bestå af flere ledamöter, uppenbarligen betyder att den jäfvade domaren tillsammans med de öfrige afdömer jäfvet. Motivet till denna bestämning ligger tydli-

¹³⁾ C. P. O. § 45, jfr *Seuffert*, 57; C. pr. art. 385, jfr *Boitard*, N:o 572.

gen däri att med afseende å organisationen af våra underdomstolar på landet förfarandet blefve särdeles vidlyftigt och inveckladt om häradshöfdingen icke finge själf döma öfver ett mot honom väkt jäf. Faran af en orättvis dom har lagstiftaren utan tvifvel ansett vara tillräckligt förebygd genom de parten till buds stående rättsmedlen ¹⁴⁾.

Denne den enskilde domarens rätt att själf afgöra mot honom väkta invändningar om jäf står för öfrigt i fullkomlig öfverensstämmelse med den honom enligt vår processlag tillkommande rättighet och pligt att, då han finner någon omständighet ega rum, som för honom utgör laga jäf, „träda själfmant ifrån Rätten,“ äfven om parten, vare sig af okunnighet eller likgiltighet icke skulle sådant påyrka. Och härmed komma vi till en annan egendomlighet med afseende å denna invändning, hvilken består däri att den kan göras gällande ej blott, såsom andra absoluta processinvändningar, af parterne och domstolen, utan ock af en enskild domstolsmedlem. Naturligtvis följer häraf ännu icke att den medlem, som tror sig vara jäfvig och därom anmäler för domstolen, äfven borde få genast „träda ifrån Rätten,“ ty detta vore att låta honom ensam afgöra jäfsfrågan, i stället för att låta densamma prövas af domstolen i dess helhet. Icke heller har domaren i den utländske processrätten en sådan befogenhet ¹⁵⁾. Huru lagstiftaren hos oss tänkt sig saken framgår icke med bestämdhet af de uttryck han begagnat. Tager man dessa efter orden, kunde det synas såsom skulle våra domare hafva äfven denna rättighet, och i praktiken torde det högst sällan inträffa att ett jäf, som förebäres af enskild domstolsmedlem skulle underkastas pröfning af kol-

¹⁴⁾ Att likväl i förevarande fall detta skydd, såsom det hos oss är ordnadt, ej är tillfredsställande, skall i annat sammanhang visas.

¹⁵⁾ Enligt både tysk och fransk processrätt prövas ett af den enskilde domstolsmedlemmen om honom själf framställt jäf af domstolen på samma sätt som om det hade gjorts gällande af någondera parten; C. P. O. § 48, C. pr. art. 380. Däremot står den danske rätten på samma ståndpunkt som vår egen och denna har äfven bibehållits i D. F. § 34.

legiet. Men att därför antaga att domstolen såsom collegium icke vore berättigad att pröfva och tillbakavisa ett af någon dess medlem anmäldt jäf, vore likväl en högst betänklig tolkning, hvilken för öfrigt icke håller med tvingande nödvändighet framgår ur lagens stadganden i ämnet.

Beträffande värkan af denna invändning förtjänar det anmärkas att densamma icke alltid, då den godkännes, medför sakens afvisande utan pröfning, såsom regeln är vid de flesta andra processinvändningar. Visserligen är detta fallet när ordföranden i någon underrätt jäfvas¹⁶⁾, ty som förordnande för ny ordförande i sådan händelse måste hos hofrätten utvärkas, kan saken icke blifva föremål för domstolens pröfning innan den genom särskild stämning gjorts å nyo anhängig. Detsamma inträffar ock om i rådstufvurätt alla ledamöter blifvit jäfvade eller i hofrätt så många att denne dem förutan ej är domför. Men i öfriga fall värkar jäfvet icke hufvudsakens afvisande utan blott ett längre eller kortare uppehåll i förhandlingarna, ty om domstolen utan den jäfvade medlemmen är fullsuten, behöfver icke någon ny förordnas, är detta åter icke fallet, anordnar den själf om bristens afhjälpan¹⁷⁾.

Af den omständigheten att domarejäfven, äfven om de äro grundade, icke alltid medföra käromålets afvisande får ingalunda dragas den slutsats att de icke vore verkliga processinvändningar. Det, hvarpå här kommer an, är att domarens jäfvighet utgör hinder för en giltig rättegång rörande hufvudsaken, och att detta hinder kan med framgång göras gällande såväl från partens sida som från domstolens. Men att det sist nämnda är fallet hafva vi sett och hvad beträffar jäfvets egenskap att hindra en giltig rättegång, så framgår den däraf att, om jäfvet icke undanrödjes, en dylik rättegång ej kan komma till stånd, utan saken måste afvisas.

¹⁶⁾ Såvida icke i samma stad äro flere borgmästare än en, R. B. 13: 3, jfr K. F. den 27 April 1868.

¹⁷⁾ Jfr R. B. 13: 4 samt ofvan citerade K. F.

Är invändningen om domarens jäfvighet en absolut eller dispositiv processinvändning? Vi veta att utom parterne äfven den jäfvige domaren själf kan anmäla om jäfvet. Men kan därjämte domstolen, utan en föregående sådan anmälan, själfmant utesluta någon af sina medlemmar för jäf? Principielt taget finnes intet skäl, hvarför man skulle af domstolen fordra ett öfvervakande af dess medlemmars ojäfvighet och icke öfverlämna omsorgen härom åt hvarje enskild domare samt den part, hvars rätt därpå är beroende. Åtnöjes den sist nämde med en domare, som är jäfvig, och tilltror sig denne att kunna fälla en opartisk dom, inses det svårligen hvarför lagen skall blanda sig i detta förhållande. Och skulle man härvid äfven nödgas göra undantag för några få omständigheter, hvilka äro af den art att deras förbiseende skulle kränka ett offentligt intresse, så gäller likväl det sagda om de flesta förhållanden, på grund af hvilka parten kan fordra domarens aflägsnande. På dessa och dylika skäl har Tysklands nya processlag med afseende å vissa särskildt uppräknade jäfsgrunder gjort denna invändning absolut, men beträffande de öfriga, icke i lagen omnämnda, låtit den vara dispositiv¹⁸⁾. Vår lag, som icke känner andra jäf än dem den själf uppräknar, har gjort det till en pligt för domaren att se till det sådana jäf ej må förekomma, och det sätt, hvarpå denna pligt inskärpes, gifver till känna att den åligger ej blott hvarje enskild domare med afseende å honom själf, utan äfven hela kollegiet med afseende å alla dess medlemmar. Jäfven mot domaren hafva således enligt vår rätt en absolut karaktär.

¹⁸⁾ C. P. O. § 48. „Das Gesetz unterscheidet zwischen Gründen, welche dem Richter die Befugniss entziehen, in einem Prozesse sein Amt auszuüben, und solchen Gründen, welche den Parteien das Recht geben, einen Richter zu rekusiren. Die Gründe der ersten Kategorie sind der Art, dass schon *die Rücksicht auf das Ansehen der Justiz* die Ausschliessung des Richters erheischt; der Richter ist in diesen Fällen von der Ausübung des Richteramtes Kraft Gesetzes ausgeschlossen,“ o. s. v. *Motiven* till C. P. O. s. 70 f. Endast i dessa fall är domaren pligtig att själf anmäla om jäfvet, annars är han blott berättigad härtill. Detsamma bestämmer ock D. F. §§ 34, 35, hvaremot Ö. F. § 77, i hvardera fallet föreskrifver detta såsom en pligt.

B. *Processinvändningar, som hafva afseende på parterne.*

§ 12. Liksom i fråga om domstolen och den enskilde domaren vissa omständigheter måste vara för handen för att en giltig rättegång rörande hufvudsaken skall komma till stånd, gifves det ock processförutsättningar, hvilka hänföra sig till parterne och desses representanter vid rättegången. Att först och främst tillvaran af tvänne parter är en förutsättning, utan hvilken någon rättegång öfver hufvud ej är tänkbar, behöfver icke här utvecklas liksom ej håller hvarför denna förutsättning icke gifver upphof åt någon processinvändning ¹⁾. Det gäller således blott att uppsöka sådana omständigheter beträffande desse parter, som på grund af lag utgöra hinder för en giltig rättegång.

Genomgå vi i sådant afseende vår rättegångsbalk, finna vi trenne fall, hvilka härvid komma i betraktande. Det, hvaråt vi först skola egna vår uppmärksamhet, omtalas i R. B. 25: 21, hvilket lagrum bl. a. förklarar den dom för ogiltig, hvarigenom dömdt blifvit, *laga målsman ohörd, öfver thens rätt, som sielf ej kunnat efter lag, för Rätta svara*. Denna omständighet är ock anförd bland de i R. B. 16: 4 uppräknade „invändningar i rättegången,“ ehuru den här förekommer under det allmännare begreppet „invändning mot vederpartens person.“ Att den upptagits i dessa bägge lagrum bevisar att lagstiftaren uppfattat densamma ej blott såsom en processinvändning i allmänhet, utan ock såsom en absolut sådan. Hvad dess namn beträffar, måste vi, emedan den i vårt lagspråk saknar en egen teknisk benämning, med ett främmande uttryck kalla densamma *invändningen om bristande habilitet att processa* ²⁾.

¹⁾ Jfr *Schwalbach*, *Processvoraussetzungen*, 406 ff.

²⁾ Det latinska namnet är egentligen *legitima persona standi in iudicio*, hvilket förekommer i tit. C. III, 6, rubr., och härifrån införd i vetenskapen, därstädes vunnit fast fot. I den nyare tyska processrätten återgifves detta begrepp med uttrycket „Prozessfähigkeit“ (C. P. O. §§ 50 ff.).

Hvad förstås då med en parts habilitet att processa? När en dylik invändning framställes, så innebär detta i främsta rummet att den part, som invändningen gäller, icke har de egenskaper, som lag fordrar af en person, hvilken skall föra en process. Habiliteten att processa, hvilken således utgör en af processförutsättningarna, får ej förblandas med de omständigheter, som fordras för möjligheten att vara part i en rättegång. För habiliteten att vara part (Parteifähigkeit) fordras blott att kunna vara subjekt för rättigheter och förpligtelser, d. ä. att vara en person (fysisk eller juridisk). Men att kunna själf processa fordras dessutom förmåga att med rättslig värkan företaga de i processen förekommande rättsärenden och andra handlingar. Sålunda kan t. ex. en vansinnig eller ett barn väl vara part i en rättegång men icke själf utföra någon processuel handling.

Med habiliteten att processa förstås således förmågan att handla i processen, att med rättslig värkan afgifva viljeförklaringar med afseende å rättegången³⁾. Denna förmåga behöfver, principiellt taget, icke nödvändigt sammanfalla med förmågan att på privaträttens område företaga rättsärenden⁴⁾, men är dock i den nyare civilprocessen oftast därmed identisk⁵⁾. Om en af parterne saknar habilitet att

³⁾ Jfr *Wetzell*, § 12, *Wach*, 59 f. *Fitting*, § 21, *Seuffert*, 60 ff., samt för vår processrätt *Nehrman*, kap. VIII, §§ 6, 13, *Schrevelius*, § 82, *Bromée*, § 13 c.

⁴⁾ De personer, hvilka väl hade handlingsförmåga i privaträttslig mening, men likväl icke voro berättigade att själfva föra sin talan vid domstolen, kallades hos romarne „postulare prohibiti“ (tit. D. de postulando III, 1), hvilket begrepp noga skildes från habiliteten att processa. Men denna skillnad, hvilken jämväl stundom iakttagas med afseende å „das gemeine Recht“ (se t. ex. *Wetzell*, 95 f.), saknar all betydelse för vår processrätt.

⁵⁾ En sådan öfverensstämmelse är uttryckligen föreskrifven i C. P. O., §§ 50, 51, samt D. F. § 50. Äfven för vår processrätt utgör detta regeln, dock tillåtas i några fall personer, hvilka icke kunna förpligta sig genom privaträttsliga aftal, att själfva föra sin talan inför rätta; se t. ex. G. B. 11: 8; 13: 1, 4 m. fl., K. F. den 19 December 1864 om förmyndarevärd, § 7.

processa, måste hans talan föras af en annan person, som besitter de härtill erforderliga egenskaper. Oftast är det genom lag bestämdt hvem denna funktion i hvarje särskildt fall tillkommer, och han kallas därför i vår processrätt *laga målsman*. För att i fråga varande invändning skall ega rum fordras således ej blott att parten saknar habilitet, utan ock att han ej företrädes af laga målsman ⁶⁾).

Invändningen om partens habilitet att processa, kan framställas af hvardera parten och det så, att denna brist kan göras gällande ej blott med afseende å vederparten, utan äfven, åtminstone hvad svaranden beträffar, om honom själf. Men ehuru således hvardera partens habilitet utgör en processförutsättning, medför likväl saknaden af denna förutsättning icke i hvardera fallet fullkomligt enahanda påföljd. Ligger bristen på kärandens sida, så äro alla processhandlingar, som af honom företagas, ogiltiga, och har den redan från början förelegat, måste käromålet fullständigt afvisas och kan först efter förnyad stämning upptagas till pröfning. Har åter käranden börjat rättegången med laga målsman, och denne sedan uteblifver, är följden densamma som om käranden själf hade blifvit borta från domstolens sammanträde. Är däremot svaranden en person, som ej kan själf föra sin talan, kan visserligen käromålet ej upptagas till pröfning, men behöfver fördenskuld icke genast afvisas, utan kan först uppskjutas för att bereda käranden tid till bristens afhjälpande. Om i sådant fall, såsom stundom inträffar, svaranden alldeles saknar laga målsman, måste en sådan på kärandens initiativ af rätten utses ⁷⁾. Har åter svaranden målsman, men denne ej är instämnd, åligger det käranden att inom viss af domstolen utsatt tid meddela honom stämning, och om slutligen målsmannen väl är stämnd, men icke infunnit sig för rätta, är det domstolen,

⁶⁾ Fördenskuld bär också denna invändning i C. P. O. namnet „Einrede der mangelnden Prozessfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung,“ § 247 N:o 6.

⁷⁾ Arg. Ä. B. 20: 6 och 7.

som drager försorg om hans inställande. Däremot är det icke enligt vår processrätt såsom enligt den tyske⁸⁾ tillåtet för den part, som i allmänhet ej kan själf föra en process, att i de fall, då enligt det ofvan sagda målet uppskjutes, oaktadt bristen på målsman under tiden förhandla mot vilkor att sagda brist inom utsatt tid afhjälpes, utan kommer rättegången i sådan händelse att helt och hållet afbrytas.

Vi hafva hittills förutsatt att den part, som icke själf kan föra sin talan, uppträder alldeles utan någon annan persons biträde. Men samma regler ega naturligtvis tillämpning jämväl om den person, som anmäler sig för att föra en sådan parts talan, icke är hans laglige målsman och således ej befogad att processa för honom. Om en part, som i rättegången representeras af vanlig fullmäktig, efter fullmaktens utfärdande förlorar sin habilitet, måste rättegången afbrytas och ny fullmakt utfärdas af målsmannen, om denne ej föredrager att själf föra partens talan⁹⁾.

Liksom i vår civilprocess har denna invändning jämväl i den tyska en absolut karaktär, och detta gäller ej blott „gemeine Recht,“ utan äfven riksprocessen¹⁰⁾, där den dessutom, i motsats till hvad fallet var i „gemeine Recht,“ erhållit egenskapen af processhindrande invändning¹¹⁾.

§ 13. Förutom invändningen om partens habilitet att processa kände den äldre tyska rättsvetenskapen en annan processinvändning, som jämväl hänförde sig till partens person, nämligen *invändningen om bristande saklegitimation*. Denna, som först i 16 och 17:de århundradena upptogs i

⁸⁾ C. P. O. § 54 mom. 2.

⁹⁾ Arg. R. B. 15: 8, H. B. 18: 8. Annorlunda C. P. O. § 82, jfr Osterloh, 84.

¹⁰⁾ C. P. O. § 54 mom. 1, jfr *Seuffert*, 67 f. *Wetzell*, 95. Det samma gäller ock om Öster. A. G. O. § 64, hvaremot D. F. § 52, under anslutning till gällande dansk rättspraxis, gifvit denna invändning en dispositiv karaktär; se motiv. s. 45.

¹¹⁾ Detta har den ock enligt Ö. F. § 286 N:o 4, äfvensom i Bayern, art. 186, jfr *Barth*, 482, Württemberg, art. 81, jfr 344 N:o 2, 345, och Ryssland, § 571 N:o 4.

doktrinen, härstammar ursprungligen från den forngermaniska rättegångsordningen. Enligt denna kunde nämligen svarandeparten bl. a. på den grund undandraga sig svaromål i saken, att kändanden icke var rätt målsegrande, d. ä. att icke han utan en annan egde söka svaranden för denna sak, eller ock att svaranden ej var rätt svarande, så att det ej var mot honom, som kändandens anspråk borde riktas¹⁾. Dessa satser upptogos, såsom nämdes, af Tysklands „gemeine Recht,“ hvilken af dem gjorde en processinvändning, som erhöll namnet *exceptio deficientis legitimationis ad causam*, samt kallades *activa*, då den gälde kändanden, och *passiva*, när den angick svaranden. Legitimatio activa innebar således att, under förutsättning af det stridiga anspråkets riktighet i och för sig, kändanden var den, som egde göra detsamma gällande, den passiva saklegitimationen åter att, under enahanda förutsättning, dess uppfyllelse borde sökas just af svaranden och ej af någon annan.

Ännu i början af detta århundrade uppfattades bristen på saklegitimation af den tyska vetenskapen såsom en processinvändning²⁾. Men sedan *Bethmann-Hollweg* först visat ohållbarheten af denna lära, har den allmänt öfvergifvits, och det med rätta. Ty, såsom nämde författare anmärker³⁾, kan saklegitimationen eller frågan, hvem som är aktivt eller passivt subjekt för en rättighet, icke utan den största godtycklighet skiljas från frågan om denna rättighets existens öfver hufvud. Saknas legitimationen, så innebär detta antingen att den ifråga varande rättigheten ej tillkommer kändanden eller att förpligtelsen icke åligger svaranden, och i hvardera fallet att det påstådda rättsförhållandet icke existerar⁴⁾. Saklegitimationen hör således icke till process-

1) *Planck*, Gerichtsverfahren, I, 391 ff., 399 ff.

2) Jfr t. ex. *Danz a. a.* § 125.

3) *Bethmann-Hollweg*, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses (1827), 78—137, isyn. 82 ff.

4) I hvilket nära samband hvarje rättighet står till sitt subjekt och huru oumbärligt ett sådant är för begreppet rättighet, visar sig måhända tydligast i den konstruktion, som fått namnet *juridisk person*.

förutsättningarna, utan till förutsättningarna för det materiella anspråket, samt utgör följaktligen en del af käromålets faktiska grund. Bristen härpå bör fördenskuld icke håller betraktas såsom en processinvändning, utan såsom en invändning i sak, och påföljden af denna brist blifva käromålets förkastande, ej dess afvisande utan pröfning.

Vi skola belysa det anförda med ett par exempel. Om i ett skuldfordringsmål svaranden invänder att han ej erhållit penningarna af käranden utan af någon annan, så är naturligtvis frågan härom identisk med den huruvida det påstådda anspråket mot svaranden existerar eller icke, eller med andra ord, om det rättsförhållande mellan parterne, på grund af hvilket käranden yrkar att svaranden måtte åläggas åt honom utgifva den i fråga varande penningesumman, eger bestånd eller ej. Godkännes invändningen och kan kärandes ej replicando visa att fordringen på annat sätt blifvit hans, så är visserligen den rätte målseganden oförhindrad att framdeles söka ut densamma af svaranden, men detta beror ej därpå att käromålet första gången icke skulle hafva pröfvats af domstolen, utan därpå att det anspråk, som nu göres gällande, är ett annat än det först utsökta. Detta blef således ej afvisadt utan pröfning, utan förkastadt.

Och då — för att taga ett i svenska rättsböcker förekommande fall af passivlegitimation — lagen bestämde att, om en kvinna dräpte någon, icke hon utan den henne närmast skylde mannen borde svara för gärningen,⁵⁾ är det

När en verklig, d. ä. en individuel, med vilja och handlingsförmåga utrustad person icke finnes, till hvars förmån eller mot hvilken en bestående rättighet kunde göras gällande, har man sett sig tvungen att tillägga dessa egenskaper åt samfund, stiftelser m. m., hvilka i själfva verket icke kunna vara därmed utrustade: för att erhålla ett subjekt till rättigheten betraktar lagen någonting såsom en person, hvilket i verkligheten icke är det. Rättigheten är icke här, såsom t. ex. *Windscheid*, I § 49, lärer, utan något subjekt, men dess subjekt är icke en person, utan någonting annat, som i detta afseende af rätten behandlas såsom en person.

⁵⁾ Vgl. I, Mdb. 5 § 2.

klart att för den dräptes arfvingar icke uppväxte något anspråk mot kvinnan utan blott mot mannen, samt att, om de det oaktdadt riktade sin talan mot den förra, denna talan kunde förkastas utan att detta invärkade på deras anspråk mot mannen.

Visserligen kan en särskild behandling af legitimationsfrågan, i den mening att med uteslutande af öfriga omständigheter endast den värder föremål för undersökningen, stundom vara ej blott möjlig utan äfven i snabbhetens intresse mycket lämplig. Men detta kan äfven inträffa med andra till käromålets faktiska grund hörande omständigheter, af hvilka anspråkets bestånd är beroende, samt bevisar ingalunda att saklegitimationen fördenskund vore en processförutsättning.

Då emellertid, såsom vi sett, denna omständighet blifvit af utländsk rätt gjord till föremål för en processinvändning, är det nödvändigt att undersöka hvilken ståndpunkt vår processrätt i denna fråga intager. Att den äldre svenske rätten åtskilt saklegitimationen från de öfriga grunderna för käromålet och betraktat densamma såsom en processuell fråga, hvilken borde afgöras före den egentliga hufvudsaken, kan på grund af den mängd ställen i landskapslagarne, som beröra legitimationsfrågor⁶⁾ icke gärna betvivlas. Men häraf följer ingalunda att samma regel skulle ega tillämpning äfven enligt nu gällande processrätt. Visserligen framgår det af R. B. 15: 16, hvilket lagrum utsätter böter för den, som tager sig talan i en sak, där han ej är målsegande, att åtminstone den aktiva legitimationen kan blifva föremål för särskild pröfning. Men ehuru detta oftare inträffar med processuella än med sakinvändningar, är det likväl icke härpå, som det hufvudsakligen kommer an, utan därpå, om resultatet af den särskilda pröfningen blifver hufvudsakens

⁶⁾ Se t. ex. Vgl. I Kkb. 12, Mdb. 5 § 2, II Db. 11, III, 89, Ögl. I Kkb. 5 pr. Vpb. 1 § 2; 5, Ul. Kkb. 15 pr., Vml. I Bb. 19 § 1, pgb. 16, II Krb. 19, Sl. Bb. 1 § 1; 26 § 3. Jfr *Amira*, 86 ff., där likväl denna legitimation benämnes processlegitimation.

förkastande eller dess afvisande utan pröfning. Och då vår lag, oafsedt ett särskildt fall, som vi innan kort skola lära känna, icke någonstädes säger att bristen på saklegitimation borde behandlas såsom en processinvändning ¹⁾ samt en sådan uppfattning enligt hvad ofvan visades, är i hög grad oegentlig, är det säkerligen rättast att endast i det fall betrakta denna legitimation såsom en processförutsättning, i hvilket detta uttryckligen framgår såsom lagstiftarens vilja. Ett sådant förfarande vinner ytterligare stöd genom den egendomliga beskaffenheten af den saklegitimation, som af lagen hänföres til processinvändningarna.

Denna legitimation omtalas i R. B. 16: 3 på följande sätt: *Vänder någon i, thet flere hafva i saken del, och at the instämmas böra, och tillika med honom svara o. s. v.* Här bestrider svaranden visserligen sin legitimation till saken, men icke helt och hållet, utan blott till en del, han påstår ej att han öfver hufvud icke vore rätt svarande, han säger blott att han icke är det ensam, utan i förening med andre. Att lagen betraktar detta påstående såsom en processinvändning, framgår däraf att den för detsamma föreskrifver enahanda procedyr som för invändningen om forum, men häraf följer icke att den skulle på samma sätt betrakta en vanlig saklegitimationsinvändning, ty i det ena fallet förnekar svaranden alldeles att käranden kunde hafva något anspråk mot honom, i det andra bestrider han ej möjligheten af ett dylikt anspråk, utan påstår blott att det bör riktas jämväl mot andra personer.

¹⁾ Detta framgår icke, såsom *Bromée*, 69 f. påstår, af uttrycken i själfva lagen, ty af de ställen, som han i sådant afseende åberopar, nämner R. B. 25: 1 icke ett ord om saklegitimationen och R. B. 15: 16 talar, såsom i texten sades, icke om någon absolutio ab instantia. Att åter uttrycket i R. B. 16: 4, „at han ej vil inlåta sig i tvisten med honom“ (näml. vederparten), skulle afse saklegitimationen, är åtminstone föga sannolikt, då en svarande kan hafva många andra skäl att icke inlåta sig i rättegång med käranden än att denne ej vore rätt målsegande. Icke håller torde en sådan uppfattning hafva stöd af praxis. Åtminstone blef i ett af *Naumann V*, 83 ff., anfördt rättsfall „käröålet, såsom af obehörig person väkt, af häradsrätten *ogilladt*,“ d. v. s. förkastadt.

Låtom oss nu litet närmare betrakta denna invändning. Den omständighet, på grund af hvilken svaranden här vill afböja sakens upptagande till pröfning, är att flere hafva däri del, nämligen såsom parter. Hurudan är nu denna delaktighet?

På grund af några missförstådda ställen i källorna⁸⁾ antog den äldre tyska vetenskapen att, när ett odelbart rättsförhållande eller ett sådant, i hvilket flere subjekt voro på en gång antingen berättigade eller förpligtade, utgjorde föremål för rättegången, endast en process finge föras för alla, som i saken hade del, samt att, i händelse blott en af de berättigade personerna uppträdde såsom käreande eller endast en af de förpligtade var instämd såsom svarande, målet icke finge upptagas till pröfning om från svarandesidan yrkades att äfven de öfriga, som saken rörde, borde deltaga i rättegången. Ett sådant yrkande kallades *exceptio plurium litis consortium*.⁹⁾ Grunden till denna lära låg uppenbarligen däri att man i dylika fall ville undvika möjligheten af olika utslag för de särskilda i rättsförhållandet delaktiga personerna. Emellertid har denna uppfattning på senare tider blifvit lifligt bekämpad och är nu nästan allmänt öfvergifven.¹⁰⁾

Enligt den nyare teorin, som äfven funnit uttryck i C. P. O., kunna i en rättsstrid aldrig förekomma flere än tvänne parter, hvarför, om likväl flere sådana på en gång uppträda, så många särskilda processer måste anses ega rum som antalet af parter på ena eller andra sidan. Om därför flere personer äro berättigade eller förpligtade på grund af ett och samma rättsförhållande, kan visserligen en gemensam

⁸⁾ L. 1 C. de cons. ei. lit. III, 40. l. 5 C. arb. tut. V, 51, l. 1, 2 C. si plures etc. VII, 55, l. 1, 2 D. de quibus reb. etc. XI, 2, l. 44 pr. D. de iud. V, 1, l. 10 § 2, 4 D. de app. II, 1, l. 31 § 5 de æd. ed. XXI, 1, nov. 99 c. 1 § 1 m. ff.

⁹⁾ Se härom t. ex. *Gönnert*, Handbuch des deutschen gem. Prozesses, I (1801), 385 ff.

¹⁰⁾ Detta resultat bör hufvudsakligen tillskrifvas de sorgfälliga undersökningar, som egnats denna fråga af *Planck*, Mehrheit, isyn. 105—156, 385—430. Samma åsichter förfäktas äfven med särskild hänsyn till C. P. O. af *Amelunxen*, Die sogen. nothwendige Streitgenossenschaft der d. C. P. O. (1881), se t. ex. 8 ff., 26 ff.

behandling af de särskilda anspråken under vissa vilkor ega rum samt till och med vara i rent praktiskt syfte, d. ä. för att främja deras snabba och likformiga afgörande, mycket ändamålsenlig,¹¹⁾ men detta är blott en yttre förening af flera rättstvister, hvilka utan att röna någon invärkan af detta förhållande bedömas alldeles själfständigt.

Angående nödvändigheten af en sådan förening eller huruvida svaranden kan i vissa fall fordra en gemensam behandling af de särskilda anspråken, äro likväl åsigterna i den tyska vetenskapen mycket delade. Medan någre forfattare gifva svaranden denna rätt, anse andre att målens förening till ett enda förfarande hvarken enligt „gemeine Recht“ eller C. P. O. i något fall kan af parten framtvingas, och att således en exceptio plurium litis consortium existerar lika litet i den tyska civilprocessen som i den romerska.¹²⁾

Om vi återvända till vår egen rätt, så är det visserligen tydligt att bestämningen i R. B. 16: 3 tillkommit under inflytelsen af den äldre, ofvan såsom oriktig betecknade teorin. Men fastän invändningen om flere parter hörande sålunda af lagen behandlas såsom en processinvändning, finnas likväl icke några processuella stadganden angående tillämpligheten af denna invändning eller i hvilka fall svaranden kan fordra andras instämmande¹³⁾. Denna fråga måste

¹¹⁾ En dylik gemensam behandling bär i vetenskapen namnet *subjektiv kumulation af anspråk* (t. Klagenhäufung, Klagenkumulation), hvar emot med objektiv kumulation förstås en förening till ett förfarande af flere anspråk mellan samma parter.

¹²⁾ Nämligen såsom processinvändning, hvarmed icke förnekas att svaranden i sådana fall kan yrka käromålets förkastande på grund af plus petitio. Denna åsigt, som utan tvifvel är den riktiga, omfattas af bl. a. *Planck*, a. a. 397 ff., *Schwalbach*, 409 f., *Amelunxen*, a. a. 38 ff. 57 f., *Osterloh*, 92 f., äfvensom af flere bland kommentatorerne till C. P. O., såsom *Sarwey*, I, 115, *Petersen*, I, 161, 172, och i Z. f. d. C. P. II, 170 ff., *Seuffert*, 80, *Struckmann-Köck*, 40. Däremot hyllas den i texten först angifna uppfattningen af *Wetzell* 831 ff., *Renard*, 134 f. samt för C. P. O. af *Bolgianó*, i Z. f. d. C. P. I, 49, och bland komment. af *Puchelt*, 249, *Wilmowski-Lévy*, 80, *Siebenhaar*, 100.

¹³⁾ Vid granskningen af förslaget till 1734 års lag ansåg *Abrahamsson*, „att de mål borde utsättas, som äro af den beskaffenhet, att

fördenskuld bedömas enligt materiellt civilrättsliga grunder och faller således utom området för vår undersökning. Utan att därför kunna här närmare ingå i dess besvarande, vilja vi blott antydningssvis nämna att detta inträffar isynnerhet i sådana fall, då tvisten rör en obligation, hvars föremål utgöres af en odelbar prestation.¹⁴⁾

Då enligt hvad ofvan anfördes i hvarje rättstvist endast finnes en käreande och en svarande, innebär således yrkandet om flere parters hörande att den mellan parterne anhängiga tvisten icke måtte prövas ensam för sig, utan blott i förening med de öfriga lika beskaffade anspråk, som käranden kan hafva mot andra personer än svaranden. Varder detta yrkande af domstolen godkändt, synes det visserligen vara naturligast och mest öfverensstämmande med lagens mening att, såsom det sker i fråga om domstolens behörighet, käromålet skulle genøst afvisas utan pröfning, med öppen lämnad rätt för käranden att, när han så för godt finner, åter göra det samma anhängigt på rätt sätt, d. ä. i förening med anspråken mot de öfrige svarandena. Dock förfar man i allmänhet icke så, utan plägar uppskjuta målet på viss tid, inom hvilken käranden eger instämma de öfriga, hvaraf då konsekvent skulle följa, såvida tidsbestämningen skall hafva någon betydelse, att om detta försummas, käromålet borde förkastas, ett resultat, som väl öfverensstämmer med denna invändnings verkliga natur, men icke med den ställning vår lag gifvit densamma.

Då lagen icke uttryckligen gifvit till känna om denna invändning skall betraktas såsom absolut eller dispositiv, måste frågan härom afgöras på grund af invändningens all-

flere må stämma eller stämmas“, men härtill svarades på lagkommissionens vägnar att det vore omöjligt att utsätta alla sådana mål.

¹⁴⁾ Enligt fransk rätt har svaranden en *exceptio plurium litis consortium* med afseende å käranden, när denne söker tillbaka sin andel af ett arf, hvilket af honom och hans samarfvingar gemensamt blifvit såldt åt svaranden under förbehåll af rätt till återköp, liksom ock då försäljningen gjorts af en enda person, men denna sedermera blifvit ärf af flere, bland hvilka en nu vill återköpa sin andel i arfvet (C. civil art. 1668—1670).

männa karaktär. I detta afseende förtjänar det i främsta rummet anmärkas att de fall, då invändningen om flere parters hörande eger rum, alltid äro af den beskaffenhet att, om invändningen icke skulle beaktas, tredje person komme att genom domen lida förfång, ty detta utgör just grunden till denna invändning. Nu vore det visserligen ej blott tänkbart utan ock det naturligaste att ett käromål, som ej kan godkännas utan att kränka utom processen stående personers rättigheter, skulle antingen helt och hållet eller delvis förkastas såsom innebärande en plus petitio i materiel mening. Men då lagens mening icke är denna, utan blott att de personer, hvilka rätt står på spel, skola få tillfälle att höras samt i annat fall domen fällas emot svaranden, är det klart att dessa personers rätt är beroende af utslaget i invändningsfrågan. I följd häraf är det äfven mest öfverensstämmande med lagens stadganden att betrakta invändningen om flere parters hörande såsom en absolut processinvändning.¹⁵⁾

Eger i vår rätt en exceptio plurium litis consortium rum äfven med afseende å kärandeparten? Då det icke kan bestridas att i följd af ett gemensamt rättsförhållande flere personer kunna vara på samma sätt berättigade som de äro förpligtade i de fall, när invändningen om fleres hörande såsom svarandeparter eger rum, och då således ratio legis i hvardera fallet är densamma, kunna vi utan tvekan besvara denna fråga jakande. Men på samma skäl är jämväl *invändningen om flere kärandeparter* enligt vår rätt en processinvändning. Huruvida den med afseende å processuel behandling bör intaga samma exceptionella ställning som invändningarna om forum och flere parters hörande, kunde väl synes tvifvelaktigt, då lagen uttryckligen inskränker denna förmån till dessa två fall; men som det af förhandlingarna vid antagandet af 1734 års lag framgår att detta varit lagstiftarens vilja, och då dessutom en sådan procedyr här har

¹⁵⁾ Jfr R. B. 25: 22. Denna åsigt är ock sv. lagkomiténs; se motiven vid R. B. kap. 13.

samma skäl som vid invändningen om flere parter horande, måste äfven denna fråga få ett jakande svar.¹⁶⁾

Emedan den s. k. *nominatio eller laudatio auctoris* i den tyska processen stundom betraktats sasom en processinvändning, böra vi måhända i detta sammanhang besvara frågan huruvida en sådan invändning eller någon densamma liknande förekommer i vår processrätt.

Nominatio auctoris består dari att en detektor eller aliene possessor, som angräpes med ett sakrättsligt anspråk, är berättigad att åberopa egaren till saken, hvilken då genom domstolens försorg instämnes och förpligtas att svara på käromålet, dock utan att detektorn därigenom skulle upphöra att vara verklig svarande.¹⁷⁾

Sasom haraf synes var *nominatio auctoris* endast ett särskildt slag af *litis denuntiatio*, d. a. ett af någondera parterna föranlett deltagande i processen från en tredje persons sida. Uppfattningen att den vore en processinvändning har sin rot

i den gamla germaniska rättegångsordningen. Enligt denna kunde nämligen den, som på en eller annan grund var i besittning af en sak, vid vindikationstalan undgå svaromål, om han stälde fram sin gewere, d. a. egaren eller den, af hvilken han förvarjat saken, samt utlämnade denna, att honom.¹⁸⁾

Dessa grundsatser utbildades isynnerhet af den lombardiska processrätten, hvilken uppfattade *nominatio auctoris* sasom en fråga om passivlegitimationen samt hanförde den till *praeparatoria iudicii*. Men ehuru den således af denne rätt behandlades sasom en processhinderande invändning skilde den sig likväl i det afseende från hvad nu förstås med processinvändning för intas sasom *exceptio* eller *defensio*, som in

16) I anledning af den af Abrahamsson vid denna nämnda tillfälle gjord anmärkning svarades på lagkommissionens vägnar att i händelse därändan vore missnöjd med ett utslag, hvarigenom han förklarats icke kunna tala i saken ensam, utan först seden han skaffat sig sine medintressenters fullmakt, "honom icke kunde förvägras samma beneficium, som denna § lämnar svaranden, emedan jura partium sunt aequalia."

17) *Wetzell*, 56 f. För romerske rätten är huvudstycket l. 2 C. ubi in rem actio III, 19.

18) *Planck*, a. a. 401 ff.

cessinvändningar, att svaranden därigenom icke befriades från rättegången öfver hufvud utan blott från det tekniska svaromålet, som här bestod i kontravindikation, hvaremot själva domen öfvergick äfven honom.¹⁹⁾

Denna uppfattning, hvilken icke återfinnes hos glossatorerna, upptogs i 14:de århundradet af postglossatorerna och här från den romaniska processen öfvergått till Tysklands "gemeine Recht"²⁰⁾. Ja, till och med för riksprocessrätten har den blifvit förfäktad af en bland dennes mest framstående målsmän.²¹⁾

Vår lag känner icke någon särskild nominatio auctoris. Däremot har det vidare begreppet *litis denuntiatio* gamla anor i den svenske processrätten. I landskapslagarne förekommer detsamma under benämningarna *lepsn* och *hemuld*, hvaremot förstods en klandrad saks "ledande" till hemulsmannen eller fångesmannen (fangaman, auctor), hvilken egde öfvertaga försvaret och, om saken frändömdes innehafvaren, ersätta skadan.²²⁾ Som svaranden härvid, åtminstone i fråga om lösören, verkligt åt hemulsmannen öfverlämnade besittningen af det klandrade tinget, samt denne, om han befans vara svarandens fångesman, var tyungen att öfvertaga rättegången, låge det onekligen nära till hands att betrakta hemulsmannen såsom efter denna tidpunkt ensam svarande och den ursprunglige svaranden såsom alldeles befriad från processen. På denna uppfattning tyder äfven föreskriiten om jordens sättande i kvarstad, d. ä. att rättegången borde hvila, i händelse hemulsmannen af laga förfall var hindrad

¹⁹⁾ *Kannengiesser*, Die prozesshind. Einrede, 30 ff. 46 ff. 60 ff.

²⁰⁾ *Kannengiesser*, a. a. 80 ff.

²¹⁾ *Wach*, Vorträge, 82. Dock är denna åsigt icke allmän. Den bekämpas af bl. a. *Osterloh*, 88 ff., *Schwalbach*, 427 f., *Seuffert*, 100. Jfr C. P. O. § 73.

²²⁾ Jfr *Nordström*, a. a. 681—699, samt beträffande fast egendom *Serlachius*, Om klander å jord enligt de svenska landskapslagarne (1884), 129 ff. Enligt götialagarne var det vid lösöre köp icke fångesmannen, utan vinen, som försvaret och ersättningskyldigheten ålägo.

att inställa sig.²³⁾ Men emedan rättegången äfven därefter berörde svarandens privata rättssfer i det den afgjorde om han skulle få återtaga och behålla den klandrade saken eller ej, samt domen således gälde äfven honom, torde dock den åsigt vara riktigare att rättegången mot svaranden icke helt och hållet afböjdes, utan endast temporärt afbröts genom processen mot hemulsmannen. I hvarje fall är det klart att man här ej kan tala om en processinvändning i modern mening.

Enligt nu gällande processrätt är det naturligtvis innehafvaren, mot hvilken klandertalan utföres och som närmast drabbas af den på grund däraf fälda domen. Han befrias således icke från rättegången rörande hufvudsaken, utan blott från en del af försvarsbördan, och härtill kommer att äfven denna partiella befrielse ingalunda är en påföljd ensamt af hemulsmannens åberopande eller öfver hufvud af något påstående eller yrkande från svarandens sida, utan därjämte förutsätter att svaranden instämt hemulsmannen samt, åtminstone i en del fall, att denne hörsammat stämningen och öfvertagit försvaret. Frågan om hemul hänför sig förty uteslutande till förhållanbet mellan innehafvaren och hans auctor och invärkar icke det ringaste på kärandens förhållande till svaranden²⁴⁾. Om någon processförutsättning, utan hvilken rättegången eller domen skulle blifva ogiltiga, är här alldeles icke fråga.

§ 14. Enligt hvad förut nämndes, omtalar vår lag trenne slag af processinvändningar, hvilka hafva afseende på par-

²³⁾ Ul. Jb. 20 pr. § 1. Samma stadgande förekommer ock i Ll. Jb. 30 §§ 3, 4.

²⁴⁾ Hemulsmannens rättsliga ställning i processen är således icke en successors i förhållande till innehafvaren. Huruvida han enligt vår rätt skall betraktas såsom en intervenient, hvares ställning likväl i det afseende vore egendomlig att interventionen föranledts af parten, eller såsom ett slags procurater in rem suam, en fullmäktig, som tillika handlar äfven i eget intresse, eller slutligen på något annat sätt, kan icke här afgöras hälst frågan måste undersökas särskildt för fast och lös egendom samt i senare fallet afseende fästas därpå om saken är stulen eller icke.

terne. Af dessa hafva vi redan behandlat invändningarna om bristande habilitet att processa och om flere parters hörande. Det tredje fallet inträffar *tå then, som saken drivit, ej haft sakägarens laga fullmakt*, ty om domstolen det oaktadt fäller utslag i saken, så är detta ogiltigt och kan angripas med querela nullitatis. ¹⁾

Den processinvändning, hvilken i detta fall vållar domens ogiltighet, är allmänt känd under namnet *bristande processlegitimation* (exceptio deficientis legitimationis ad processum). Den riktar sig icke mot partens person, utan emot den, hvilken representerar honom i processen samt emot hans befogenhet att föra partens talan. Visserligen var det äfven vid invändningen om habiliteten att processa fråga om en representation af parten, men den, som här kommer i betraktande, är af helt annat slag. Medan i förra fallet en part, hvilken själf saknar förmågan att företaga processuella handlingar, företrädes af en genom lag bestämd person, som för honom utför dessa handlingar, hafva vi här en representant, utsedd efter fritt val af en part, som själf i besittning af habiliteten att processa just därför handlar ehuru genom förmedling af representanten, hvilken är liksom partens andra jag, och hvars handlingar af lagen betraktas såsom partens handlingar.

Då representantens rätt att sålunda föra partens talan i detta fall grundar sig på ett uppdrag (mandatum) af den sist nämde, innebär vår invändning att den, som i en rättegång uppträder i någondera partens vägnar, icke erhållit ett sådant uppdrag eller, med andra ord och för att begagna lagens egna uttryck, att han ej är en laga ombudsman eller fullmäktig. Och som den yttre formen för mandatförhållandet vanligen består i en på visst i lag föreskrifvet sätt upprättad urkund, den s. k. fullmakten, är det i regeln saknaden af fullmakt eller någon densamma vidlådande formelbrist, som gifver anledning till denna invändning.

¹⁾ R. B. 25: 21.

Vi hafva redan omtalat den egendomliga ställning frågan om processlegitimationen intog i romerska rätten och det inflytande, som denna ställning utöfvat på hela läran om processinvändningarna ²⁾.

I „gemeine Recht“ var invändningen om bristande processlegitimation en processinvändning, som domstolen egde ex officio beakta ³⁾. Emedan C. P. O. icke upptagit densamma bland sina processhinderande invändningar, har man trott att den här endast vore en vanlig sakinvändning. Härvid måste man dock skilja mellan tvänne olika fall. Om den rätte kändanden själf låtit stämma in svaranden och för någondera parten sedermera uppträder en falsus procurator, är det otvifvelaktigt att domstolen måste betrakta den i fråga varande parten såsom uteblifven och kan på grund däraf gifva utslag i hufvudsaken. Men har redan stämningen utgått från en blott föregifven fullmäktig, kan ett sådant utslag icke fällas, emedan den verkliga kändanden icke träd i något rättsförhållande till domstolen, och denne således ej är förpligtad eller ens berättigad att pröfva hans anspråk. Här måste fördenskuld utslaget gå ut på käromålets afvisande, absolutio ab instantia. Vid Amtsgerichte är denna invändning af absolut karaktär, men vid de högre domstolarne beror det på vederparten att därom anmärka, hvilket han dock kan göra under alla stadier af rättegången ⁴⁾.

Såvida redan landskapslagarne, åtminstone i vissa fall, tilläto parterne att företrädas genom ombud, måste invänd-

²⁾ Se ofvan s. 15 f., 40.

³⁾ *Wetzell*, 76. Samma regel gäller ock enligt österrikisk processrätt, jfr. *Heyssler*, 144.

⁴⁾ C. P. O. § 84, jfr. *Seuffert*, 113 f. Den motsatta åsigten att bristen på processlegitimation icke i något fall skulle hindra ett utslag rörande hufvudsaken uttalas af *Schwalbach*, 410 f., *Fitting*, 81, samt de fleste bland kommentatorerne. Enligt D. F. § 73 har bristen på processlegitimation den påföljd att parten betraktas såsom uteblifven, hvilket dock med afseende å kändanden icke, såsom enligt C. P. O., medför käromålets förlust, utan dess afvisande. Denna lösning förefaller oss såsom den mest tilltalande.

ningen om processlegitimationen redan på denna tid hafva varit känd, ehuru densamma till följd däraf att bruket af rättegångsfullmäktige i äldre tider var ganska sällsynt ännu på länge ej kan hafva varit af synnerlig vigt i praktiskt hänseende⁵⁾. Däremot synes 1734 års lagstiftare hafva till fullo uppskattat dess betydelse. Sålunda framgår det af ordalagen i R. B. 25: 21 att bristen på processlegitimation enligt nu gällande rätt utgör en processinvändning ej blott, såsom i tyske processrätten, när denna legitimation redan från början saknas, utan ock när bristen därpå senare framträder.

Också har denna invändning i hvardera fallet en absolut karaktär⁶⁾. Men hvad påföljden däraf beträffar äro de bägge fallen hvarandra något olika. Har redan stämningen utgått från en falsus procurator, måste domstolen afvisa käromålet utan pröfning, och den rätte käranden blifver då ej af hela rättegången det ringaste berörd. Om åter bristen uppstått senare, bör parten behandlas såsom hade han utblifvit från domstolens sammanträde, samt följaktligen, om det är käranden, utslaget på grund af R. B. 12: 2 lyda på afvisning utan pröfning och eventuellt förkastande af hufvudsaken i händelse käranden ej fullföljer den inom laga tid. Visserligen torde man i praxis vanligen icke förfara så strängt, utan gifva ombudet tid att bota bristen till annat sammanträde, men en sådan praxis har icke stöd af lag. Att domstolen måste ex officio beakta denna invändning innebär blott att den ej får afgöra saken så länge legitimationen ej är styrkt, men icke att den skall själf draga försorg om britisens botande. Är det åter svarandens ombud, som saknar legitimation, kommer denna åtskilnad i de flesta fall icke annorlunda i betraktande, än att svaranden, om han anses såsom uteblifven, straffas med böter.

⁵⁾ Jfr *Nordström*, a. a. 483 ff. samt Rättegångsprocessen af 1615 § 15.

⁶⁾ Detta synes ej blott därpå att bristen på processlegitimation omtalas i R. B. 25: 21, utan framgår äfven af det sätt, hvarpå R. B. 15: 4 ålägger fullmäktigt att styrka sin legitimation.

C. *Processinvändningar, som hänföra sig till föremålet för rättegången.*

§ 15. De hinder för en giltig rättegång, till hvilka vi nu komma, hafva sin grund antingen i beskaffenheten hos den sak, som utgör föremålet för tvisten, eller ock i något tillstånd, hvori denna sak befinner sig. Såsom äfven tidigare påpekats, utgöres det omedelbara föremålet för en civil rättegång af ett anspråk, som käranden vill göra gällande mot svaranden. Men icke alla anspråk kunna afdömas af borgerliga domstolar, utan en del af dem är på grund af lag underkastad afgörandet af de statliga myndigheter, hvilka hafva statsförvaltningen i inskränkt mening eller den s. k. administrationen sig ombetrodd. Den omständigheten att kärandens anspråk enligt lag icke underligger domstols afgörande, eller kortare, att saken ej är domstolssak, utgöres således den första processinvändning, som härvid kommer i betraktande.

Denna invändning, hvilken af den tyske processrätten uppräknas bland „processhindernde Einreden“¹⁾, omtalas däremot icke i vår lagbok. Men det oaktadt är det icke tvifvelaktigt att ett rum måste tillerkännas densamma äfven i den svensk-finske processrätten, ty den afgränsning mellan domstolarnes och de administrativa myndigheternas inbördes kompetens, som kännetecknar den offentlige rätten i vår tid²⁾, är ingalunda håller främmande för vår inhemske rätt. Och då frågan om anspråkets egenskap af domstolssak således berör ett offentligt-rättsligt intresse, måste denna fråga pröfvas af domstolen utan någon påminnelse från partens sida, ja, en sådan påminnelse kan till följd af sakens natur blott undantagsvis komma i fråga.

1) C. P. O. § 247 N:o 2. Dess namn är „die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs.“

2) I sin närvarande fullt medvetna gestalt daterar sig denna åtskilnad från franska revolutionen. Det var i lagen af 16—20 Augusti 1790 (loi sur l'organisation judiciaire), som grundsatsen „séparation et indépendance réciproque des pouvoirs“ först uttalades.

Emedan en undersökning af de regler, som bestämma huruvida ett visst anspråk är domstolssak eller icke, enligt den begränsning vi gifvit vårt ämne, strängt taget fallet utom området för detsamma, vilja vi härom endast i förbigående anmärka att våra lagar i detta afseende äro ytterst bristfälliga. Visserligen framgår det af stadfästelsen till 1734 års lag att de ämnen, som den innehåller, ansågos underligga de allmänna domstolarnes behandling³⁾, men denna regel har icke blifvit följd och andra allmänna bestämningar gifvas icke. Rådfrågar man åter vetenskapen, skall man finna att af den i allmänhet mycket försummade offentlige rätten detta område är ett af de minst utredda⁴⁾. Enligt den måhända allmännaste åsigten borde till civilprocessen hänföras alla sådana anspråk, som grunda sig på rättsförhållanden af privaträttslig natur, och till den administrativa rättsvården de, hvilka grunda sig på rättsförhållanden af offentligt-rättslig natur⁵⁾. Dock har äfven denna grundsats hvarken vunnit odeladt bifall⁶⁾ ej håller någonstädes blifvit konsekvent tillämpad. Här föreligger således en vigtig uppgift såväl för vetenskapen som för lagstiftningen.

³⁾ Här förklaras nämligen bl. a. „At thenna lag ej innehåller thet, som til särskildt förordnade Domsäten hörer, eller hvad Oeconomic och Politie Förordningar angår, hvilka efter förefallande omständigheter finnas mera förändring vara underkastade.“ Jfr för öfrigt härom *Schrevelius*, § 9, *Bromée*, § 9.

⁴⁾ Härmed nekas icke att i detta ämne mycket blifvit skrifvet, men därigenom har saken icke blifvit utredd. Den grundligaste framställning af dessa frågor inom tyska vetenskapen finnes hos *v. Sarwey*, *Das öffentlicherecht und die Verwaltungsrechtspflege* (1880), hvilket arbete, å ss. 287—695, handlar om gränserna mellan civildomstolarnes och de administrativa myndigheternas kompetens samt om kompetenskonflikter. Ett bidrag till samma frågor utredning lämnas äfven af *Hauser*, *Die deutsche Gerichtsverfassung*, i *Z. für Reichs und Landesrecht etc.* hrsg. von *Hauser* IV (1879), 1 ff. 241 ff., samt *Heyssler*, *Die Civilprocesssache* i *Grünhuts Z.* XI, 14 ff.

⁵⁾ Sälunda säger ock *Hauser*, a. a. 241, „dass den ordentlichen Gerichten der Schutz der *Privatrechte* oder m. a. W. der aus dem *bürgerlichen Rechte* entspringenden *Befugnisse* der Personen zustehe.“ Något mer komplicerade regler uppställas af *v. Sarwey*, a. a. 289 f.

⁶⁾ Den förnekas bl. a. af *Heyssler*, a. a. 31 ff.

§ 16. En annan invändning, som likaledes hänför sig till det stridiga anspråket, består däri att sagda anspråk redan förut varit föremål för domstols pröfning eller, med andra ord, att det är rättskraftigt afgjort. Nu är visserligen enligt en mycket allmän uppfattning denna invändning eller, såsom den i vetenskapen kallas, *invändningen om rättskraften* (exceptio rei iudicatae), icke af processuel beskaffenhet utan en vanlig sakinvändning. Men då vi icke kunna dela denna åsigt, åtminstone hvad beträffar vår egen processrätt, skola vi till en början undersöka hvad som förstås med rättskraften i denna mening, ty utan kännedom härom är det naturligtvis icke möjligt att bedöma om den hänför sig till en processförutsättning eller icke.

Härvid är då först att märka att man i tvåfaldig mening plägar tala om rättskraften hos domar och andra utslag. Å ena sidan betecknas härmed detsamma som utslagens oföränderlighet, den egenskapen hos ett domstolsutslag att det icke mer kan angripas genom rättsmedel eller upphävas i rättegångsväg, utan gör oåterkalleligen slut på rättegången. Detta är *den formella rättskraften* eller hvad vår lag kallar *laga kraft* ¹⁾. Den inträder för utslag, som fällas af den högsta domstolsinstansen, omedelbart, men för öfriga utslag så snart den tid, inom hvilken utslaget får angripas genom rättsmedel, gått till ända ²⁾.

Någonting annat är *den materiella rättskraften*, om hvilken här är fråga och som därför alltid afses då vi i det följande utan närmare bestämning begagna uttrycket rättskraft. Denna förutsätter för sin uppkomst den formella rättskraften, men är själf icke en egenskap hos domen, utan

¹⁾ Se t. ex. R. B. 25: 21; 28: 1; 31: rubr. 1, 3. En träffande benämning är det tyska „Unanfechtbarkeit.“

²⁾ De extra-ordinära rättsmedlen komma härvid icke i betraktande. För öfrigt gäller den i texten uppställda regeln, utom för vår processrätt, äfven för den tyska (C. P. O. § 645), men enligt romersk rätt inträdde rättskraften sedan i och med domens afkunnande och detsamma gäller äfven för dansk och norsk rätt; se *Sylow*, Dommens materielle Retskraft (1880), 13 f.

en värfkan däraf. Den består däri att ett rättsförhållande, som en gång blifvit genom en formellt rättskraftig dom fastställt, icke mer får ställas under debatt genom en ny rättgång, och att således, om någondera parten vill å nyo draga detsamma under domstols pröfning, vederparten kan afböja detta genom att åberopa den förre domen³⁾. Detta sker genom invändningen om rättskraften.

Men härmed är ännu icke sagt hvad denna invändning innebar och hvilken grunden är till densamma. Innan vi undersöka dessa frågor, måste vi dock kasta en hastig blick på anstiftetets uppkomst. Att vi härvid hålla oss hufvudsakligen till romerske rätten beror därpå att denna utveckling där är mest bekant.

I den romerska civilprocessen visade sig rättskraften stillet en början endast i den negativa gestalten af den s. k. konsumtionen, hvilken vi redan tidigare haft tillfälle att beröra⁴⁾. Den bestod således däri att kärandens actio blef genom litis contestatio, så att säga, förbrukad och icke kunde vidare begagnas, utan afseende därpå om rättgången slutades med en sententia eller icke. Detta uttryktes med den bekanta regeln: *bis de eadem re ne sit actio*. Värfkan här af visade sig antingen ipso iure, d. ä. sålunda att pröfning icke tillät käranden att begagna en actio, öfver hvilken litis contestatio en gång förut egt rum, eller ock ope exceptionis, d. v. s. genom *exceptio rei in iudicium deductae*. Det förra

Att förklara den materiella rättskraften såsom dömens värfkan eller inflytelse på det privata rättsförhållandet mellan parterna (*transactio*, a. a. 2; *Seuffert* 581) kan lätt leda till missförstånd. Genom abmen skapas icke några nya rättigheter eller förpligtelser, därigenom bestämmer sig istället blott hvilket rättsförhållande något visst afseende eger eller skall ega rum mellan parterna. Och intar man härvid någon förändring i det förut existerande rättsförhållandet så är den en värfkan icke af domen, utan af föregående faktiska omständigheter. Endast i det fall att domstolen utgått från oriktiga förutsättningar beträffande dessa fakta, kan domen inverka gästalt på rättsförhållandet ej blott genom att fastställa parfoljden, utan ock genom att ställa framkalla densamma.

4) Se ofvan §. 8. n. 4.

sättet var det äldre, det senare jämförelsevis yngre⁵⁾. Nyss nämnda *exceptio* begagnades ock när saken var afdömd, ty man gjorde ingen skilnad mellan det fall, då anspråket endast kommit till *iudicium* och det, då detsamma redan genomgått behandlingen härstädes, utan betraktade hela förfarande som en odelbar enhet, hvaraf *litis contestatio* och *sententia* endast voro enskilda moment⁶⁾.

Denna uppfattning, som under formularprocessens tid var strängt genomförd, undergick likväl senare en väsentlig förändring. Å ena sidan fann man det nämligen obilligt att karendens *actio* skulle helt och hållet förstöras genom *litis contestatio*, och å den andra voro värkningarna af konsumtionen i vissa afseenden så begränsade, att den icke alltid erbjöd skydd mot en ny rättegång rörande samma sak⁷⁾. I följd häraf började äfven inom lagstiftningen en utveckling därhän att de stränga konsekvenserna af konsumtionen småningom upphäfdes, samt den definitiva värkan af processen på karendens *actio* alt mer öfverflyttades från *litis contestatio* till *sententia*. *Res iudicata* blef sålunda någonting annat än *res in iudicium deducta*, man begynte taga hänsyn äfven till domens innehåll samt göra det till måttstock för det afdömda anspråket. Genom denna förändring, hvilken

⁵⁾ Om de vilkor, hvarunder konsumtionen *ipso iure* egde rum, se *Keller*, *Litis Contestation*, § 12.

⁶⁾ Jfr *Keller*, a. a. § 11, *Puchta*, *Instit.* II. § 172, *Buchka*, *Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss*, I (1846), 21 ff. Enligt desse förf. skulle nyss nämnda *exceptio*, när saken var genom dom (*sententia*) afgjord, hafva konkurrerat med en *exceptio rei indicatae*, men enligt *Lenel*, *Das edictum perpetuum* (1883), 403 f., fans det icke tvänne särskilda exceptiones, genom hvilka konsumtionen gjordes gällande, utan blott en enda, hvilken begagnades såväl före som efter *sententia* och hette: *exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae*.

⁷⁾ I förra afseendet må nämnas t. ex. att den, som fordrade mer än honom med rätta tillkom, genom konsumtionen af sin *actio* förlorade hela anspråket, och i det senare att bl. a. den, hvilken såsom karendepart segrat i en vindikationsprocess, om han angreps af den förre svaranden, icke kunde skydda sig genom åberopandet af domen, emedan någon *actio* därigenom icke konsumerats för vederparten.

fullbordades först under Justinianus, hade i själfva verket den gamla konsumtionen till hufvudsaklig del öfvergått till begreppet rättskraft sådant detta förekommer i den nyare processrätten ⁸⁾.

Öfvergå vi nu till frågan om rättskraftens väsen, så är denna redan hvad beträffar romerske rätten mycket omtvistad. Medan *Keller* ⁹⁾, och efter hans föredöme måhända de fleste författare tillskrifva rättskraften en dubbel „funktion“ eller värkan, nämligen en positiv och en negativ, har man å en annan sida förnekat än den ena af dessa och än den andra ¹⁰⁾. Och under det dessa värkningar samt deras beroende af *litis contestatio* af en del författare tillskrifvas den bindande kraften af pretorns dekret ¹¹⁾, hafva andre sökt grunden till dem antingen i den nödvändiga begränsningen af såväl domarens pligt att döma som svarandens skyldighet att underkasta sig rättegången i saken till en process för hvarje sak ¹²⁾, eller ock i parternes öfverensstämmande vilja ¹³⁾ eller slutligen däri att *litis contestatio* till sin natur var ett i hypotetisk form gifvet utslag i själfva saken ¹⁴⁾. Att afgöra i hvad mån den ena eller andra af dessa uppfattningar är befogad eller icke kan så mycket mindre här komma i fråga, som detta icke är för vår närvarande uppgift ovilkorligen nödvändigt.

Men äfven om man endast håller sig till den nyare processrätten äro åsigterna om rättskraftens väsen mycket delade. *Savigny*, hvilken först gaf läran om rättskraften en teoretisk uppställning, grundade densamma på en fiktion af

⁸⁾ *Buchka*, a. a. II (1847), 1 ff. 21 ff. *Savigny*, System VI, 268 ff.

⁹⁾ A. a. §§ 28, 29, 30.

¹⁰⁾ Den positiva funktionen har blifvit förnekad af bl. a. *Bekker*, Die processualische Consumtion in d. röm. Recht (1852), 9, och *Rudorff*, Römische Rechtsgeschichte, II, 262, n. 5, den negativa af *Rümelin*, Zur Lehre von der Exceptio rei indicatae (1875), 63 f.

¹¹⁾ *Keller*, Civilprocess, 283, jfr *Litiscontestatio*, 77 ff.

¹²⁾ *Bethmann-Hollweg*, II, 484 f.

¹³⁾ *Rudorff*, a. a. II, 233 f., *Endemann*, a. a. 22 ff.

¹⁴⁾ *Buchka*, a. a. 1—5, *Schultze*, a. a. 272.

sanning, som enligt hans åsigt måste tilläggas hvarje domstolsutslag för att detsamma ej skall kunna angripas eller upphävas¹⁵⁾. Nu är det väl obestriddigt att domaren vid pröfningen af tvistefrågan kan utgå från en oriktig uppfattning af de faktiska förhållandena, och det icke blott därför att han såsom hvarje annan människa är utsatt för möjligheten att misstaga sig, utan ock emedan processmaterialet endast för såvidt får af honom tagas i betraktande och läggas till grund för utslaget, som det af parterne göres gällande. Och då utslaget, äfven om det till följd häraf vore hvad man kallar materiellt oriktigt, det oaktadt länder till efterrättelse, har man trott att detta icke vore möjligt utan att pådika detta utslag en sanning, som det i själfva verket icke eger.

Likväl är denna teori oriktig. För det första förklaras därigenom icke domens bindande kraft eller hvarför den skall utgöra en *oföränderlig* norm för rättsförhållandet mellan parterne, och för det andra utgår sagda lära från en oriktig uppfattning af domens betydelse och uppgift. Denna består ej i fastställandet af sakhållanden, i att gifva till känna hvad som i något visst afseende är sant eller icke sant¹⁶⁾, utan i att reglera ett rättsförhållande, att fastställa rättigheter och förpligtelser och det så att den ej blott säger hvad i ett gifvet fall är rätt, utan äfven, där så erfordras, genom tvång framkallar dess förverkligande. Om fördenskuld domen stöder sig på en oriktig uppfattning af bestående fakta, så innebär detta likväl icke att ett faktum, hvilket ej existerar, därigenom skulle förklaras för existerande eller tvärtom, men väl blifver det rättsförhållande, som striden gäldar, fastställt och det icke fiktivt utan verkligt så att det sedan fortbestår just i den gestalt det genom domen erhöll. Härtill kommer ännu att de konsekvenser,

¹⁵⁾ A. st. 261 ff. 88 (1875).

¹⁶⁾ „Eine Thatsache ist wahr oder nicht wahr und die subjektive Ueberzeugung des Richters kann nie zur Wahrheit machen, was nicht Wahrheit ist. Keine Macht im Himmel und Erde ändert etwas an der Wahrheit der Thatsachen.“ *Wach* 101.

hvertill *Savigny's* lära skulle leda, äro högst betänkliga, i det däraf bl. a. skulle följa att hvarje omständighet, öfver hvilken domstolen på något sätt uttalat sig i en tidigare rättegång, borde betraktas såsom rättskraftigt afgjord, något, som strider mot de första processuella grundprinciper och icke vunnit erkännande i någon processlag.

Också är denna lära, ehuru den intill senaste tid funnit försvarare¹⁷⁾, numera öfvergifven af de fleste processualister. Bland dess motståndare nämna vi särskildt endast *Wetzell* och *Unger*, hvilkas åsigtter haft det vidsträktaste inflytandet, äfvensom *Bülow*. Enligt de först nämde har rättskraften sin förnuftiga grund dels i statens intresse att bevara domstolarne för öfverflödiga rättegångar, dels i svarendens befogade anspråk att icke mer än en gång behöfva underkasta sig rättegång för samma sak, enligt *Bülow* åter grundar den sig därpå att i följd af civilprocessens egenomliga inrättning rättstridens utgång till väsentlig del beror af parterne själfve, deras ansträngningar och vaksamhet, hvadan förlusten af en sak, som är materielt rättvis, oftast härrör af partens egen försumlighet¹⁸⁾.

Bägge dessa förklaringar, — och detta gäller äfven om flere andra dylika, — äro så till vida riktiga att de ådagalägga nyttan och billigheten af rättskraften äfven för de fall, då utslaget varit materielt oriktigt. Men rättskraftens nödvändighet, den inre grunden därtill varder härigenom icke förklarad. Denna hafva vi att söka i civilprocessens ändamål, hvilket är att åstadkomma och vid makt hålla rättssäkerheten, d. v. s. visshet om och skydd för bestående rättsförhållanden¹⁹⁾. Det är nämligen klart att om riktigheten af gifna domar finge när som helst underkastas ny

¹⁷⁾ T. ex. *Freudenstein*, a. a. isyn. 29 f., 38 ff. o. s. v.

¹⁸⁾ *Wetzell*, 574 f., *Unger*, System des österr. Privatrechts, II, § 132, isyn. 618 n. 8. *Bulow*, Fiktionen, 75 ff., isyn. 92 f. Till den sist nämde ansluter sig *Klöppel*, Die Einrede der Rechtskraft nach der d. C. P. O. (1882), 63 ff., 86 f. Den af dem framhållna omständigheten få vi längre fram i fråga om processinvändningarnas värkan tillfälle att ytterligare beröra.

¹⁹⁾ En dylik åsigt uttalas äfven af *Wach*, 101 ff.

pröfning vid domstol, följden häraf blefve en fullkomlig osäkerhet i alla rättsliga förhållanden, hvarigenom det nyss nämnda ändamålet skulle helt och hållet förfelas samt hela nyttan af rättegångar öfver hufvud upphävas. För att processen skall kunna fylla sin uppgift måste det därför gifvas en gräns för processandet, hvilken parterne icke få öfverskrida, en punkt, vid hvilken rättsordningen fastställer det vunna resultatet såsom definitivt och oföränderligen gällande för alla dem, som det angår. Detta gör den genom rättskraften och häruti ligger just den nödvändiga grunden till detta institut. Det innebär, såsom sagdt, att en sak, som en gång blifvit afgjord genom en dom, som vunnit laga kraft, icke får göras till föremål för en ny pröfning vid domstol.

Att med denna inrättning af processen det materielt orätta stundom kan gå segrande ur striden är förut antydt liksom ock några omständigheter blifvit nämnda, genom hvilka detta förhållande kan förklaras och rättfärdigas. I sådant afseende må ytterligare följande här tilläggas. Huru man än vill anordna processen kan möjligheten af materielt oriktiga utslag aldrig fullständigt upphävas, och det gäller därför blott att finna det system, som erbjuder de största garantier mot denna möjlighet. Också hafva lagstiftarene i alla tider och med många slags medel sökt förebygga densamma. Detta är syftemålet med de flesta stadganden om domstolsorganisationen och förfarandet, fördenskuld har man nästan öfverallt infört en instansordning och därför är det slutligen som parterne fått rättighet att i betydlig mån medvärka till rättsstridens lösning. Om det oaktadt någon gång en rättvis sak förloras i processen och en orätt vinnnes, så betyder detta föga i jämförelse med de omätliga fördelar, som ett säkert rättstillstånd erbjuder och hvilka äro så stora att äfven för den tappande parten förlusten af hans process väger vida mindre än den ovisshet med afseende å rättigheter och förpligtelser, hvori han skulle sväfva om rättskraften icke funnes.

Efter hvad ofvan anförts rörande rättskraftens grund och väsen, kan det, om man betraktar saken från teoretisk

synpunkt, icke vara svårt att afgöra huruvida invändningen om rättskraften bör hänföras till processinvändningarna eller till sådana, som röra själfva saken. Det är nämligen klart att grunden till detta institut icke är privaträttslig utan processuel, enär intressen af offentligt-rättslig art fordra att en och samma sak icke skall kunna mer än en gång underkastas domstolens afgörande. Om fördenskuld svaranden visar att käromålet förut blifvit förkastadt genom utslag, som fått vinna laga kraft, så följer häraf icke att domstolen skall ånyo förkasta samma anspråk, utan att den skall vägra att upptaga detsamma till pröfning. Har åter det första utslaget utfallit emot svaranden, kan han äfven i detta fall fordra käromålets afvisande emedan han ej behöfver svara flere gånger i samma sak. I hvartera fallet är således invändningen om rättskraften en processinvändning. Den hänför sig aldrig till grunden för det materiella anspråket, utan alltid till processförutsättningarna ²⁰⁾.

Men fastän denna uppfattning konsekvent följer ur rättskraftens natur, har likväl den motsatta gjort sig gällande ej blott hos de fleste författare i ämnet, utan ock inom lagstiftningen i åtskilliga land. Detta förhållande, som kan synas nog egendomligt, låter dock förklara sig genom inflytandet af den romerska processen, där, såsom bekant, *exceptio rei iudicatae* hörde till *exceptiones peremptoriae*, samt kan på grund häraf icke tillmätas någon synnerlig betydelse. Också framträder den riktiga uppfattningen, om än omedvetet, till och med i sådana processsystem, som helt och hållet stå på romersk grund, såsom t. ex. den kanoniske rättsens och „gemeine Recht's," hvilka tillägga invändningen om

²⁰⁾ Vi bortse härvid från *repliken* om rättskraften. Det kan nämligen inträffa att käranden grundar sitt anspråk på ett rättsförhållande, som blifvit genom laga kraft vunnit dom fastställt. Om då svaranden bestrider detta rättsförhållande och käranden *replicando* återoppar rättskraften, så utgör detta ej blott ett afböjande af hvarje ny förhandling om i fråga varande rättsförhållande, utan tillika ett försvarsmedel, som berör grunden för det materiella anspråket. Dock är det klart att denna omständighet icke invärkar på vårt påstående att *invändningen* om rättskraften hänför sig till processförutsättningarna.

rättskraften processhindrande egenskap och sålunda behandla densamma såsom en verklig processinvändning²¹⁾. Häruti visar sig måhända inflytelsen af den germaniska processen, i hvilken denna invändning så till vida hade en processuel karaktär att den befriade svaranden från pligten att ingå i svaromål²²⁾. Emellertid har C. P. O. uteslutit invändningen om rättskraften från antalet af sina processhindrande invändningar samt därmed visat att dess stiftare uppfattat densamma såsom en sakinvändning. Ännu hjärtare framträder en dylik uppfattning i sådana lagstiftningar, hvilka, såsom t. ex. den franska och den österrikiska, icke upptagit bestämningarna om rättskraften i processlagen utan bland privaträttsliga stadganden i den civila lagboken²³⁾.

Å andra sidan förtjänar det likväl anmärkas att äfven de lagstiftningar, hvilka behandla invändningen om rättskraften såsom en sakinvändning, det oaktadt, såsom snart skall visas, till processinvändningarna hänföra invändningen om sakens anhängighet vid annan domstol. Ty då denna har samma omfång och enahanda grund som rättskraften, samt bägge dessa invändningar i allmänhet äro till sin beskaffenhet så lika hvarandra, att de kunnat af romerske rätten betraktas såsom en enda, utgör jämväl denna omständighet ett starkt stöd for vår åsigt om rättskraftens processuella natur.

Och skulle denna åsigt än hvad främmande lagstiftningar beträffar vara underkastad tvifvel, så är den det icke enligt vår rätt. Visserligen kan man af de yttranden om rättskraften, som förekomma i våra äldre lagar, icke med visshet sluta om ett käromål, som förut en gång blifvit afdömdt, blef, då det ånyo gjordes anhängigt, förkastadt eller

²¹⁾ Att det äfven i den efterklassiska och reciperade romerska processen vid *exceptio rei iudicatae* endast kom an på att saken förut varit föremål för pröfning, men icke *huru* den blifvit afgjord, betonas af flere författare, såsom *Wetzell*, 574, *Klöppel*, a. a. 59.

²²⁾ *Planck*, *Gerichtsverfahren*, I, 320 ff., 410 ff.

²³⁾ Jfr C. civil, art. 1351 och Österrikes borgerliga lagbok (af år 1811) § 12. På samma ståndpunkt som C. P. O. står äfven Ö. F.

afvisadt²⁴). Men i stället lämnar vår nu gällande processrätt genom sina stadganden i ämnet fullt tillräckliga stöd för den åsigten att invändningen om rättskraften enligt sagde rätt hänför sig till processförutsättningarna. De bestämningar, som af oss åsyftas, äro den i R. B. 25: 21, som bland fel i rättegången uppräknar den omständigheten, *at then dom är ändrad, som vunnit laga kraft*, samt R. B. 28: 1, som vid äfventyr af böter förbjuder att *ånyo draga then sak för Rätta, ther i dom eller utslag förr är, som vunnit laga kraft*. Det sist nämnda stadgandet utgör nämligen ett otvetydigt uttryck för den uppfattning af invändningen om rättskraften, som vi sökt gällande, och tillika förklaras därigenom det anförda stället i R. B. 25: 21, hvilket, om man betraktar detsamma ensamt för sig, tyckes gifva vid handen att lagen endast förbjöde domaren att fälla en sådan dom, som strider mot innehållet i en annan, men, om det jämföres med R. B. 28: 1, tydligen innebär ett förbud att öfver hufvud pröfva alla sådana mål, som förut äro rättskraftigt afgjorda²⁵). Bägge dessa lagrum hafva således enahanda omfång, och skilnaden mellan dem består endast däri att det ena vänder sig till domaren, det andra till parterne. Därigenom att lagen ålägger domaren att ex officio tillse det en förut afgjord sak icke må ånyo blifva föremål för pröfning, gifver den ytterligare alldeles bestämdt till känna att denna omständighet från dess ståndpunkt utgör en processförutsättning, ty att domaren skulle vara pliktig eller ens berättigad att själfmant undersöka en förutsättning för det materiella anspråket skulle så helt och hållet strida mot regeln om partens dispositionsrätt öfver processmaterialet att ett sådant antagande helt enkelt är omöjligt. Att denna

²⁴) Sannolikt gjorde man sig icke närmare reda för denna skilnad. Jfr Ögl. ESb. 17, LL. Jb. 10 § 1, hvilka lagrum bägge innebära en utsträckning af rättskraften utöfver de ursprunglige parterne.

²⁵) På samma sätt tolkas dessa stadganden äfven af *Husberg*, Om Domens materiella rättskraft (1882), 66, hvilken likväl söker institutets grund ej i det offentliga intresset, utan i ett enskildt, nämligen partens.

processförutsättning sålunda i vår rätt är en absolut förutsättning är för öfrigt fullkomligt öfverensstämmande med den offentligt-rättsliga karaktären af detta institut och beskaffenheten af de intressen, som därmed skola tillgodoses ²⁶⁾).

För att kunna bestämma i hvilka fall invändningen om rättskraften eger rum, är det nödvändigt att veta huru långt denna rättskraft sträcker sig, d. ä. i hvad mån eller till huru stor del det af parterne framställda processmaterialet däraf omfattas. Också har frågan om rättskraftens omfång isynnerhet efter *Savigny's* grundliga forskningar i ämnet varit ett så omtykt föremål för undersökningar och vetenskapliga strider, att däraf redan uppstått en literatur af icke obetydligt omfång. Då vi här endast haft att undersöka om denna invändning hänför sig till processförutsättningarna eller icke, samt hvad därmed i allmänhet bör förstås, men ej att bestämma vilkoren för dess framträdande i enskilda fall, kunna vi ej närmare ingå på denna fråga, liksom icke häller på den därmed nära sammanhängande om huru identiteten af den afdömda saken och den, som blifvit gjord till föremål för pröfning, skall utrönas eller, med andra ord, hvad i detta sammanhang bör förstås med uttrycket samma sak eller anspråk (*eadem res*). Endast för att ytterligare belysa hvad ofvan yttrats i själfva hufvudfrågan, skola vi i korthet och utan närmare motivering antyda vår åsigt om rättskraftens omfång.

Denna ansluter sig närmast till *Klöppel*. Enligt honom (a. a. 88 ff.) tillkommer rättskraften icke själfva det anspråk, som käranden i och genom rättegången gör gällande utan det rättsförhållande, som ligger till grund för sagda anspråk och hvars existens utgör en förutsättning för anspråkets befogenhet. Detta rättsförhållande är det nu, som utgör föremål för både rättegången och domen. Har domstolen engång uttalat sig öfver detsamma, får det icke

²⁶⁾ I den utländske processrätten, där invändningen om rättskraften i allmänhet betraktas såsom en sakinvändning, kan det naturligtvis ej blifva fråga om att den skulle beaktas af domaren *ex officio*.

underkastas någon ny pröfning. Men å andra sidan sträcker sig rättskraften icke håller längre än till detta rättsförhållande och omfattar således icke faktiska förhållanden och prejudiciella omständigheter. Genom denna uppfattning skulle man erhålla ett naturligt svar på de omtvistade frågorna, huruvida domskälen vinna rättskraft samt när rättskraften sträcker sig endast till parterne och i hvilka fall den måste tilläggas en vidsträktare värkan.

Förstår man med anspråk endast det nakna omotiverade yrkandet af kändanden, så är också emot sagda åsigt intet att anmärka. Men om man tager detta uttryck i betydelsen af det fullständigt individualiserade anspråket, kan man mycket väl säga att rättskraften hänför sig till detta, ty till anspråkets individualisering hör ovilkorligen ett angifvande af det rättsförhållande, hvarpå det grundar sig.

Emedan såväl den kanoniska som den tyska processrätten (*gemeine Recht*), jämte *exceptio rei iudicatae* och i omedelbart sammanhang därmed, äfven anföra en *exceptio rei transactae* såsom processhinderande invändning²⁷⁾, torde det vara lämpligt att här besvara frågan huruvida enligt vår rätt den omständigheten, att parterne ingått förlikning rörande tvistefrågan eller det instämnda anspråket, gifver upphof åt en processinvändning. Härvid måste man skilja mellan tvänne fall. Har förlikningen skett inför domstolen eller eljes blifvit af denne stadfäst, kan det inträffa att denna stadfästelse är till sin karaktär en verklig dom, som endast

²⁷⁾ Denna invändning har för sin uppkomst att tacka vissa ställen i den justinianska *Corpus iuris* (L. 23 § 3 D. de cond. ind. XII, 6, l. 10, l. 16 C. de transact. II, 4), enligt hvilka den, som före *litis contestatio* hade ingått förlikning med sin vederpart, kunde åberopa denna och härigenom förekomma att *lis* contesterades. På liknande grunder (L. 1 § 12 D. ad S. C. Tert. XXXVIII, 17, l. 229, 230 D. d. V. S., L. 16) skapade den kanoniska rätten jämväl en *exceptio rei finitae*, om hvars betydelse man likväl aldrig varit ense. Se *Wetzell*, 961, och de där, n. 76, anförda författare. För den nyare processrätten äro sådana processinvändningar icke bekanta.

hämtar sitt innehåll från den skedda förlikningen²⁸⁾. I sådant fall kan parten väl genom en processinvändning afböja hvarje ny rättegång rörande denna sak, men då stöder han sig ej på förlikningen utan på den af domstolen gifna stadfästelsen däraf och framställer således i själva verket en invändning om rättskraften. Om åter förlikningen icke blifvit på detta sätt stadfäst, är den visserligen äfven, under förutsättning att den uppfyller villkoren för ett rättsgiltigt aftal, bindande för parterne och kan, om saken framdeles varder föremål för rättegång, åberopas emot den part, som åsidosätter densamma. Men härvid är det ej blott det faktum att förlikning skett, som måste tagas i betraktande, utan äfven innehållet af förlikningen, och huruvida parten värligen följt densamma eller brutit däremot. Att saken förut blifvit af parterne förlikt är fördenskuld icke en processuel omständighet, som skulle medföra käromålets afvisande, utan en privaträttslig, hvilken endast invärkar på dess bedömande. Har förlikning ingåtts, eger domaren lägga dess innehåll till grund för sin pröfning af saken, men icke afhålla sig från en sådan pröfning. I intetdera fallet utgör således åberopandet af förlikningen en särskild processinvändning.

§ 17. Vi hafva redan påpekat det nära samband, i hvilket invändningen om rättskraften står till invändningen att saken är anhängig vid annan domstol eller *invändningen om sakens anhängighet*, såsom vi vilja benämna densamma.

Starkast framträdde detta samband i romerske rätten, där, såsom vi likaledes sågo¹⁾, bägge dessa invändningar ursprungligen utgjorde en enda. Sedan den stränga konsumtionsprincipen småningom gått under, blef likväl *exceptio rei iudicatae* en egen invändning och *exceptio rei in iudicium*

²⁸⁾ R. B. 20: 1, 2. Att låta förlikningen i „Rättens dombok skrivas“ är icke detsamma som att låta den af domstolen „gillas“ eller „stadfästas.“

¹⁾ Se ofvan s. 99.

deductae eller, såsom den senare kallades, *exceptio litis pendentis* inskränktes till tiden mellan *litis contestatio* och utslaget. Härmed fick den äfven en väsentligen förändrad betydelse. Grunden därtill var icke mer att samma anspråk endast en gång kunde göras till föremål för behandlingen i iudicium, utan den att anspråket icke borde samtidigt behandlas vid flere domstolar än en.

I denna gestalt upptogs *exceptio litis pendentis* af medeltidens kanoniske och romaniske processrätt, där den på grund af sin dilatoriska natur hänfördes till processinvändningarna. Såsom sådan förekommer den ock i „gemeine Recht,“ och ehuru densamma icke uttryckligen nämnes bland de forideklinatoriska invändningarna i J. R. A., har den dock såväl af doktrinen som af partikularlagstiftningen i Tyskland tillerkänts processhinderande karaktär²⁾, hvilken den ock fått behålla i den nya riksprocessen³⁾. Likaledes framträder dess processuella natur i den franske rätten, där den hör till de s. k. „renvois,“ hvilka åtnjuta förmånen af särskildt förfarande⁴⁾.

I vår rätt omtalas visserligen icke sakens anhängighet såsom hinder för giltigheten af en ny rättegång tidigare än i gamla sjölagen⁵⁾, dock är det troligt att denna invändning redan förut varit känd vid våra domstolar. Att 1734 års lagstiftare betraktat densamma såsom en processinvändning framgår däraf att R. B. 25: 21, bland fel i rättegången anför den omständigheten att rätten dömt *tå saken varit instämmd till annan domstol*.

²⁾ Jfr t. ex. *Danz*, Grundsätze, 282, *Renand*, 170, 215, Österr. A. G. O. § 40, Preuss. A. G. O. I, 5 § 4 N:o 2 samt förordn. d. 21 Juli 1846 § 5 (*Koch*, § 175), P. O. för Württemberg, art. 344.

³⁾ C. P. O. § 247 N:o 3. Lika Ö. F. § 286, N:o 3.

⁴⁾ C. pr. art. 171, 172. En dylik förmån åtnjuter denna invändning jämväl enligt ryska processlagen, § 571 N:o 2, jfr § 585.

⁵⁾ Skmlb. 5 § 1, där det talas om stämning af främmande man, som afvikit orten, men lämnat gods kvar, hvarefter det heter: „Thet är lagliga stämmd, så framt samma Måhl icke är tillförende anhängigt gjort i annor Rätt.“

Genom denna invändning söker svaranden afböja den mot honom väkta rättegången på grund däraf att samma sak redan är förut anhängig. Hvad innebär nu detta eller, med andra ord, hvad förstås med sakens anhängighet⁶⁾?

Enligt ordalydelsen i det nyss anförda stadgandet skulle i fråga varande invändning ega rum så snart saken är instämd till annan domstol. Om vi bortse från uttrycket „annan,“ hvilket, såsom nedan skall visas, är oväsentligt, betecknar således anhängigheten det tillstånd, hvori en sak, d. v. s. ett anspråk eller rättsförhållande, befinner sig sedan i anledning däraf stämning skett till vederbörlig domstol. Den skulle, med andra ord, innebära att saken är dragen till domstol, gjord till föremål för dess behandling. I själfva verket innehåller också denna förklaring de väsentliga momenten af sagda begrepp. Vi skola nu i korthet angifva hvilka dessa moment äro och således äfven hvad som i allmänhet erfordras för att invändningen om sakens anhängighet skall ega rum.

I sådant afseende uppställa vi främst den negativa bestämningen att anhängigheten icke, såsom tyske författare stundom antaga, är ett rättsförhållande⁷⁾. Den hänför sig öfver hufvud ej till personerna i rättegången och betecknar förty icke något förhållande mellan dem, utan har endast afseende på saken eller det materiella rättsförhållandet. Hvad nu beträffar denna sak, så gäller härom samma regel som vid invändningen om rättskraften, nämligen att den anhängiga saken måste vara identisk med den sak, för hvilken invändningen om dess anhängighet göres⁸⁾. Och måttstoc-

⁶⁾ Då uttrycket anhängig, ehuru icke upptaget i 1734 års lag, likväl förekommer i lagstil (se näst föreg. not) samt dessutom vunnit burkap i såväl domstolsspråket som den vetenskapliga literaturen, använda vi utan tvekan äfven substantivet anhängighet.

⁷⁾ Se t. ex. *Struckmann-Koch*, § 235 anm. 1), och emot honom *Schwalbach*, *Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft* (i C. A. LXIV, 256 ff.), 267 ff.

⁸⁾ Så ock enligt „gemeine Recht“ (*Wetzell*, 126 n. 48), samt C. P. O. § 235 (*Seuffert*, 289). Men enligt C. pr. art. 171 eger denna invändning eller „renvoi“ rum ej blott för „une demande pour le même objet“

ken för identiteten är jämväl här densamma som i fråga om rättskraften, så att en sak, som i händelse den är afgjord gifver upphof åt invändningen om rättskraften, likaledes, om den är anhängig, utgör grund för denna invändning.

Att så är, att anhängigheten har samma omfång som rättskraften, beror ytterst därpå att grunden till bägge dessa processinvändningar är gemensam. Emedån en samtidig behandlig af en och samma sak vid tvänne särskilda domstolar lätt kunde hafva den påföljd att tvänne olika utslag däri komme att fällas, hvarigenom processens ändamål, som är att skapa rättssäkerhet, alldeles skulle förfelas, fordrar hänsynen till detta ändamål att en sak, som redan är anhängig vid domstol, icke får ånyo instämmas och sålunda göras till föremål för en annan rättegång. Äfven här är det således processens ändamål, som utgör grunden till stadgandena om invändningen.

Häraf kunna jämväl andra slutsatser dragas med afseende å denna invändnings karaktär och vilkoren för densamma. Först och främst är det klart, då grunden till invändningen är sådan, att den måste vara af absolut natur. Visserligen behandlas den af de flesta utländska processlagar såsom en dispositiv invändning⁹⁾, men detta förhållande beror uppenbarligen på inflytelsen af den gamla exceptionsläran, hvars oriktighet vi förut lärt känna. I vår rätt är den riktiga uppfattningen tydligt uttryckt genom invändningens upptagande i R. B. 25: 21.

Likaledes följer häraf, enär möjligheten af olika utslag eger rum jämväl då saken ånyo instämmas till samma domstol, där den redan är anhängig, att i fråga varande invänd-

utan ock „si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal,“ och en liknande bestämning förekommer äfven för Ryssland, § 571 N:o 2.

⁹⁾ Detta gäller ej blott „gemeine Recht“ (se t. ex. *Planck*, *Mehrheit* 287 f.) samt Österr. A. G. O. (*Heyssler*, 147) och andra partikularlagstiftningar, utan äfven C. P. O. § 235, (*Seuffert*, 289, *Osterloh*, 77), samt Ryssland, § 584. I franske rätten är frågan omtvistad; jfr *Boitard*, N:o 359.

ning äfven i detta fall kommer till användning. Då lagen begagnar uttrycket „annan domstol,“ innebär detta således icke att denna invändning vore utesluten när saken är anhängig vid samma domstol, utan lagstiftaren har här, såsom på flere ställen, med förbigående af det mindre vanliga fallet, endast tagit hänsyn till det allmännare.

För att invändningen om sakens anhängighet skall ega rum måste vidare den anhängiga saken vara tidigare instämd än den andra. Att den domstol, till hvilken den blifvit instämd, skall vara dess rätta forum, är icke nödvändigt, liksom öfver hufvud ej att förutsättningarna för rättegångens giltighet skola vara för handen, ty dels uppställer lagen för denna invändning ingen annan fordran än att stämning förut skett, dels kunna såväl behörigheten som öfriga förutsättningar prövas endast af den domstol, inför hvilken deras förhandenvara blifvit satt i fråga, och således icke af den, som har att behandla invändningen om sakens anhängighet ¹⁰⁾.

Enligt det föregående tager anhängigheten sin början med stämningen d. v. s. med dennas meddelande åt svaranden ¹¹⁾. Å andra sidan upphör en sak att vara anhängig, om domstolen förklarar sig icke kunna pröva densamma

¹⁰⁾ Jfr *Schwalbach*, a. a. 281 f. Då enligt R. B. 10: 13, i händelse svarandens forum förändrats sedan han begynt i saken svara, denna sak icke dess mindre skall slutföras vid samma domstol, såvida den från början varit behörig, så följer häraf visserligen att, om förändringen beträffande forum skett innan svaranden börjat sitt gemäle, domstolen är både berättigad och förpligtad att afvisa käromålet, liksom äfven käranden då kan återtaga detsamma och göra det anhängigt vid den domstol, som numera är den rätta. Men detta innebär icke att anhängigheten skulle upphöra redan därigenom att behörigheten upphör, utan detta sker först genom käromålets återtagande eller afvisning, och svaranden kan således, om käranden dessförinnan gör sitt anspråk gällande vid den andre domstolen, begagna invändningen om sakens anhängighet.

¹¹⁾ På samma sätt enligt C. P. O. § 235. I romerska processen började anhängigheten först med *litis contestatio*, och denna ståndpunkt vill man merendels göra gällande äfven för den reciperade rätten; jfr *Wetzell*, 126 ff., 134 f., *Renaud*, 164 ff., *Endemann*, 403 f., 636.

eller om kändan återtager käromålet. Men har detta icke skett, uppstår frågan huruvida anhängigheten upphör redan genom domens fällande eller först därigenom att den vinner laga kraft. Med afseende därpå att enligt vår rätt invändningen om rättskraften uppstår först vid sist nämnda moment, och då det ej kan vara lagens mening att under tiden mellan utslagets fällande och rättskraftens inträde ingendera af dessa invändningar skulle ega rum, måste frågan besvaras enligt det senare alternativet ¹²⁾.

Såsom redan antydts, omtala tyske författare, isynnerhet de äldre, bland sina processinvändningar äfven en *exceptio praeventionis*. Denna berodde på den föreställningen att, då flere olika domstolar voro kompetente med afseende å en och samma sak, den domstol, som till först upptog saken till behandling, därigenom förvärfvade sig uteslutande behörighet för denna sak. Om därför kändan, oakadt målet redan upptagits vid en af de i och för sig behörige domstolarne, stämde in svaranden till en annan, var denne i följd af preventionsgrundsatsen icke mer kompetent att handlägga saken. *Exceptio praeventionis* var således en art *exceptio fori* ¹³⁾. Emellertid har denna invändning, sedan isynnerhet *Planck* ¹⁴⁾ visat oriktigheten af den uppfattning, som låg till grund för densamma, nästan helt och hållet försvunnit ur vetenskapen. Också är den fullkomligt öfverflödig, emedan i de fall, där den skulle komma till användning, invändningen om sakens anhängighet eger rum.

D. Processinvändningar, som afse käromålets väckande och utförande.

§ 18. De brister, hvilka ligga till grund för dessa invändningar, hänföra sig icke till själfva anspråket, utan till formen för dess fullföljande i rättegången, således till hand-

¹²⁾ Så ock enligt tysk processrätt; jfr *Schwalbach*, a. a. 282 f.

¹³⁾ Jfr t. ex. *Schmid*, Handbuch, I § 57. Samma uppfattning återfinnes äfven hos svenske jurister; se *Schrevelius*, 199.

¹⁴⁾ Mehrheit, 296 ff.

lingar af kärandeparten, samt kunna förty icke göras gällande af denne, utan blott af svaranden och, när de äro af absolut natur, af domstolen.

Den första handling i rättegången, den, hvarmed denne inledes af käranden, är *stämningen*, och till den hänför sig därför ock den första invändning, som här kommer i betraktande. Att närmare utreda stämningens begrepp eller däraf gifva en fullständig definition är för vårt närvarande ändamål icke nödvändigt. Likväl bör det anmärkas att till följd af sakens natur här endast kan vara fråga om stämningen i betydelsen af den handling eller de handlingar, hvarigenom svaranden kallas att inställa sig vid domstolen för att svara i målet, och hvarigenom således rättegången börjas ¹⁾.

Stämningen bör ske i öfverensstämmelse med vissa af lag meddelade föreskrifter, hvilka likväl icke kunna här uppräknas ²⁾. Sker den annorlunda, är den ogiltig och svaranden kan i sådant fall fordra käromålets afvisande utan pröfning. Den processinvändning, som härvid kommer till användning, är *invändningen om stämningen*, med hvilket namn vi sammanfatta alla de processinvändningar, hvilka grunda sig på brister med afseende å stämningen. Naturligtvis kunna dessa invändningar med hänsyn till den brist, som genom dem göres gällande, vara af flere olika slag. Vi nämna blott såsom de viktigaste det fall att svaranden icke ågått någon stämning alls, att han endast blifvit muntligen stämd i mål, för hvilka skriftlig stämning är af lag påbuden, att stämningen icke meddelats svaranden inom den af lag bestämda tiden, att den varit till sitt innehåll ofullständig o. s. v.

¹⁾ Förutom i denna betydelse begagnas uttrycken stämma och stämning äfven för att beteckna parters inkallande för rätta i annat ändamål (t. ex. för att afhöra dom, R. B. 24: 5) och vitnens inmanande (R. B. 17: 3), altså öfver hufvud för personers inkallande till domstolen. För öfrigt utmärker man med ordet stämning äfven själfva stämningsskriften, t. ex. R. B. 11: 1, 7.

²⁾ De uppräknas af lagen i R. B. kap. 11.

Att invändningen om stämningen varit känd redan af landskapslagarne kan man sluta af de delvis ganska utförliga bestämmelser, som dessa lagar innehålla angående stämningen och den vigt de synas fästa därvid att svaranden blifvit lagligen stämd³⁾. Det bör nämligen märkas att i fråga varande invändning icke håller på annat sätt omtalas af vår nu gällande lag.

Emedan föreskrifterna om stämningen äro gifna helt och hållet i svarandens intresse, höra de principiellt till den dispositiva processrätten. Om svaranden utan att vara stämd eller, hvad som är detsamma, utan att vara så stämd som lag stadgar, inställer sig för rätta och deltagar i processen, finnes från statens synpunkt och med hänsyn till rättsvårdens behöriga upprätthållande ingen anledning att betrakta denne rättegång såsom ogiltig. Endast på svaranden själf bör det ankomma om han vill låta en sålunda påbegynt rättegång gälla emot sig eller icke. I vissa utländska processlagar är därför också den dispositiva karaktären af i fråga varande föreskrifter uttryckligt uttalad⁴⁾, och äfven där ett dylikt uttalande icke förekommer är likväl regeln densamma⁵⁾. Att denna regel gäller jämväl för vår processrätt kan icke vara tvifvelaktigt. Ty oafsedt att lagtexten icke strider här emot är en sådan uppfattning allmänt rådande i praxis samt likaledes erkänd af svenske processualister⁶⁾.

Den satsen att invändningen om stämningen enligt vår rätt är af dispositiv natur, fordrar likväl i ett afseende en närmare förklaring.

³⁾ Se isyn. Ögl. Rb. 21. Om lagstämd, lagstämma och „laghlikæ stæmpær“ talas t. ex. i Ögl. Rb. 3: 1, Sl. add. 10, Ul. add. 18, Vml. I. Edsb. 6 § 3. I landslagen förekomma stadgandena om stämning hufvudsakligen i Tgb. 40.

⁴⁾ Så är fallet med C. pr. art. 173, jfr *Boitard*, N:o 364, samt med Christian V:s danske Lov, 1—4—1, och densammes norske Lov, 1—4—1; jfr *Bang og Larsen*, I, 29 ff., *Nellemann*, 21 ff., *Schweigaard*, I, 187.

⁵⁾ Se t. ex. med afseende å C. P. O. *Seuffert*, 346, jfr 193, 226 N:o 3.

⁶⁾ *Schrevelius*, 247 f., *Bromée*, 132, *Afzelius*, 16 f. Såsom ett positivt stöd för densamma kunde för öfrigt åberopas R. B. 18: 2.

Enligt i fråga varande bestämning skulle domstolen ej vara berättigad att själfmant beakta denna invändning eller undersöka om lagens föreskrifter med afseende å stämningen blifvit följda. Så är ock fallet när svaranden oaktadt bristen uppträder för rätta, men är han frånvarande eger ett undantag från denna grundsats rum. Detta beror därpå att den förpligtelse att inställa sig vid domstolens sammanträde, som på grund af en laglig stämning åligger svaranden, icke inträder i händelse stämningen varit olaglig, och att följaktligen domstolen, om svaranden uteblifvit, måste undersöka och pröfva stämningens laglighet för att kunna afgöra om han uraktlåtit nyss nämnda förpligtelse och därigenom gjord sig förfallen till det straff lagen härför utsätter. Dock är det klart att denna pröfning icke innebär någon inskränkning af svarandens rätt att disponera öfver förutsättningarna för stämningens laglighet, ty genom att icke infinna sig vid sammanträdet har han i själfva verket gifvit till känna att han ej vill godkänna den bristfälliga stämningen. Den domstolen i detta fall tillerkända rätt till initiativ beror således på det egendomliga förhållande att svaranden här, i motsats till hvad regeln är vid andra processförutsättningar, själf eger preliminärt pröfva om förutsättningen är för handen eller icke samt i den senare händelsen får betrakta den inledda rättegången såsom ogiltig.

Däremot skulle en verklig inskränkning i svarandens dispositionsrätt ega rum, om såsom en mycket utbredd åsigt antager, domstolen i de fall, då skriftlig stämning är af lag föreskrifven, egde ex officio tillse att den blifvit af käranden uttagen¹⁾, men denna åsigt är icke hållbar. Visserligen har den ett skenbart stöd i själfva lagen. Ty då enligt en allmän processuel regel käromålet icke får under rättegången ändras, samt denna regel, såsom framdeles skall visas, i vår rätt har en absolut karaktär, kunde det synas såsom vore stämningens skriftliga affattande äfven af det

¹⁾ Se *Afzelius*, 17. Denna åsigt har äfven hos oss vunnit integ i praxis ehuru icke allmänt.

skäl påbjuden af lagen att domstolen därigenom lättare skall kunna konstatera om en sådan ändring möjligen blifvit af käranden företagen eller ej, hvilket med andra ord innebure, att stadgandet hade sin grund ej blott i svarandens intresse, utan äfven i ett allmänt sådant. Men om denna slutledning äfven vore bindande för Sverige, där skriftlig stämning numera erfordras för alla mål⁸⁾, så är den det icke hos oss, enär det i sådant fall vore oförklarligt huru lagen kan i en del mål tillåta mundtlig stämning ehuru förbudet mot käromålets ändrande gäller lika för alla mål. Äfven denna föreskrift är därför gifven uteslutande i svarandens intresse och således af dispositiv natur.

Med afseende å denna egenskap hos invändningen om stämningen må slutligen ännu en anmärkning här finna plats. Af den omständigheten att denna invändning är dispositiv får man icke draga den slutsats, att parterne skulle kunna genom ett föregående privaträttsligt aftal för ett visst eller vissa fall upphäfva stämningens nödvändighet. En sådan åsigt, hvilken likväl icke torde vara så alldeles sällsynt⁹⁾, beror på en fullkomlig missuppfattning af den dispositive processrätten. Denne innebär, för att hålla oss till förevarande fall, endast det att bristen på laglig stämning, i händelse svaranden under rättegången och inom behörig tid ej anmärker om denna brist, icke utgör något hinder för rättegångens giltighet, men den innebär ej att svaranden skulle kunna på förhand afsäga sig rättigheten att göra en sådan anmärkning. Och gör han anmärkningen, inträda lagens stadganden om stämningen ovilkorligen samt utan afseende därpå om aftal i motsatt syfte ingåtts af parterne, ty „*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*“¹⁰⁾. Endast på det sätt och inom de gränser lag utsatt kunna

⁸⁾ På grund af kungörelsen d. 7 Januari 1830, som upphäfde R. B. 11: 2.

⁹⁾ Se t. ex. de ofvan n. 4 anförde danske och norske författare.

¹⁰⁾ L. 38 D. de pactis, II, 14. Om ogiltigheten af privata på förändringar i processlagens innehåll syftande aftal se *Bülow*, Dispositives Civilprocessrecht, 62—71.

parterne själve bestämma rättsatsernas innehåll, men för öfrigt herskar lagen oinskränkt.

§ 19. Enligt „gemeine Recht“ kunde svaranden, i händelse käromålet var otillräckligt substantieradt eller ock behäftadt med andra brister i afseende å yttre gestalt eller affattning, yrka på dess afvisande utan pröfning genom en *exceptio libelli inepti vel obscuri*. Denna invändning, hvars användande gynnades af den rent skriftliga procedyren i förening med en till sina yttersta konsekvenser drifven tillämpning af förhandlingsmaximen, blef till följd häraf mycket vanlig, och då den af tredskande svarandeparter häjd-löst missbrukades till att på grund af allehanda och ofta de mest obetydliga formfel afbryta och fördröja rättegången, blef den snart ett af de svåraste hinder för hvarje äfven den rättmätigaste process¹⁾. Till följd häraf har den äfven kommit i sådant vanrykte, att den ej blott af C. P. O:s lagstiftare uteslutits från antalet af „processhindernde Einreden,“ utan ock inom vetenskapen blifvit till den grad misskänd att till och med dess egenskap af processinvändning numera förnekas af flertalet författare²⁾.

Emellertid är äfven detta, såsom å en annan sida påpekats,³⁾ tvifvelsutan orätt. Ty om man bortser från öfverdrifter och missbruk, kan det ej bestridas att en riktig tanke ligger till grund för denna invändning. Sagde tanke kunde måhända formuleras därhän att en absolutio ab instantia eger rum när käromålet är så otydligt eller ofullständigt att en pröfning däraf vore *logiskt omöjlig*. Detta inträffar isynnerhet om käromålet är så otydligt att man ej kan veta hvad käranden vill, om det är så allmänt hållet eller bristfälligt substantieradt att anspråkets individualitet däraf icke fram-

¹⁾ Se t. ex. *Wieding*, a. a. 744.

²⁾ *Osterloh*, 94 ff., *Schwalbach*, *Processvoraussetzungen*, 408 f. *Petersen*, i *Z. f. d. C. P.* III, 216 f. *Struckmann*, ib. 224 ff., äfvensom de fleste kommentatorer till C. P. O.

³⁾ Af *Wach*, 24, och isynnerhet af *Westerburg*, i *Grüchot's Beiträge*, XXIV, 186 ff. isynn. 195 ff.

går, om käromålet innebär logiska motsägelser o. s. v. Att för dessa och dylika brister rättskraftigt förkasta käromålet är i de flesta fall icke ens möjligt, helt enkelt emedan det det blefve ovisst hvilket anspråk det är, som blifvit sålunda förkastadt. I sådana fall har därför domstolen ingen annan utväg än att afvisa käromålet utan pröfning.

På grund häraf är det således otvifvelaktigt att i hvarje processsystem måste gifvas processinvändningar, som bero på käromålets otydlighet eller logiska omöjlighet. Svårigheten är blott att rätt uppdraga gränserna för dessa invändningar gent emot andra omständigheter, som äro af materiel beskafhet. I detta afseende kunna endast några antydningar här framkastas.

I främsta rummet bör man från de fall, då en verklig processinvändning eger rum, skilja dem, då käromålet visserligen är så bristfälligt motiveradt att detsamma, i den gestalt det föreligger, ej kan dömas ut, men då detta icke beror på någon otydlighet eller motsägelse beträffande själva anspråket, utan därpå att detta anspråk icke låter härleda sig från det rättsförhållande eller de faktiska omständigheter, som åberopats såsom dess grund, vare sig nu att detta rättsförhållande icke gifver upphof åt någon förpligtelse alls för svaranden, eller att däraf icke uppstår en sådan förpligtelse, som käranden påstår, eller ock att de af denne anförda fakta icke, såsom han trodde, utgöra ett verkligt rättsförhållande. Det är nämligen klart att de brister, hvarom här är fråga, icke hänföra sig till processförutsättningarna, utan till det materiella anspråkets grund i det de hindra uppkomsten af ett dylikt anspråk. De utgöra således icke processinvändningar.

Vi skola nu med ett par exempel söka att belysa skillnaden mellan dessa tvänne slag af brister. Om käranden framställer ett anspråk på 100 utan att för detsamma uppgifva någon rättsgrund, kan det väl till en början synas såsom borde ett sådant käromål afgjort förkastas af domstolen. Men träder man saken närmare och frågar hvad det är, som på detta sätt skulle rättskraftigt förkastas, blifver

svaret svårare. Ett visst individuelt anspråk på 100 är det icke, ty ett sådant har ej gjorts gällande. Icke håller kan det vara ett anspråk på 100 i allmänhet, ty om kâranden i en annan rättegång söker ut denna summa och därvid stöder sig på en fullgiltig rättsgrund, kan han icke mötas med invändningen om rättskraften. I själfva värdet kan således intet anspråk förkastas, intet bestämdt rättsförhållande fastställas, med andra ord, en pröfning af käröålet kan, då detta är sådan beskaffenhet, ej ega rum.

Vi antaga vidare att kâranden fordrar 100 på grund af ett köpeaftal, men att han ej uppgifver när köpet slutits, hvad slags varor det omfattat o. s. v. Om nu domstolen med anledning häraf skulle förklara att någon köpfordran icke existerar, så kunde det inträffa att kâranden skulle förlora ej blott den fordran, som han hade för afsigt att söka ut, ehuru han ej förmådde precisera densamma, utan äfven åtskilliga andra fordringar, hvilka likaledes grunda sig på köpeaftal. Ty då någon bestämd köpfordran ej blifvit utsökt, kan en viss sådan fordran icke håller förkastas. Äfven i detta fall måste således domstolen afvisa käröålet utan pröfning.

Annorlunda gestaltar sig däremot saken om kâranden väl förmår individualisera köpeaftalet, men om det af hans öfriga uppgifter angående varans pris, skedda afbetalningar m. m. framgår att syaranden är skyldig mindre än han uppgifvit eller ingenting alls. Då måste hans anspråk definitivt förkastas antingen helt och hållet eller till den del, som af hans egna anföranden framstår såsom oberättigad. Detsamma måste äfven inträffa i händelse dessa anföranden, ehuru i och för sig fullständiga, gifva vid handen att ett verkligt köpeaftal icke kommit till stånd t. ex. emedan syarandens frivilliga samtycke till aftalet saknas. Och enahanda är slutligen förhållandet om kârandens anspråk hvilat på en olaglig grund, t. ex. en obligatio lege reprobata. De omständigheter, hvilka här värka käröålets förkastande, få visserligen därigenom en viss likhet med processinvändningarna att de måste beaktas af domstolen ex officio. Men detta beror ej

därpå att någon absolut processförutsättning skulle saknas, utan därpå att de, i motsats till både process- och sakinvändningar hänföra sig antingen till anspråkets grund i trängre mening eller ock till rättsgrunden.⁴⁾ I alla dessa fall finnes därför intet hinder för domstolen att pröfva käromålet med afseende därå att detsamma icke vore nog tydligt eller bestämdt, tvärtom kommer det under pröfning och varder på faktiska eller rättsliga grunder underkändt. Om någon processinvändning kan här således ej blifva fråga.

Nu kan det visserligen stundom vara förenadt med stor svårighet att afgöra huruvida käromålet skall förkastas eller afvisas utan pröfning.⁵⁾ Dock har man vid bedömandet af denna fråga en säker ledning däraf om det är ett individuellt bestämdt anspråk, som käranden framställer, eller om ett sådant icke föreligger.

En annan omständighet, som vi med afseende å denna invändnings omfång önskade påpeka, är den, att ett från början otydligt, sig själfv motstående eller altför allmänt hållet käromål kan genom kärandens antingen själfmant gifna eller genom frågor af domstolens ordförande föranledda förklaringar och uppgifter efteråt förtydligas, utredas eller fullständigas. En sådan rättighet för domaren att fråga och däraf härrörande möjlighet för käranden att förklara och utveckla käromålet finnes otvifvelaktigt i hvarje processrätt, där mundtlighetsgrundsatsen är mer eller mindre fullständigt genomförd. Äfven hos oss, där processen endast har en anstrykning af mundtlighet, är likväl nyss nämnda möjlighet i stor utsträckning medgifven, hvilket beror på bruket af muntliga stämningar, såvida nämligen dessa i hög grad försvåra och i flere fall omöjliggöra ett närmare preciserande af käromålet redan på detta stadium.

⁴⁾ Se ofvan s. 3 ff.

⁵⁾ Att det praktiska resultatet ofta är i bägge fallen detsamma är väl sant, men hindrar icke att saken det oaktadt kan hafva sin stora betydelse i teoretiskt hänseende. Dessutom inses det lätt, att i en mängd fall det ingalunda kan vara likgiltigt för svaranden om han är berättigad att en annan gång framställa samma käromål i en redigare form eller om det är definitivt förkastadt.

Emellertid är det klart, att denna rättighet för kâranden att utveckla sitt kâromål ingalunda upphäfver möjlighe- ten af dess afvisande utan pröfning fr nu i frâga varande orsaker. Å ena sidan har nâmligen jâmvâl sagda rättighet sina grânsar, bl. a. dâri att kâromålet ej fâr af kâranden ândras, hvarom mer nedan, och å den andra intrâffar det ofta att kâromålet oakadt alla förklaringar icke låter sig bringas till den redighet och bestâmdhet, att det skulle kunna underkastas domstolens pröfning.

Då invândningen om kâromålets otydlighet eller logiska omöjlighet har sin grund ej blott i svarandens intresse att veta hvad kâranden af honom fordrar, utan ock i ett all- mânt intresse, som bjuder att det skall vara sâ tydligt och bestâmdt, att det mâ kunna pröfvas af domstolen, är det naturligt att denna invândning mâste hafva en absolut ka- raktâr.⁶⁾

§ 20. Men äfven om kâromålet, sâsom det först blif- vit framstâldt, icke företer nâgon af ofvan nâmda brister i formelt hânseende, kan det likvâl intrâffa att senare påstå- enden eller tillâgg af kâranden hindra dess upptagande till pröfning. Detta sker nâr kâromålet genom sâdana påståen- den ândras, ty i detta fall kan svaranden framställa *invând- ningen om kâromålets ândring*, hvilken utgör en processin- vândning.

Att i den gamla romerska processen nâgon ândring af kâromålet icke kunde komma i frâga sedan *litis contestatio* egt rum var en naturlig följd af den egendomliga betydelse, som tillades denna akt och hvilken bl. a. bestod dâri att föremålet för rttsstriden dârigenom blef oåterkalleligen be- stâmdt. Denna regel bibehll sig, ehuru betydelsen af *litis contestatio* icke obetydligt frândrades, med stor strânghet sâvâl i den efterklassiske som i den reciperade rätten, och har hârifrån fvergâtt till både Frankrikes och Tysklands processrätt. Af desse innehåller vâl den förre icke nâgot direkt förbud mot ândring af kâromålet, men indirekt har

⁶⁾ Sâ ock enligt "gemeine Recht" se t. ex. *Renaud*, 204, samt be- trâffande Österrikes processrätt *Heyssler*, 145, f.

den uttalat sig emot en sådan ändring dels genom stadgandet att stämningsskriften (*exploit d'ajournement*) skall innehålla alla väsentliga påståenden af kändanden, dels genom bestämningen att hvarje anspråk, som bringas inför civil domstol, först måste hafva känskjutits till en fredsdombstol i afseende å förlikning genom dess bemedling.¹⁾ Vida strängare än i franske rätten, hvilken dock tillåter kändanden att förklara och utvidga käromålet,²⁾ upprätthölls principen om dess oföränderlighet af Tysklands "gemeine Recht", och härifrån öfvergick denna princip, ehuru åter i mycket för mildrad form, till riksprocessen. Sålunda tillåter den sist nämnda att, såvida icke grunden till käromålet därigenom förändras, ej blott rätta och komplettera faktiska uppgifter utan ock utvidga eller inskränka själfva anspråket, hvilket alt enligt "gemeine Recht" var förbjudet. En annan olikhet består däri att tidpunkten, från hvilken möjligheten att ändra käromålet är utesluten och som förut på grund af romerska traditioner sammanföll med den, då svaranden inlät sig i rättegången, genom C. P. O. förlades till samma handling, som anhängighetens början eller meddelandet af stämningsskriften åt svaranden.³⁾

Den äldre svenske rätten förbjöd på det strängaste ej blott ändring af käromålet utan öfver hufvud all "tvetalan" såväl från kändandens sida, som från svarandens. Tiden, då käromålet borde oföränderligt fastställas, var målets behand-

¹⁾ C. pr. art. 61 och 48 samt lagarne af den 25 Maj 1838 och 2 Maj 1855 art. 17, hvilken lyder: „dans toutes les causes, exceptées — —, il est interdit aux huissiers de donner aucune citation en justice, sans qu'au préalable le juge de paix n'ait appelé les parties devant lui“ — —.

²⁾ C. pr. art. 54.

³⁾ *Wetzell*, 956 ff., jfr 135, C. P. O. § 235 N:o 3, § 240 N:o 1, 2. Samma grundsatser återkomma i Ö. F. § 282, där den lika litet som i C. P. O. är en processhindrande invändning. Se för öfrigt ang. frågans behandling i C. P. O. *Kleinschrod*, Ueber die Klageänderung o. s. v. (1879) samt *Westerburg*, Der Einwand der unzulässigen Klageänderung etc. i *Grüchot's Beiträge*, XXIV, 170 ff. och *Seuffert*, 297 ff. En ännu vidsträktare befogenhet att utan svarandens samtycke ändra anspråket har D. F. § 168 gifvit kändanden.

ling vid första tinget: så länge denna varade kunde parterne efter behag framställa sina angrepps- och försvarsmedel, men vid de följande tingen fick intet ändras eller tilläggas. 4) Af senare lagstadganden i ämnet nämna vi blott 3 kap. 2 § i 1667 års sjölag, där mycket bestämda föreskrifter mot ändring af käromålet meddelas, hvarjämte grunden, efter hvilken käromålets innehåll skall bedömas, här utgöres af stämningen. 5)

Vår nu gällande processrätt innehållet icke något direkt förbud mot ändring af käromålet. Dock är man allmänt ense om att icke medgifva käranden rätt till sådan ändring åtminstone i större utsträckning, och hvad lagen indirekt säger i denna fråga tyckes gifva vid handen att lagstiftaren måhända velat hafva sagde rätt ännu mer inskränkt än hvad den blifvit genom praxis.

Det sist anförda gäller till en början hvad vi ville kalla ändringens negativa sida. En ändring af käromålet kan nämligen, på samma sätt som alla ändringar, omfatta tvänne olika moment. Det ena består däri att käranden afstår från att fullfölja det ursprungliga käromålet, låter det falla helt och hållet eller till någon del, det andra däri att han framställer ett nytt anspråk eller påstående. I romerska processen och dem, som grunda sig på denna, var äfven ett ensidigt afstående från käromålet, utan afseende därpå om något nytt anspråk sattes i stället, alldeles förbjudet. 6) Hvad

4) Jfr t. ex. Sl. pgb. 6 §§ 1, 2, Ul. pgb. 4 §§ 1, 2, Vml. I pgb 9, II pgb. 10, Ll. Tgb. 23. Den part, som öfvertygades om tvetalan, straffades med böter och ansågs dessutom enligt Sl. hafva förlorat i hufvudsaken.

5) *Så är ock ingen förbunden at svara til annat Mähl, än ther til han stümd är; Och må ey heller något i saken ändras eller förnyas sedan Stämning ther i afgången är, utan blifve alt fast och stadigt wid thet stånd, thet tå finnes varit hafva, så länge Rättegången warar, och til thess han fulkomligen ändas må.*

6) Se t. ex. *Planck*, Mehrheit, 289 ff. Detta gäller äfven för C. P. O. § 243 mom. 1. Enligt C. pr. art. 402, 403, är ett afstående från käromålet (désistemet), när det göres efter „l'instance liée“, i regeln beroende af svarandens bifall, men kan dock, enligt domstolens pröfning, i vissa fall medgifvas äfven utan hans samtycke; jfr *Boitard*, No: 589.

vår rätt beträffar ser det ut såsom skulle samma tanke hafva föresvärfvat ej blott stiftaren af den nyss åberopade sjölagen, utan äfven 1734 års lagstiftare, enär denne förbjuder domaren att i utslaget gå något mål förbi, som käranden efter stämningen i saken förestäldt (R. B. 24: 3), utan att härvid något undantag göres för det fall att ett sådant "mål" sedermera återtagits af käranden. Likväl torde å andra sidan en stadgad praxis tillåta käranden att återtaga sina påståenden; och då den motsatta meningen icke håller med bestämdhet framgår ur det ofvan anförda lagrummet, måste denna praxis tillerkännas vitsord och följaktligen sagda befogenhet medgifvas käranden.⁷⁾

Däremot har den andra sidan af ändringen eller framställandet af sådana påståenden, som icke innehållas i stämningen, på det eftertryckligaste förbjudits af vår lag. Icke nog med att, såsom vi sågo, befallningen till domaren i R. B. 24: 3 att ej förbigå något mål inskränkes till sådana mål, som käranden efter stämningen, d. ä. i öfverinstämmelse med dennas innehåll gjort gällande, har lagen äfven bland de omständigheter, hvilka föranleda rättegångens ogiltighet och querela nullitatis, upptagit den *at dömdt är öfver thet, som ej instemdt* — — *varit* (R. B. 25: 21). Härigenom är nämligen käranden hindrad att framställa nya anspråk vare sig såsom tillägg till de i stämningen upptagna eller i stället för sådana bland dessa, som han låter falla, d. ä. han får hvarken utvidga käromålet eller däri göra någon ändring i egentlig mening. Emellertid har äfven tillämpningen af dessa stadganden blifvit genom praxis icke obetydligt förmildrad.

Såsom af sagda stadganden framgår, är det bestämmande med afseende å käromålets innehåll stämningen. Endast hvad denna upptager kan blifva föremål för domstolens pröfning, men icke någonting annat. Framställer käranden efteråt något påstående, som icke innebäres i stämningen, får vid detsamma något afseende ej fästas.

⁷⁾ Se härvid och för det följande *Afzelius*, 45 ff. äfvensom *Nehrman*, 142, 204, samt *Schrevelius*, 190.

Dock är det klart att denna sats endast är att förstås med vissa inskränkningar. Redan de ordalag, lagstiftaren begagnat, gifva vid handen att förbudet att gå utöfver stämningens innehåll endast hänför sig till själfva anspråket, men icke till de faktiska påståenden, hvarmed käranden kan söka att stöda detsamma. Dessa kunna således efter behag ändras eller kompletteras, hvarvid naturligtvis åter den begränsning eger rum, att dylika ändringar ej få invärka på individualiteten af det rättsförhållande, hvarpå anspråket grundar sig, emedan därigenom äfven själfva anspråket blefve ett annat. Det är således på rättsförhållandenas identitet, som det här liksom i fråga om rättskraften egentligen kommer an, nämligen i detta fall på identiteten af det rättsförhållande, som ligger till grund för stämningens påstående och det, som senare åberopas af käranden. Men till följd af den mycket allmänna och obestämda form, hvori stämningen, såsom redan tidigare anmärktes, meddelas då den är mundtlig, har denna fordran på identitet icke kunnat i praktiken med någon stränghet upprätthållas, utan käranden medgifvits en ganska vidsträckt rätt att under förevändning af käromålets utvecklande faktiskt ändra och utvidga detsamma.

Skulle domaren emellertid finna att käromålet i den gestalt det föreligger innehåller yrkanden, som alldeles icke återfinnas i stämningen eller kunna ur den härledes, måste han, såvidt detta är fallet, vägra att ingå i pröfning däraf. Är käromålet helt och hållet förändradt, så att ett nytt rättsförhållande lagts till grund för anspråket, kommer utslaget att till alla delar lyda på afvisning utan pröfning, ty det ursprungliga anspråket har käranden själf låtit falla och det nya är domstolen ej berättigad att pröfva.

I motsats till hvad fallet är i den tyske processrätten⁸⁾ har invändningen om käromålets ändrande i vår rätt en absolut karaktär. Då stadgandena om stämning i allmänhet äro gifna i svarandens intresse, vore det måhända mer sakenligt att låta denna invändning äfven hos oss vara

⁸⁾ C. P. O. § 235, N:o 3, § 241 samt Bayerns P. O. § 180.

dispositiv, dock så att domstolen medgäfvos rätt att på grund af sin processledande värksamhet ingripa, när ett öfverdrifvet ändrande af käromålet skulle hota att bringa förvirring i rättegången.

§ 21. Härmed kunna vi nu sluta denna öfversigt af de särskilda processinvändningarna och grupperna af sådana invändningar. Emedan vår framställning hänför sig endast till den allmänna civilprocessen hafva vi förbigått ej blott sådana processinvändningar, som äro egendomliga för särskilda processarter ¹⁾, utan äfven sådana, hvilka endast kunna förekomma vid målets behandling i högre instans ²⁾. Men då här, äfven med denna begränsning, saknas åtskilliga bland de invändningar, hvilka man är van att finna upptagna bland processinvändningarna, böra vi till förklaring af detta förhållande äfven nämna några ord om de viktigaste bland dessa. Härvid förbigå vi alla sådana invändningar, hvilka ehuru af en eller annan författare upptagna såsom processinvändningar, likväl icke i någon processrätt äro allmänt erkända, samt hålla oss förty endast till sådana i utländska processlagar förekommande processinvändningar, som icke återfinnas i vår rätt.

Bland dessa behöfva vi till en början ej uppehålla oss vid den i tyske och andre utländske processrätter förekommande invändningen, att den säkerhet för möjliga rättegångskostnader, som fordras af käranden, då han är utlänning, icke blifvit presterad ³⁾. Likaledes behöfva vi en-

¹⁾ I detta afseende skulle bl. a. förtjäna framhållas huruledes vid den exekutiva processen en materiel invändning, som gör saken tvistig, tillika utgör ett hinder för dess pröfning vid forum executivum och sålunda gifver upphof åt en processinvändning (U. B. 2: 5).

²⁾ Hit höra t. ex. invändningen att en lägre instans blifvit öfverhoppad (*exceptio primae instantiae*) samt den att i saken ej varit „väddadt eller vad ej tillåtet“ (R. B. 25: 21).

³⁾ C. P. O. § 102 f. jfr. § 247 N:o 4, samt P. O. för Hannover § 55, Bayern § 185, Württemberg art. 344 N:o 4, ryssland § 571 N:o 5, Genève art. 67—69, äfvensom C. pr. art. 166, 167. De fall af *exceptio*

dast omnämna den jämväl bland processhindrande invändningar i C. P. O. upptagna invändningen att kostnaderna för en tidigare rättegång, hvilka kändan blifvit ålagd att betala åt svaranden, ännu ej blifvit erlagda⁴⁾. Att dessa processinvändningar icke återfinnas i vår rätt, är uppenbart. Däremot är detta med afseende å den i „gemeine Recht“ förekommande *exceptio praeiudicii* icke lika tydligt. Vi skola därför egna denna fråga en kort pröfning.

Hvad först beträffar uppkomsten af denna invändning, kan det efter *Bülows* omfattande undersökningar i detta ämne⁵⁾ ej vara tvifvelaktigt att den uppstått genom förväxlingen af tvänne särskilda romerska rättsinstitut, nämligen prejudicialdekretet och *exceptio quod praeiudicium non fiat*. Till följd af den i romerske processrätten gällande satsen: „per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet“⁶⁾, plögade pretorn, när tvänne mål på en gång voro anhängiga, hvilka kunde utöfva inflytande på hvarandra, medels ett dekret förordna att med det mindre viktiga målet (minor causa) borde anstå till dess det viktigare (maior cognitio) blifvit afgjort. Men var den viktigare saken ännu ej anhängig, då den mindre viktiga förhandlades, kunde i regeln processen rörande denna sist nämnda icke uppehållas af utsigten på den viktigare rättegången. Endast undantagsvis egde ett sådant uppehåll rum för några få anspråk, och här gaf pretorn därför, såvida prejudicialförhållandet icke genast framgick in iure, en *exceptio*, som ålade domaren att undersöka huruvida den påbegynta rättegången

cautionis nondum praestitae, som *Nehrman*, 192, omtalar för vår rätt utgöra icke processinvändningar.

⁴⁾ C. P. O. § 243 mom. 4, § 247 N:o 5.

⁵⁾ De praeiudicialibus exceptionibus (1863), *Processeinreden* 112—236; jfr ofvan s. 36 f. Såsom prof på huru denna invändning behandlades i *gemeine Recht* är det nog att hänvisa till *Planck*, *Mehrheit*, §§ 26—32. De nyare läroböckerna hafva i allmänhet anslutit sig till *Bülows*, åtminstone i hufvudsak. Se t. e. *Renard*, 402 f., *Endemann*, 577 ff. *Wetzell*, 863—875.

⁶⁾ L. 54 D. de iud. V. 1.

kunde invärka på något anspråk af i fråga varande beskafehet⁷⁾. Att denna exceptio var en vanlig sakinvändning, ehuru en dilatorisk sådan, framgår ej blott däraf att den ursprungligen medförde anspråkets totala förlust, utan äfven däraf att här icke så mycket var fråga om ordningsföljden mellan tvänne processer som om konkurrensen mellan tvänne anspråk (i materiel mening), hvilka gå ut på samma sak. Men då „gemeine Recht“ ej blott utvidgade denna invändning till en allmän exceptio praeiudicii utan äfven använde den på samma sätt som romarne begagnade sig af prejudicialdekretet, d. ä. för att reglera ordningsföljden mellan flere redan anhängiga processer, samt beträffande denna följd utbildade fullständiga regler, har den därmed äfven i grund omgestaltat dess karaktär. Här var den ej mer en dilatorisk sakinvändning utan en verklig processinvändning.

Vår processrätt innehåller, såsom bekant, icke några allmänna regler angående ordningsföljden mellan särskilda processer, samt känner förty icke håller någon allmän exceptio praeiudicii uti sist antydda mening. Däremot omtalas åtminstone tvänne fall, då en redan påbörjad process måste afbrytas för att ett under samma process väkt och för den där anhängiga saken prejudicielt anspråk skall kunna först afgöras. I det ena fallet, som består däri att under en rättegång rörande åvärkan tvist uppstår om besittningen och eganderätten till jorden (B. B. 10: 6), skall domstolen, sedan sist nämnda fråga blifvit afgjord, omedelbart därefter och på grund däraf äfven afgöra åvärkansmålet. I det andra fallet åter, hvilket eger rum vid hufvudintervention (R. B. 18: 2), kan det antingen inträffa att de bägge anspråken behandlas gemensamt, om nämligen alla parter därtill samtycka, i hvilken händelse det naturligtvis ej ens kan blifva fråga om en processinvändning, eller ock kan det hända att det nya anspråket framkallar ett nytt förfarande, som afbryter det redan påbörjade förfarandet vare sig till en tid

⁷⁾ Exceptio quod hereditati praeiudicium non fiat, och exc. quod praedio praeiud. n. f.

eller så att det nya förfarandet träder helt och hållet i stället för det föregående. Men detta innebär ingalunda att det ursprungliga käromålet skulle alldeles afvisas, utan endast att pröfningen däraf något uppskjutes, ty äfven om, såsom stundom inträffar, utslaget i anledning af intervenientens anspråk skulle göra ett särskildt utslag öfver det första käromålet öfverflödigt, så beror detta icke därpå att domstolen underlåtit att pröfva detta käromål, utan därpå att det blifvit pröfvadt tillsammans med det nya anspråket, hvilket äfven framgår däraf att utslaget vinner laga kraft jämväl med afseende å rättsförhållandet mellan de ursprunglige parterne.

Nu kan det visserligen ej bestridas att dessa tvänne fall hafva en viss likhet med dem, då förfarandet uppskjutes för att bristen på en processförutsättning därunder må hinna afhjälpas. Men å andra sidan bör man ej förbise den olikhet, som härvid eger rum. Är det fråga om en processinvändning, så utsätter domstolen en viss tid, inom hvilken bristen skall vara afhjälpt vid äfventyr att, om detta icke sker, hvilket i regeln är alldeles ovisst, hufvudsaken icke tages till pröfning. Här åter är det alldeles icke fråga om någon afvisning utan pröfning, utan blott om ett uppskof med pröfningen, hvilken sedan följer omedelbart, utan att målet behöfver ånyo göras anhängigt af käranden. Äfven i dessa fall kan man således endast högst oegentligt tala om verkliga processinvändningar.

Lika litet känner vår rätt någon processinvändning, som skulle grunda sig på otillåten kumulation af mål. Såsom bekant är en gemensam behandling af särskilda mål mellan samme parter eller, såsom den kallas, en objektiv kumulation af mål, ehuru i allmänhet till en viss grad medgifven af processrätten, likväl icke af någon processlag utan inskränkning tillåten. Sålunda fordrade romerske rätten, såsom förutsättning för densamma, konnexitet mellan de särskilda anspråken, d. v. s. att de skulle grunda sig på ett gemensamt rättsförhållande eller åtminstone stå i något slags sammanhang med hvarandra⁸⁾. Enligt vår rätt, som saknar

⁸⁾ Se t. ex. *Wetzell*, 837 ff.

uttryckliga föreskrifter härom, måste det därför bero på domstolen att efter pröfning af det konkreta fallet afslå eller medgifva kumulationen⁹⁾.

Men äfven i de fall, då kumulation ej är tillåten, behöfver den icke nödvändigt föranleda en afvisning utan pröfning af käromålen eller något bland dem. Huruvida detta kommer att ske eller icke, beror på positiv lagstiftning, ty i och för sig är det ena alternativet lika möjligt som det andra. Enligt C. P. O. eger afvisning rum, och här måste det därför betraktas såsom en processförutsättning att sådana anspråk, som icke kunna behandlas i ett gemensamt förfarande, jämväl af kändanden göras särskildt gällande¹⁰⁾. Men enligt vår processrätt förhåller det sig icke så. Här kan domstolen, om kändanden på en gång framställer tvänne anspråk, hvilka hvart för sig underligga denne domstols kompetens, icke vägra att pröfva det ena eller båda anspråken därtför att de ej skulle kunna behandlas gemensamt, utan eger i sådant fall endast skilja åt dem och för det ena eller andra utsätta en ny termin¹¹⁾. Sålunda kommer visserligen detta anspråk att till en början icke tagas under pröfning. Men någon afvisning utan pröfning ligger häri lika litet som en dylik afvisning eger rum, när domstolen af annan orsak uppskjuter rättegången rörande något mål eller för denne rättegång utsätter ny termin.

Slutligen upptager franske rätten och efter den flere af Tysklands processlagar bland processinvändningarna jämväl den omständigheten, att arfvinge sökes för boets räkning före utgången af den tid, som han enligt lag har sig medgifven för upprättandet af inventarium öfver kvarlåtenskapen samt öfverläggning om han vill mottaga densamma eller ej¹²⁾.

⁹⁾ R. B. 14: 5; 21: 4, jfr. *Bromée*, 57 ff.

¹⁰⁾ C. P. O. § 232, jfr. *Seuffert*, 286. Likväl hör invändningen härom icke till de processhindrande; jfr. *Osterloh*, 91 f.

¹¹⁾ Detta torde vara den allmänna uppfattningen äfven inom praxis. Skulle domstolen för något af målen icke vara kompetent, föreligger naturligtvis med afseende å detta mål exceptio fori.

¹²⁾ C. pr. art. 174 jfr 186, Preuss. förordn. d. 21 Juli 1846 § 5, Bayerns P. O. art. 185. Däremot känner C. P. O. icke någon dylik processinvändning, jfr *Osterloh*, 93 f.

Dock är det klart att denna omständighet, om man bortser från positiva bestämningar, icke hänför sig till förutsättningarna för rättegångens giltighet utan till förutsättningarna för det materiella anspråkets befogenhet, enär detta därigenom framstår såsom ännu icke existerande, hvilket alltid är fallet vid dilatoriska sakinvändningar eller när käromålet är hvad man kallar för tidigt väkt. Också visar sig den materiella naturen hos denna invändning redan däri, att bestämmningarna om densamma icke uteslutande tillhöra processrätten utan jämväl och hufvudsakligen återfinnas i civillagen ¹³). Om en dylik processinvändning kan således i vår rätt så mycket mindre blifva fråga som denne rätt icke innehåller några positiva stadganden, hvilka kunde gifva därtill anledning ¹⁴).

IV. Värkan af processinvändningarna och deras behandling i rättegången.

§ 22. Sedan vi nu vunnit en öfverblick af de processinvändningar, som förekomma i vår rätt, återstår att lära känna den procedyr, hvartill de gifva anledning. Innan vi gå till detaljerna af denna fråga är det dock nödigt att betrakta densamma från en något allmännare synpunkt och undersöka, hvilken värkan är af processinvändningarna. Naturligtvis tages detta sist nämnda uttryck här icke i så vidsträckt mening att det skulle omfatta alla de förändringar med afseende å förfarandet, hvartill en dylik invändning gifver upphof, ty i sådant fall behöfdes ingen särskild framställning af denna värkan, utan i en mer inskränkt betydelse så att därmed endast betecknas den omedelbara på-

¹³) C. civil, art. 793 ff., 724; jfr *Boitard*, N:o 368 ff.

¹⁴) Se K. F. om gälds betalning vid dödsfall m. m. den 9 November 1868 §§ 6, 8.

följd, som bristen på en processförutsättning medför med afseende å rättegången i hufvudsaken.

Denna påföljd består i yttre afseende däri, att hufvudsaken ej varder upptagen till pröfning, att utslag därom icke fälles af domstolen. Men orsaken till denna företeelse ligger däri att processinvändningen, om den befinnes vara grundad, gör rättegången, så vidt denna rör hufvudsaken, ogiltig, hvaraf åter följer att äfven utslaget, i händelse ett sådant skulle fällas, blefve ogiltigt. *Rättegångens ogiltighet*, nämligen med nyss anförda begränsning, utgör således, såsom redan tidigare omnämts ¹⁾, den omedelbara värkan af processinvändningarna. Då det nu gäller att undersöka beskaffenheten af denna ogiltighet, torde det ej vara öfverflödigt att till en början nämna några ord om själfva begreppet ogiltighet i processrätten och dess förhållande till den ogiltighet, som vi lärt känna ur civilrätten.

En fullständig redogörelse för läran om rättsärendens ogiltighet i civilrätten kan här så mycket mindre komma i fråga, som denna lära ännu befinner sig på en föga tillfredsställande ståndpunkt. För vårt närvarande ändamål är det också nog att veta det ogiltigheten hos civilisterne sönderfaller i ett antal olika grader eller arter, bland hvilka följande tvänne äro de viktigaste. *Absolut ogiltighet* (Nichtigkeit), som består däri att rättsärendet icke under några omständigheter medför rättsliga verkningar, utan betraktas i rättsligt afseende såsom icke alls existerande, samt *anfäktbarhet*, som eger rum då rättsärendet är i sig själf giltigt, men kan genom angrepp af en därtill berättigad person förlora denna giltighet och därigenom upphävas ²⁾.

¹⁾ Se ofvan s. 56 f.

²⁾ Jfr *Puchta*, Pand. § 67, *Windscheid*, I § 82, *Wächter*, I § 84, samt för den absoluta ogiltigheten *Zitelmann*, *Irrthum und Rechtsgeschäft* 299 ff. Förutom dessa tvänne hufvudarter uppställer man stundom ett tredje mellan dem stående slag af ogiltighet en s. k. „heilbare Nichtigkeit“, som skulle ega rum när ett ogiltigt rättsärende genom ett efteråt tillkommet godkännande (*Genehmigung*) sålunda „helas“ att det betraktas såsom hade det från början varit giltigt; *Wächter* a. st. N:o

Öfvergå vi nu till civilprocessen ³⁾, så kan det visserligen ej bestridas att den äldre romerske rätten äfven på detta område i stor utsträckning tillämpade det absoluta ogiltighetsbegreppet, i det en actio eller exceptio iudicati på grund af hvarjehanda svårare rättegångsfel kunde bemötas med påståendet: *iudicatum non esse*, som hade karaktären af en exceptio eller replicatio och kunde föranleda en särskild undersökning i *iudicium*. Denna stränga behandling af processuella brister, hvilken berodde på frånvaran af ordentliga rättsmedel och som efter införandet af en regelbunden appellatio under den romerska kejsartiden hade kunnat saklöst bortfalla, kvarstod likväl i den justinianske rätten, ehuru med förminskad betydelse. Den upptogs äfven i den kanoniska processen och öfvergick från denna till den tyska. Men här fick denna ogiltighet till följd af germaniska inflytelser redan under medeltiden i de flesta fall lämna rum för en *querela nullitatis*, som helt och hållet hade karaktären ett vanligt rättsmedel ⁴⁾ och i den nyare processrätten har den absoluta ogiltigheten så fullständigt blifvit förbytt till blott anfäktbarhet att det först nämnda begreppet icke alls behöfver tagas i betraktande. Så t. ex. känner den franske processrätten, hvilken redan tidigt uppställde den regeln, att en af statens domstolar gifven dom aldrig kan betraktas såsom ogiltig om den icke blifvit på laglig väg upphäfd, blott ett enda undantag från denna regel ⁵⁾, och den tyske processrätten, som länge i teorin bibe-

III. Att vi icke biträda föreställningen om en dylik återvärkan, torde i det följande komma att visa sig.

³⁾ Jfr för det följande *Bulow*, *Fiktionen*, 76 n. 62, *Wetzell*, § 60, *Schwalbach*, *Wiederaufnahme des Verfahrens o. s. v. i. C. A. LXIII*, 122 ff., *isyn*. 125 ff.

⁴⁾ Detta gäller icke mindre med afseende å den s. k. *querela nullitatis insanabilis* än beträffande en *defectus sanabilis*, ty äfven den först nämnda gjordes gällande genom besvär eller klagan hos högre rätt och inom viss, ehuru längre utmätt tid (30 år).

⁵⁾ Detta undantag förekommer i *C. pr. art. 344*, hvilken lyder: „Dans les affaires qui ne seront pas en état toutes procédures faites postérieurement à la notification de la mort d'une des parties seront nulles.“

höll en absolut ogiltighet, känner efter den sista omgestaltningen däraf intet undantag från sagda regel. Samma grundsatser göra sig ock gällande i andra nyare processlagar och lagförslag⁶⁾. Enligt dessa får aldrig ett domstolsutslag utan vidare handlas såsom ogiltigt, utan måste för att kunna så anses, först angripas genom ett rättsmedel och upphävas af samma eller en högre domstolsmyndighet. Och äfven möjligheten att sålunda få utslaget upphäfdt är alltid inskränkt till en viss längre eller kortare utmätt, men i hvarje fall begränsad tidrymd, efter hvars förlopp detsamma, om det så länge lämnats oangripet, är oåterkalleligen giltigt⁷⁾. På samma sätt som domstolsutslagen bliva äfven parternes processhandlingar, om de ock skulle sakna de viktigaste förutsättningarna för sin giltighet, så vida de ej inom viss tid klandras, så fullkomligt giltiga, att ett upphäfvande af deras värkningar ej mer kan komma i fråga⁸⁾.

Vi kunna således konstatera att den absoluta ogiltighet, som förekommer i civilrätten och hvilken gör att ett rättsärende, som är därmed behäftadt, aldrig kan blifva ett verkligt rättsärende, i allmänhet är fullkomligt främmande för den nyare processrätten. Men eger denna regel tillämpning äfven på vår egen rätt?

Vid besvarandet af denna fråga förtjänar det i främsta rummet nämnas, att ett genom fel vid rättegången tillkommet domstolsutslag enligt vår rätt aldrig kunnat utan vidare

⁶⁾ *Württembergs* P. O. uttalar till och med uttryckligt, i art. 736, att ogiltigheten ej får göras gällande såsom invändning eller replik utan endast genom rättsmedel („Nichtigkeitsklage“ och „Berufung“).

⁷⁾ Så t. ex. gifver C. P. O., § 549, åt parten en tid af en månad från den dag han erhöi kännedom om en ogiltighetsgrund att söka domens upphäfvande genom „Nichtigkeitsklage“ eller „Restitutionsklage“, men begränsar tiden, hvarunder han får begagna sig af dessa rättsmedel, till fem år från den dag domen vann rättskraft. Enligt D. F. §§ 303, 329, är parten undantagsvis berättigad att efter fataljetidens utgång „paaanke“ en dom eller ansöka om „ny Foretagelse af Saken“ vid samma domstol, men i ingen händelse under längre tid än ett år efter det dom föll.

⁸⁾ Jfr C. pr. 173, C. P. O. § 267, Ö. F. § 307.

betraktas såsom ogiltigt eller, med andra ord, att denna ogiltighet aldrig fått såsom invändning åberopas mot den, som ville göra domen gällande, utan under alla tider måst göras gällande genom ett särskildt rättsmedel. Detta, hvars svenska namn är *besvär* ⁹⁾, motsvarar i hufvudsak den kontinentala processens *querela nullitatis*, men var likväl i början, enligt hvad våra äldre författningar gifva vid handen, så till vida olikt såväl detta som alla ordinära *remedia iuris* att det ej var bundet af någon fataljetid, utan kunde väckas när som helst ¹⁰⁾. I detta afseende skedde först genom 1734 års lag en förändring. Nullitetsklagan blef nu bunden vid en mycket kort tid och underkastades jämväl i öfrigt samma bestämmelser som det rättsmedel, hvarigenom utslag i brottmål äfvensom preliminära utslag öfverklagas ¹¹⁾. Ge-

⁹⁾ I äldre tider äfven *Klagan*, jfr Nordström, a. a. 607 ff. Detta rättsmedel, som i äldre tider endast användes mot vägrad eller fördröjd rättsskipning, erhöi sin egentliga utbildning under 1600 talet.

¹⁰⁾ Sälunda säges i resolutionen på Adelns besvär d. 1 September 1664, att den dom icke må upphävas, „som lagligen afsagd är och rei *judicatae vires* nådt hafver, — — *med mindre bevislig nullitet, märckelig Domvilla och olaglighet deruti befinnes*, eller ock Kongl. Maj:t til sin cognition saken vil hemställt hafva“, och i resolutionen på Göta Hofrätts memorial den 16 Oktober 1723 förbjudas parter att i Öfverrätters dom söka ändring annorlunda än „via *ordinaria*“ och med iakttagande af förordningarna om *beneficium revisionis*, „så framt den icke vil klaga de male administrata et denegata iustitia eller och förmenar sig hafva fog, at besvära sig öfver en eller annan *felactighet, som Domaren, hvilken Saken afslutit, begådt emot sjelfva Processen.*“

¹¹⁾ R. B. 25: 21. Att det var den gamla nullitetsklagan, som lagstiftaren ville hafva utsträckt jämväl till dessa fall, framgår ej blott däraf att det citerade lagrummet uppräknar just de fall, för hvilka denna klagan förr plägade användas, utan äfven af lagkommissionens protokoll (t. ex. för den 18 och 20 September 1712), där uttrycket *querela nullitatis* förekommer såsom den vanliga benämningen för detta rättsmedel. Härigenom förklaras äfven det förhållande, att sagda lagrum uppräknar såväl processförutsättningar af absolut karaktär som andra fel i rättegången, hvilka bero på uppenbar lagöfverträdelse af domaren. Det förtjänar nämnas att lagkommissionen öfverlade huruvida viss tid borde bestämmas för *querela nullitatis*, och att inom kommissionen i sådant afseende föreslogs natt och år a die *notitiae* (se nedan n. 14).

nom dessa stadganden, hvilka ännu äro gällande, har angreppet mot domars giltighet helt och hållet antagit karaktären af ett vanligt rättsmedel. Endast i det fall att en person, som icke varit i tillfälle att försvara sig, blifvit dömd eller lider förfång af den dom, som fälles mellan tvänne andra personer, är tiden för besvärens anförande förlängd till natt och är „ifrån then dag han thet veta fick.“ (R. B. 25: 22). Men hvarken i detta fall eller i något annat eger den genom en felaktig dom förfördelade rätt att under en obegränsad tidrymd fordra domens upphäfvande såsom ogiltig. Från denna regel bilda de i 31 kap. R. B. medgifna extra ordinära rättsmedlen, resning och återbrytande af dom, som vunnit laga kraft, endast skenbara undantag, ty de gå icke ut på att en dom måtte förklaras för ogiltig på grund af fel vid rättegången eller andra orsaker, utan därpå att en rättskraftig dom, hvars formella giltighet af ingen bestrides, måtte af billighetshänsyn upphävas. Således, äfven enligt vår rätt kan den processuella ogiltigheten endast genom rättsmedel och under en begränsad tidrymd göras gällande.

En närmare bestämning eller, om man så vill, en inskränkning måste likväl göras vid denna regel. Den gäller endast för rättegången vid verkliga domstolar, d. ä. vid dem, hvilka af staten erkännas såsom sådana, och för de domar, som af dem utgifvas. Men så snart det ej är fråga om sådana domstolar, såsom t. ex. om ett antal enskilda personer företager sig att spela domstol eller om vid ett uppror en revolutionär myndighet utrustas med domstols namn och attribut, men vid ordningens återställande denna myndighet åter upphäves, så äro i hvardera fallet de domar, som härifrån utgå och de processhandlingar, hvilka här företagits, absolut ogiltiga i samma mening, som detta uttryck förekommer i civilrätten. Någon rättskraft kunna slika domar aldrig erhålla, ty de äro, från rättslig synpunkt betraktade, inga verkliga domar och kunna icke genom någon tids förlopp blifva sådana ¹²⁾; ej håller behöfva de an-

¹²⁾ Se *Schwalbach*, 403 f.

gripas genom rättsmedel, eller upphävas af domstol, ty här existerar icke någon dom, som kunde blifva föremål för en sådan behandling.

Bortser man från dessa fall, hvilka äro af den beskaffenhet att de ej behöfva här tagas i betraktande, torde något undantag från den nyss uppställda regeln ej behöfva göras. Särskildt kunna vi icke godkänna den af högste domstolen i Sverige uttalade åsigten att ett utslag, hvarigenom under rätt förklarar en vid densamma anhängig gjord tvist för domstolssak, ehuru den i själfva verket tillhörde förvaltande myndighets åtgärd, vore absolut ogiltigt och icke kunde vinna rättskraft.¹³⁾ Ty då lagen för detta fall icke föreskrifver någonting annat, är det klart att detsamma måste betraktas såsom ett fall af domvilla, som underligger den i R. B. 25: 21 stadgade behandling.¹⁴⁾

Vi gå nu att närmare betrakta den ogiltighet, som vållas af processinvändningarna, och göra därvid början med de dispositiva. Enligt hvad beträffande dessa förut anförts, kan en sådan invändning endast i det fall göra rättegången ogiltig, att den berättigade parten inom föreskrifven tid gör den gällande vid domstolen. Då det således i dessa fall beror på parten, huruvida en viss omständighet skall utgöra en processförutsättning eller icke, är det naturligtvis intill dess han företett sin invändning ovisst huruvida någon brist

¹³⁾ Åt en sådan åsigt har högsta domstolen gifvit uttryck i en den 10 Januari 1866 gifven dom, som finnes intagen i *Naumann's* tskr. III, 182 f.

¹⁴⁾ För att ytterligare visa hvilken betydelse 1734 års lagstiftare fäste vid uttrycket *domvilla*, må här nämnas att det andra af de trenne på riksarkivet i Stockholm förvarade handskrifna förslagen till rättegångsbalk innehåller ett särskildt med annan handstil än förslaget i öfrigt affattadt kapitel (det 17:de), som handlar om „Domvillo“ och hvars 1 § lyder: „Thet är domvillo, när man fäller en dom, som i lag och rätt ingen grund hafver, och således eij bestånd äga kan.“ I stället för ordet „rätt“ har här ursprungligen stått „rättvisa.“ 2 § lyder: „Vill man kära öfver domvillo, göre thet innan natt och ähr, sedan han therom kunskap fick. Försummar han samma tijd, hafve eij våld therå vidare tala.“

i dessa förutsättningar föreligger. Har det åter genom invändningens framställande af parten blifvit afgjordt att den i fråga varande omständigheten i detta fall värligen utgör en processförutsättning, återstår ännu att bestämma om sagda förutsättning äfven, såsom parten påstår, saknas. Detta måste i hvarje särskildt fall konstateras af domstolen, och medan invändningen beror på dennes pröfning är således frågan om rättegångens giltighet och om möjligheten af en rättskraftig dom fortfarande oviss eller sväfvande. Först sedan domstolen fält sitt utslag öfver invändningen och godkänt densamma, är det afgjordt att det inledda förfarandet rörande hufvudsaken till följd af bristen på en processförutsättning ej blott numera är ogiltigt, utan ock varit det redan från början. Likaledes är det, om domstolen förkastat invändningen eller om tiden för dess väckande gått obegagnad förbi, säkert att denna omständighet icke utgör något hinder för rättegångens giltighet.¹⁵⁾

Vid de absoluta processinvändningarna är förhållandet så till vida olika det, hvarom nu varit fråga, att domstolen äfven utan något initiativ från partens sida kan beakta bristen och på grund därav vägra att upptaga hufvudsaken till pröfning, samt att, om hvarken domstolen eller parten anmärker om förhållandet och saken sålunda afgöres genom dom, parten det oaktadt ännu under någon tid har tillfälle att göra sagda brist gällande i högre rätt och på grund därav yrka domens upphäfvande såsom ogiltigt¹⁶⁾. Men häraf följer icke att en sådan processinvändning skulle göra rättegången absolut ogiltig i civilrättslig mening, ty om domstolen icke fäster afseende vid invändningen samt besvärstiden löper oanvänd till ända, varder rättegången giltig

¹⁵⁾ Om parten emot utslaget rörande invändningen inlägger ett rättsmedel, fortfar naturligtvis ovissheten till dess invändningsfrågan blifvit genom slutligt utslag afgjord. För att förenkla saken hafva vi i texten icke tagit hänsyn till detta fall.

¹⁶⁾ Detta sker genom rättsmedlet besvär eller querela nullitatis, hvarom nyss varit fråga och som, hvad beträffar dess användande i förevärande fall, längre fram kommer att ytterligare beröras (se nedan § 28).

sålunda att domen vinner laga kraft, hvilket icke vore möjligt om ogiltigheten vore af nyss antydda beskaffenhet, ty det, som är i rättsligt afseende betydelselöst, kan icke erhålla rättslig giltighet endast därigenom att en viss tidrymd löper till ända. Å andra sidan kan man icke håller påstå att rättegången, oaktadt tillvaran af en brist i de absoluta processförutsättningarna, från början eller innan bristen beaktats af domstolen eller parten, vore i sig själf giltig, ty i sådant fall vore det icke möjligt att förklara den befogenhet domstolen eger att, äfven då rättegångens giltighet icke angripes af parten, på grund af i fråga varande brist behandla den såsom ogiltig och till följd däraf afböja hufvudsakens upptagande till pröfning. Fastmer måste i detta fall saken konstrueras på samma sätt, som i fråga om de dispositiva processinvändningarna. Saknas en absolut processförutsättning, är frågan om rättegångens giltighet, nämligen för såvidt denne rör hufvudsaken, redan från början sväfvande eller oafgjord. Detta tillstånd af ovisshet fortfar, om vi tills vidare bortse från möjligheten af rättsmedels användande, intill dess domstolen antingen förklarat sig angående den i fråga varande förutsättningens existens eller ock, utan att utlåta sig härom, afgjort hufvudsaken. I sist nämnda fall, liksom ock när domstolen förklarat förutsättningen vara för handen, har den därmed tillika gifvit till känna att rättegången varit från början giltig, har den åter vägrat att pröfva hufvudsaken, så innebär detta att rättegången varit från början ogiltig.

Att giltigheten af en rättshandling under en viss tid förblir oafgjord, såsom fallet vore enligt denna konstruktion med parternes och domstolens processuella handlingar, detta är hvarken i sig själf omöjligt eller ens någonting ovanligt¹⁷⁾. Tvärtom erbjuder denna uppfattning obestriddliga

¹⁷⁾ Om sådana rättshandlingar är det som *Marcellianus* säger: quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retro ducitur et apparet, quid actum est;“ l. 15 (16) D. de reb. dub. XXXIV, 5. I afhandlingen Om Kvittning, 96 ff., hafva vi visat huru giltigheten af ett enskildt rättsärende sålunda kan under någon tid vara oviss.

fördelar framför en konstruktion af saken enligt de vanliga civilrättsliga kategorierna, absolut och helbar ogiltighet, anfäktbarhet, m. m., ty dessa förklara icke huru det är möjligt att en ogiltig handling kan förvandlas till giltig eller tvärtom.

Den ogiltighet, som värkas af en absolut processinvändning, är således, oaktadt olikheter i det enskilda, hufvudsakligen af enahanda beskaffenhet, som vid de dispositiva invändningarna. I hvardera fallet inträder denna värkan icke blott och bart såsom en följd af bristen på någon processförutsättning, utan därtill fordras dessutom att denna brist inom viss föreskrifven tid beaktas och göres gällande. Får denna tid förflyta utan att bristen anmärkes, är följden åter i bägge fallen densamma, nämligen att rättegången och domen numera äro oåterkalleligen giltiga. Och intill dess det sålunda eller på annat sätt blifvit afgjort om en sådan brist existerar eller icke, är frågan om rättegångens giltighet eller ogiltighet sväfvande. Skilnaden består endast däri, att å ena sidan bristens beaktande i fråga om de dispositiva förutsättningarna blott är en parten tillkommande rättighet och med afseende å de absoluta därjämte en domstolen åliggande pligt, samt att å den andra tiden, inom hvilken bristen måste anmärkas, är i hvardera fallet olika utmätt. Den skilnad, som i sistnämnda afseende eger rum mellan de bägge hufvudlagen af processinvändningar, skall i annat sammanhang närmare beröras.

Efter hvad här blifvit framställt angående värkan af processinvändningarna behöfva vi ej vidare utveckla huruledes den ogiltighet vi nu lärt känna såsom processrättens är af helt annat slag än den, hvilken förekommer i civilrätten och som vållar att hvarje rättsärende, som saknar någon af förutsättningarna för sin giltighet, i regeln är absolut ogiltigt, så att detsamma icke genom någon tids förlopp kan erhålla betydelsen af ett verkligt rättsärende.

Orsaken till denna olikhet ligger i civilrättens och processrättens olika karaktär och ändamål. Framför alt är det civilprocessens ofvan antydda uppgift att upprätthålla rätts-

säkerheten för samhällets medlemmar genom att förhjälpa enhvar till hans rätt och, där denna är tvistig, fastställa densamma, som härvid måste tagas i betraktande. Ty för att detta ändamål skall kunna uppnås, är det nödvändigt att låta domar och andra processhandlingar på vissa vilkor och inom en viss icke altför aflägsen tidpunkt erhålla rättslig giltighet. Det institut, hvarigenom detta sker, eller rättskraften, hafva vi redan tidigare betraktat och därvid tillika visat, att ehuru härigenom en materielt oriktig lösning af tvistefrågan stundom kan varda oåterkalleligen fastställd, denna olägenhet icke väger mycket i jämförelse med de omätliga fördelar ett säkert och orubbligt rättstillstånd medför för hela samhället. Också hafva vi i annat sammanhang framhållit, huruledes såväl af denna som af andra orsaker civilprocessen öfveralt erhållit en sådan inrättning, att parterne till större eller mindre del ej blott bestämma öfver tvistens föremål, utan äfven deltaga i rättegångens förande till dess slutliga mål, en rättskraftig dom.

Och här kunna vi ej underlåta att, om ock i förbigående, påpeka den alldeles egendomliga karaktär, som civilprocessrätten genom dessa omständigheter erhåller, särskildt hvad beträffar det enskilda rättssubjektets ställning och uppgift i afseende å skyddet af dess rättigheter. Visserligen förekommer det jämväl på den materiella civilrättens område att subjektet kan genom ovärksamhet förlora någon rättighet — härpå hafva vi i preskriptionen ett exempel, — men i vida högre grad och på helt annat sätt fordrar processen af parterne en positiv värksamhet. Till följd af sin egendomliga uppgift att åstadkomma rättssäkerhet, kan processrätten endast lämna parterne *möjlighet* att realisera och bevara sina rättigheter. För att denna möjlighet äfven skall blifva *verklig* erfordras dessutom från parternes sida att de anstränga sig och äro vaksamme. De måste bekväma sig till att använda de medel, som rättsordningen gifvit dem, och försumma de detta, få de ej heller beklaga sig om någon förmån eller rättighet går för dem förlorad. Satsen „ius civile vigilantibus scriptum“ gäller i all synnerhet med

afseende å civilprocessrätten. Det kan ej bestridas att denne rätt ställer stora fordringar på den enskilde, då den sålunda lägger processens utgång hufvudsakligen i hans egna händer. Men till ersättning härför erbjuder den åt honom skydd för hans rättigheter och åt samhället i dess helhet ett stadgadt rättstillstånd¹⁸⁾.

§ 23. Vi öfvergå nu till processinvändningarnas behandling i vår rättegång. Föreskrifterna härom återfinnas hvad beträffar den nu gällande rätten hufvudsakligen i R. B. 16: 1—5 samt 25: 21. Hurudan denna behandling varit i den äldre svenske rätten, därom äro underrättelserna i denne rätts källor mycket torftiga. Äfven då, såsom stundom inträffar, processinvändningar omtalas i landskapslagarne, säges om deras behandling i allmänhet intet.

Men ehuru det således är vanskligt att i detta afseende draga bestämda slutsatser, kan man dock på åtskilliga grunder antaga, att dylika invändningar åtminstone i de flesta fall afbrutit rättegången i hufvudsaken samt föranlett ett eget förfarande med särskildt utslag. Redan den omständigheten att landskapslagarne på så många ställen tala om skyldigheten att svara och när en sådan skyldighet förelåg, synes angifva att en särskild förhandling rörande denna fråga kunde ega rum¹⁾. Gå vi sedan till enskilda fall, så hafva vi främst att märka Uplandslagens stadgande därom, att en med vitnen gripen och sedermera undkommen tjuv, som ville tilltala målseganden, ej fick utföra sin talan förr än han försvarat sig mot tillmälet angående tjufnaden²⁾. Det är nämligen uppenbart, att den af tjuften angripne parten häri hade en processinvändning, som ovilkorligen måste vara

¹⁸⁾ Angående denna sida af civilprocessrätten hänvisa vi till *Bulow, Fictionen* 85 ff.

¹⁾ Jfr t. ex. Ögl. Vpb. 4, 36, Gb. 7 pr. Ul. pgb. 8 § 5, Jb. 4 § 5, 15 § 2, Sl. Jb. 14 § 1, pgb. 4 § 3, Vml. I, pgb. 4, 5 pr.

²⁾ *aghi aldrigh han wald bondæ at qualia fyrr än hawer sik sialwæn wart*, Ul. Mb. 39 § 3, cit. hos *Amira*, a. a. 68. Samma stadgande återfinnes i Sl. pjb. 4 § 3.

afgjord innan han behöfde inlåta sig i hufvudsakligt svaromål. Likaledes framgår det af stadgandena om tvetalan,³⁾ att denna omständighet måste undersökas och afgöras innan man gick vidare med rättegången i hufvudsaken. Och slutligen får det icke förbises, att vid klandertvister åberopandet af hemulsmannen afbröt rättegången mot den ursprunglige svaranden och gaf anledning till ett särskildt förfarande angående denna fråga, vare sig att klandret gälde fast eller lös egendom. Ty fastän hemuln, såsom tidigare visats, icke var någon processinvändning i teoretisk mening, är det likväl mycket sannolikt att, i öfverensstämmelse med den allmänna germaniska uppfattningen, som icke skilde mellan materiella och formella försvarsgrunder, svaranden ansetts därigenom kunna befria sig från pligten att ingå i svaromål samt öfverflytta densamma på sin fångesman, eller med andra ord, att hemuln betraktats på samma sätt som verkliga processinvändningar. Betänker man ytterligare att det under dessa tider rent mundtliga förfarandet gjorde en viss koncentration af processmaterialet nödvändig, måste man komma till den öfvertygelsen att den hos sydgermanerne till en processgestaltande norm utbildade regeln att i ett särskildt förfarande behandla alla frågor om processförutsättningarna⁴⁾, äfven i den äldre svenske rätten gjort sig gällande, om ock i en mindre bestämd och konsekvent form.

Hvad här blifvit sagdt om landskapslagarne gäller i hufvudsak äfven landslagen och stadslagarne. Icke håller de innehålla några närmare bestämmingar angående behandlingen af processinvändningarna. Däremot stadgar Rättegångsprocessen af år 1615, § 8, att när någon bland hofrättens ledamöter jäfvades för våld eller skyldskap, denne borde „hålla sigh ther ifrån så länge thet Målet och Ärendet förhandlas,“ hvilket tydligen innebär att en särskild förhandling rörande jäfsfrågan måste ega rum förr än hufvudsaken afgjordes. Det första i allmännare form affattade stadgandet i

³⁾ Se ofvan § 20 n. 4.

⁴⁾ Se ofvan s. 12 f.

detta ämne innehåller likväl följande ställe i 1667 års sjölag:

„Förmenar then stämde sig icke vara pliktig at svara i thet Sin, utan ifrån samme Rättegång skiäligen böra och kunna frijkallas, wari icke thess mindre skyldig at möta för Rätta, och sine skiäl tee låta; Och stände så til Rättens utslag, om han svara eller ock ther ifrån frijas skal“⁵⁾.

Här hafva vi således en särskild förhandling med särskildt utslag rörande processinvändningar. Men skall nu denna föreskrift, hvilken blott förekommer i en speciallag, på grund häraf betraktas såsom någonting för sagde lag egendomligt eller är man berättigad att i den se ett uttryck för en på dessa tider allmänt gängse rättsuppfattning? Redan det, som vi förut yttrat, gifver oss skäl att besvara frågan enligt det senare alternativet, och att detta svar är riktigt bekräftas äfven af den upprepade klagan, som de under den närmast följande tiden utkomna författningarna i ämnet föra öfver uppehåll och dröjsmål med sakens afgörande, som vållades genom dylika invändningar, ty det är klart att om de icke blifvit särskildt behandlade och afgjorda, något synnerligt dröjsmål genom dem icke kunnat uppstå.

Sålunda framgår det af ett kongl. bref till Rådet af den 29 Mars 1682 att jäf emot domaren begagnats såsom ett medel att „uppehålla saken, then andra parten till tryck och fördärf.“ Vigtigare i detta afseende är likväl brefvet af den 11 Juni 1688, hvilket ålade svaranden att framställa dylika invändningar förr än han inlät sig i själfva saken. Förordningen om rättegångsprocessen af den 4 Juni 1695 innehåller icke något stadgande angående behandlingen af processinvändningar, men däremot blef genom förordningen af den 16 April 1703 angående ändringssökande i „processuella mål“ föreskrifvet, att det borde ske direkt i hofrätten inom hälften af den tid, som för vads fullföljande var stad-

⁵⁾ Skipmåhlab. 6. Rubriken till detta kapitel lyder: „Om then stämde förmenar sig ey böra svara.“

gad⁶⁾. Af ännu större betydelse för vår fråga var likväl kongl. brefvet af den 10 Mars 1718 angående „Praeliminare-, Processuelle och Vittnesmåls tvisters afgjörande.“ Här af framgår nämligen först och främst att parten vid denna tid varit berättigad att ej blott fordra särskildt utslag öfver sina invändningar i rättegången, utan äfven särskildt i högre instans däröfver anföra besvär, hvarigenom rättegången rörande dessa invändningar kunde dragas ut i åratal⁷⁾. För att stäfja detta besvärliga missbruk förbjöd förordningen parterne att särskildt i öfverrätterne fullfölja dylika „preliminära“ mål samt föreskref i stället, att när en slik invändning blifvit gjord, domaren egde däröfver meddela utslag, „hvar efter dem (parterne) lämnas rådrum inom två dygn sig deröfver at förklara, antingen de dermed äro nöjde eller ej, hvilket i Protocollet antecknas bör, sedan fortfares likafullt efter domarens gjorde slut med Hufvudsakens afgjörande“ — —. Sedermera bestämdes genom förordningen af den 12 April 1728 dels att alla „Praeliminare och Processuelle Exceptioner“ skulle strax i rättegångens början på en gång anföras, så framt de voro af den beskaffenhet att det ske kunde, dels att, när invändningen rörde forum eller flere parters instämmande, parten egde, i händelse den af domstolen ogillats, inom tvänne dygn anmäla missnöje öfver detta utslag samt besvara sig i hofrätten inom hälften af den vanliga vadetiden, hvaremot med öfriga sådana invänd-

⁶⁾ Författningarna af den 11 Juni 1688 och 16 April 1703, hvilka icke äro upptagna i här befintliga samlingar af sådana handlingar och dem förf., emedan hans vistelse i Sverige måste plötsligt afbrytas, ej haft tillfälle att, såsom hans afsigt var, uppsöka å svenska riksarkivet, äro anförda efter *Nehrman*, 192 § 39 och 385 § 27.

⁷⁾ „Vi hafve fast ogiärna förnummit,“ heter det i sagda bref, „huruledes rättegångarne medels Praeliminair, Processual och Vittnesmåls tvister, om hvilkas förkortande tid efter annan åtskilliga Förordningar och Resolutioner utfärdade äro, mycket oförsvarligen blifva utdragne, så att trätosamma Parter dymedelst ofta i någre år gå ifrån den ena domstolen til den andra, och in til Vår Justitie Revision, innan de alla blifva ur vägen rögde, och hufvudsaken kan komma at företagas“

ningar skulle förblifva efter 1718 års förordning, hvilken borde så förstås att, sedan utslag öfver invändningen blifvit fäldt, parten väl egde inom tvänne dygn däröfver förklara sitt missnöje, men domaren icke dess mindre borde omedelbart fortfara med hufvudsaken. Slutligen förordnades genom kongl. förklaringen den 1 April 1732 att då besvär öfver underdomstolarnes utslag rörande invändningarna om forum och flere parters hörande anfördes i hofrätten, något revisionsökande emot dennes utslag icke finge ega rum, men att, när en dylik invändning gjordes i något mål, hvilket hofrätten handlade såsom första instans, dess utslag därom finge i revisionsväg drägas under konglig Majestäts granskning.

Dessa bestämningar blefvo sedan nästan oförändrade upptagna i 1734 års lag och utgöra sålunda i hufvudsak gällande rätt i ämnet. De stadganden, som därefter utgifvits, angå endast enskildheter och kunna därför lämpligast påpekas vid den framställning vi nu skola söka gifva af processinvändningarnas behandling enligt vår nuvarande civilprocessrätt.

§ 24. Emedan processinvändningarna enligt hvad ofvan visades, för att framkalla de med dem förknippade verkningar, måste inom viss tid göras i sådant afseende gällande, framställa sig helt naturligt till vårt besvarande frågorna af hvem och inom hvilken tid detta bör ske.

Beträffande den först nämnda frågan eger, såsom jämväl tidigare påpekats, den väsentliga skilnad rum mellan de dispositiva processinvändningarna och de absoluta, att de förra endast kunna göras gällande af den part, som däraf har intresse, medan åter vid de senare domstolen är ej blott berättigad utan äfven pliktig att själfmant beakta hvarje dylik invändning, ja, äfven att, när grundad anledning förekommer, anställa undersökning om någon viss processförutsättning är för handen eller icke. Som beskaffenheten af denna domstolens ställning i förhållande till de absoluta invändningarna längre fram kommer att åtminstone i ett af-

seende närmare belysas, behöfva vi ej här uppehålla oss vid denna fråga, utan kunna öfvergå till den rörande tidpunkten för processinvändningarnas framställande.

Härom stadgar R. B. 16: 5, att *alla invändningar skola i rättegångens början på en gång företes, ther the sådana äro, at thet ske kan.* Hvad som menas med uttrycket "i rättegångens början" är icke svårt att finna, ty skulle äfven ordalagen i stadgandet lämna rum för tvifvel, kan man dock på grund af de ofvan anförda förordningarna af åren 1682 och 1728, från hvilka bestämningen är lånad, sluta till dess mening. Lagstiftaren vill uppenbarligen därmed säga, att processinvändningarna skola af parten framställas förr än han ingår i någon förhandling rörande hufvudsaken. ¹⁾ Likaledes är det icke tvifvelaktigt i hvilka fall lagstiftaren tänkt sig att detta ej skulle kunna ske, det vill säga i hvilka fall undantag från den uppställda regeln borde medgifvas. Sådant inträffar icke blott då, när den i fråga varande invändningen uppstått först efter det parten inlåtit sig i hufvudsaken, utan ock när den först efter denna tid blifvit eller kunnat blifva bekant för honom. ²⁾

Beträffande den påföljd, som inträder i händelse en processinvändning icke blifvit framställd i "rättegångens början" och på samma gång som öfriga sådana invändningar, äro däremot lagens stadganden mindre tydliga. I vår § heter det vidare: *Finnes någor hafva thermed innehållit, at sakens slut hindra; böte o. s. v.* Häraf synes väl till en början framgå, att försummelsen att i rätt tid förete invändningen endast då ådrager parten böter, när den varit förenad med en afsigt att draga ut på rättegången eller "sakens slut hin-

¹⁾ Denna bestämning, som återkommer i de flesta processlagar, har i en del bland dem berott på en misstyndning af det romerska stadgandet att dilatoriska invändningar böra framställas i rättegångens början; se ofvan s. 27 f.

²⁾ Enligt C. P. O. § 247 mom. 3 kunna processhindrande invändningar äfven framställas senare "wenn der Beklagte glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen".

dra", liksom det å andra sidan äfven är klart att i sådant fall denna påföljd alltid inträder och för alla invändningar. Men då någon påföljd icke är utsatt för det fall, att i fråga varande försummelse ej berott på en dylik afsigt, utan på vårdslöshet eller okunnighet om lagens bud m. m., måste stadgandet redan i detta afseende betraktas såsom ofullständig. Af större vigt är det dock, att här icke säges hurvida en processinvändning, som af parten framställes efter det han inlåtit sig i hufvudsaken, ännu kan medföra åsyftad värkan eller om den skall af domstolen afvisas såsom altför sentida väkt eller, med andra ord, om föreskriften om invändningens väckande i rättegångens början är preklusiv eller icke.

Äfven vid denna frågas besvarande måste man skilja mellan de tvänne olika slagen af processinvändningar. Hvad först beträffar de absoluta, så är svaret med afseende å dem jämförelsevis lätt, ty dessa invändningars natur, särskildt såsom de gestaltat sig i vår processrätt, fordrar ovilkorligen deras beaktande äfven i ett senare stadium af rättegången.³⁾ Då lagen engång anser vissa omständigheter vara af den betydelse för rättegången, att domstolen på grund däraf bör afböja all pröfning af det tvistiga anspråket, finnes intet skäl hvarför dessa omständigheter icke lika väl skulle visa sin värkan efter det förhandlingen rörande hufvudsaken tagit sin början som dessförinnan, och då det äfven enligt svensk rättsuppfattning "ex nobili officio" åligger domaren att tillse det enhvar "njuter en ren och laga process till godo",⁴⁾ är det klart att denna pligt sträcker sig icke till det ena eller andra stadiet af rättegången, utan till denne i dess helhet. Att detta är lagens mening, framgår för öfrigt all-

³⁾ I den äldre tyska processen måste alla invändningar vid äfventyr af preklusion framställas före rättegången rörande hufvudsaken, hvilket ej kan väcka förvåning, då samma regel gälde såväl i den kanoniske rätten som i den forngermaniske. Ej håller får man häraf sluta, att en sådan behandling egnats absoluta processinvändningar, tvärtom måste man säga att under denna tid alla processinvändningar varit af dispositiv natur.

⁴⁾ Kongl. brefvet den 9 Mars 1737.

deles otvetydigt däraf, att den betraktar ett förbiseende från domarens sida af dylika processinvändningar såsom domvilla och rättegångsfel, som berättigar parten att, äfven om han icke under rättegångens lopp därom anmärkt något, ännu efter domens afkunnande genom querela nullitatis fordra dess upphäfvande. Domarens pligt att så länge rättegången varar, beakta de absoluta processinvändningarna är således på det eftertryckligaste uttalad. Och att detta gäller äfven för målets behandling i högre instans är särskildt beträffande hofrätterne bestyrkt genom den dem i R. B. 8: 1 tillagda samt i kgl. brefven den 10 December 1756 och 12 November 1761 ytterligare inskräpta pligten att vaka däröfver, att i underdomstolarne "rätt skipas efter Lag, och thes rätta förstånd".⁵⁾ Då nu partens initiativ vid dessa invändningar endast består däri, att han fäster domstolens uppmärksamhet vid en sådan omständighet, är det klart att de jämväl kunna af parten väckas under alla stadier af rättegången och intill dess saken blifvit genom rättskraftig dom afgjord. Dock är det en följd af rättegångssättet i öfverrätterne, att processinvändningar, hvilka först här göras gällande, måste vara likvida.

Tvifvelaktigare synes frågan med afseende å de dispositiva processinvändningarna. Om man, bortseende från alla positiva bestämningar, endast betraktar saken från rent principiell synpunkt, måste man följdriktigt komma till det resultat, att dessa invändningar böra af parten framställas före förhandlingen rörande hufvudsaken, såvida han öfver hufvud vill att vid dem skall fästas något afseende. Ty då rättegångens ogiltighet här icke fordras af *offentlig hänsyn* till en ordnad rättsvård, utan beror på en åt parten till förmån för hans *enskilda intressen* medgifven rätt, att på grund af

⁵⁾ I praxis är denna åsigt likväl icke obestridd. Sålunda blef uti ett i *Schmidt's* arkiv, XII, 316 ff., anfördt rättsfall en invändning om bristande processlegitimation, som framstälts först vid målets behandling i hofrätten, lämnad utan afseende. Däremot blef i ett annat dylikt, uti *Holms* arkiv, II, 560 f. anfördt fall samma invändning af högste domstolen pröfvad och godkänd.

vissa omständigheter icke behöfva underkasta sig sakens afgörande genom den inledda rättegången, kan man med alt skäl fordra, att sådana omständigheter, såvidt de äro honom bekanta, af parten göras gällande innan rättegången i själfva tvistefrågan, i hvad på honom ankommer, tager sin början. Ingår han i en förhandling rörande hufvudsaken, så är man fullt berättigad att däri se ett erkännande från hans sida af att denna förhandling är en giltig sådan, enär det icke kan antagas att någon skulle utföra processhandlingar, dem man själf betraktas såsom ogiltiga. Och om han sedermera, efter sålunda att hafva utan reservation deltagit i sagda förhandling, yrkar att densamma måtte förklaras för ogiltig på grund af någon omständighet, som redan vid rättegångens början var honom bekant, så innebär detta ett återtågande af hans nyss nämnda erkännande af rättegångens giltighet, och han har härigenom gjort sig skyldig till motsägelse, en förändring af sin processuella ståndpunkt, hvilken domstolen enligt allmänna processrättsliga principer ej behöfver godkänna, utan både kan och bör tillbakavisa.⁶⁾ Att dessutom de dispositiva processinvändningarnas bindande vid en kort utmätt preklusiv termin påbjudes af praktiska motiv, nämligen af hänsynen till en större koncentrerung af processmaterialet samt rättegångens förenklade och bringande till ett snarare slut, är redan förut antydt.⁷⁾ På dessa skäl hafva också främmande processlagar och lagförslag allmänt uppstått den grundats, att dylika invändningar icke kunna med framgång göras gällande af parten sedan han inlåtit sig i hufvudsaken.⁸⁾

Gå vi nu att undersöka frågan med särskild hänsyn

⁶⁾ Jfr för vår processrätt R. B. 15: 6, sista mom., samt för öfrigt hvad ofvan yttrats angående ändring af käromålet, § 20.

⁷⁾ Se ofvan s. 67 f.

⁸⁾ Jfr t. ex. C. pr. 173, 186, äfvensom 169, 382 (såsom synes, prekluderas en del processinvändningar ej blott genom rättegången i hufvudsaken, utan ock genom andra dylika invändningar); Genève, art. 65—70, C. P. O. § 247 mom. 3; Österr. A. G. O. § 42, jfr § 40; Ö. F. § 288; Preuss. förordn. den 26 Juli 1746 §§ 5, 6 (där stadgandet hänföres till "dilatatoriska" invändningar öfver hufvud, jfr Koch §§ 130, 175); Hannover

till den svenske och finske rätten, så hafva vi till en början endast föga ledning af litteraturen, i det meningarna hos de författare, hvilka yttrat sig i frågan, äro delade.⁹⁾ Betrakta vi åter saken från vår lags allmänna ståndpunkt, förtjänar det nämnas att denne lag öfver hufvud endast i ringa utsträckning använder preklusion. I stället för att, såsom de flesta nyare processlagar, låta den part, hvilken försummat att utföra en viss processhandling inom den därtill bestämda tiden, därigenom förlora möjligheten att med rättslig värkan företaga denna handling, söker vår lag i de flesta fall blott medels en af bötesstraff understödd ledning af processen från domstolens sida förekomma rättegångens utdragande genom försummelse af parterne. Och där preklusionspåföljd undantagsvis skall inträda, gifves detta vanligen af lagen uttryckligen till känna.¹⁰⁾ Då dessutom, såsom man kan sluta af de upprepade klagomålen öfver rättegångarnes utdragande genom preliminärprocesser, principen af preklusion i de fall, hvarom nu är fråga, troligen icke tillämpats före 1734 års lag, kan det verkligt förefalla tvifvelaktigt huruvida lagstiftaren då velat hafva den införd. Härtill kommer att i vår processrätt ett strängare genomförande af denna grundsats dels vore vådligt för parterne, hvilkas talan i allmänhet icke föres af rättskunniga ombud, dels åter till följd af processmaterialets protokollering här är mindre nödvändigt än vid en rent mündtlig rättegångsordning.

Å andra sidan får det likväl icke håller förbises, att § 196, Baijern art. 184, Württemberg, art. 344 jfr 81; Ryssland, art. 575; för dansk rätt *Nellemann*, 111; D. F. §§ 31, 52, 174. Äfven Sv. FF. stadga preklusionspåföljd för invändningarna om forum, om domarejäf och mot stämningen: R. B. 13: 1, 5, 10.

⁹⁾ *Nehrman*, 193 § 39, anser sådana invändningar ej "böra emottagas", sedan parten begynt i saken svara, och samma mening uttalas af *Colling*, a. a. 10, beträffande invändningarna om forum och flere parters hörande. Den motsatta åsigten hyllas af *Afzelius*, 53, och *Backman*, Handbok (1863), 547, medan åter *Schrevelius*, 200 f. och *Fick*, De exceptionibus (1753) § 10, De contestatione, litis (1754) § 7, yttra sig mer obestämdt.

¹⁰⁾ Jfr t. ex. R. B. 11: 9; 16: 1; 25: 1, 5, 21; 27: 1, 2, 5.

invändningarna om stämningen, hvilka enligt vår rätt äro de enda processinvändningar af dispositiv natur, väsentligt atvika ej blott från absoluta processinvändningar i allmänhet utan ock från sådana, som i främmande lagstiftningar betraktas såsom dispositiva, och att på grund häraf de olägenheter, hvilka annars åtfölja preklusiva stadganden, icke framträda med afseende å dessa invändningar. Då lagstiftaren ålagt käranden att stämma in sin vederpart inom viss tid och på visst sätt, så har detta skett endast för att gifva denne tid och tillfälle att hörsamma kallelsen och bereda sig till den förestående rättsstriden. Och har han icke blifvit lagligen stämd, eger han rättighet att uteblifva från domstolens sammanträde, hvilket han ej kan göra om någon annan processförutsättning saknas. Om därför svaranden, ehuru laglig stämning icke ågått honom, likväl inställer sig för rätta och ingår i hufvudsakligt svaromål, så har han därmed äfven visat att det ändamål, som med stämningen åsyftas, blifvit uppnådt oaktadt den var bristfällig, och då det förbjudes honom att numera göra bristen gällande, sker honom ingen skada eller orätt. Någon fara att han härigenom skulle förlora rättigheter, som värkligen tillkomma honom, är således i detta fall icke för handen.

Under sådana förhållanden, och med hänsyn till den tystnad lagstiftaren iakttagit, kan man ingalunda bestämdt påstå att han i detta fall skulle hafva uteslutit preklusionen. Mer sannolikt är då att han velat lämna frågan öppen. Men huru härmed än må förhålla sig, har dock praxis såväl i Sverige som hos oss, om icke enhälligt, likväl med stor öfvervigt uttalat sig för regeln att svaranden bör prekluderas med nu i fråga varande invändningar, om han ej framställer dem i rätt tid, d. ä. förr än han börjat sitt svaromål i hufvudsaken. ¹¹⁾)

¹¹⁾ Beträffande Sverige hänvisa vi till rättsfallen i *Schmidt's* arkiv, XXIII, 572 ff. och XXVI, 202 ff. äfvensom *Holms* arkiv, IX, 346 ff., i hvilka sådana invändningar, såsom för sent framställda, icke upptagits till pröfning, därvid likväl olika meningar yppats bland domstolarnes medlemmar. Hos oss åter har justitiedepartementet i en den 17 Mars 1883 gifven, uti jur. för:ns tidsskr. för samma år, s. 168 ff. anförd dom, enhälligt anslutit sig till samma åsigt.

Med stöd af denna praxis och af de allmännare grunder, som ofvan blifvit anförda, kunna vi därför fastställa sagda regel såsom gällande äfven för vår processrätt.

De skäl, på grund af hvilka vi förklarar föreskriften om processinvändningarnas framställande före förhandlingen rörande hufvudsaken, såvidt denna föreskrift rör invändningarna om stämningen, för preklusiv, ega ingen tillämplighet på det därmed i sammanhang ställda budet att hvarje invändning skall företes tillika med öfriga invändningar, ty att inlåta sig i hufvudsaken har naturligtvis en helt annan betydelse än att väcka nya processinvändningar, hvilka äfven gå ut på att afböja pröfningen af denna sak. Föreskriften om invändningarnas framställande "på en gång" innebär icke en tillämpning af eventualmaximen, så att möjligheten af deras successiva förebringande vore utesluten,¹²⁾ den åsyftar blott ett sådant tillvägagående härvid att all onödig tidsutdrägt, så vidt möjligt, skulle undvikas. Icke heller är det nödvändigt att invändningarna om stämningen framställas före öfriga processinvändningar, ty beträffande den ordning, i hvilken dessa invändningar böra af parten göras gällande har vår lag, i fullkomlig motsats till bl. a. den franska processrätten, hvilken vid preklusionspåföljd fordrar iakttagandet af en viss ordningsföljd mellan en del invändningar,¹³⁾ öfverlämnat afgörandet åt parterne själfve. Trots alt hvad i denna fråga skrifvits¹⁴⁾ hafva således parterne enligt vår rätt full frihet att framställa sina invändningar i hvilken ordning de helst vilja.

¹²⁾ Detta framgår ock af förhandlingarna vid 1734 års riksdag. På en anmärkning af Clerk, att parterne ej borde tillåtas senare än i sin första inlaga göra invändningar, svarades nämligen å lagkommissionens vägnar: "Då exceptiones in processu icke voro alla af en beskaffenhet, utan en del sådana, att de ej kunde anföras, förr än man, på en föregående, erhållit Rättens svar; så kunde — parterne ej eller i gemen påläggas, att strax i libellen eller exceptionen införa alla sina invändningar" o. s. v.

¹³⁾ Se ofvan n. 8.

¹⁴⁾ Colling, a. a. 13 f., De ordine exceptionum (1775), Fick, De exceptionibus § 11 ff., Dellén, a. a. 12 f., Schrevelius, 200 ff.

§ 25. Sedan vi sett huru processinvändningarna skola göras gällande af parterne, följer att lära känna huru de skola bevisas, och isynnerhet hvilken af parterne beviset i hvarje fall åligger.

Frågan om beviskyldighetens fördelning är, såsom redan tidigare påpekats,¹⁾ den i hvilken den gamla läran om processinvändningarna måhända visade sig mest oförmögen att beherska sitt ämne. Att i detta afseende uppställa bestämda regler och sålunda fylla den lucka, som denna lära kvarlämnat, är för denskund en oafvislig uppgift för processrätten. För att lösa sagda uppgift måste man utgå från uppfällningen af processinvändningarna såsom brister i förutsättningarna för en giltig rättegång rörande hufvudsaken. Dock är det härvid ingalunda nog att betrakta frågan i dess allmänhet. Tvärtom kan det först efter en noggrann undersökning af hvarje särskild processförutsättning blifva möjligt att bestämma vilkendera parten bevisningen däraf i hvarje enskildt fall åligger. Naturligtvis kan det icke inom ramen af denna afhandling blifva fråga om en sådan undersökning. Vår uppgift måste här inskränka sig till att meddela några allmänna synpunkter och att sålunda angifva den hufvudregel, som härvid kommer till användning. Denna regel står i själfva verket i närmaste öfverensstämmelse med den, som gäller för bevisbördans delning i fråga om det materiella anspråket. Såsom redan inledningsvis anfördes, behöfver käranden för att lagligen styrka sitt anspråk icke bevisa alla de omständigheter, af hvilka riktigheten af detta anspråk är beroende, utan endast dess grund i inskränkt mening eller de för det i fråga varande rättsförhållandets uppkomst erforderliga omständigheter, men icke dem, hvilka endast hindra eller upphäfva anspråket. Å andra sidan åligger det svaranden att bevisa de påståenden, hvilka ehuru förenliga med nyss nämnda grund afse att värka anspråkets förkastande.

En liknande princip är det ock, som kommer till användning i fråga om processförutsättningarna. Äfven här

1) Se ofvan, s. 28 f.

måste man särskilja vissa omständigheter, hvilka så att säga utgöra förutsättningar för möjligheten af en giltig rättegång öfver hufvud. Dessa rättegången konstituerande förutsättningar, hvilka äfven kunde kallas dess grund i specifik mening, måste alltid bevisas af käranden, emedan det är han, som inleder rättegången och yrkar på dess företagande. Riktarsvaranden sitt angrepp mot någon af dem, är det därför aldrig honom, som bevisningen åligger. Gör han däremot gällande någon mer tillfällig omständighet, som icke strider mot dessa förutsättningar, utan endast utgör ett hinder för den inledda rättegångens giltighet, måste han i regeln bevisa densamma ²⁾).

Detta vore således den hufvudregel, enligt hvilken bevisbördan vid processinvändningarna fördelar sig mellan parterne. Emellertid synes det såsom vore denna regel först och främst ofullständig i det den icke lämnar någon ledning för de fall, då en anmärkning mot rättegångens giltighet framställes af käranden. Likväl är denna ofullständighet endast skenbar, ty betänker man att dessa kärandens anmärkningar icke kunna gälla någon till rättegångens grund i specifik mening hörande förutsättning, emedan detta vore ett förnekande af den anhållan om rättshjälpsomhet, som ligger i käromålet, samt att han således här befinner sig i samma belägenhet som svaranden i näst nämnda fall, skall man i själfva verket finna det öfverensstämmande med vår regel att käranden bevisar dessa invändningar.

Vidare kan det vara förenadt med icke ringa svårighet att afgöra hvilka processförutsättningar böra räknas till rättegångens grund i ofvan anförda mening, hvilket åter till en del beror därpå, att denna grund icke på samma sätt som grunden till det materiella anspråket behöfver uttryckligen nämnas af käranden. Likväl har man härvid en god ledning af den regeln att dessa förutsättningar alltid måste vara för handen redan vid rättegångens uppkomst, och att således hvarje omständighet, som icke hindrar uppkomsten

²⁾ Denna skilnad antydes äfven af *Bulow*, 9.

af en giltig rättegång utan endast *fortgången* däraf, icke hör till sagda förutsättningar. Denna bestämmning gäller utan undantag. Däremot är detta visserligen icke fallet med den omvända satsen att alla de förutsättningar, hvilka äro nödvändiga för uppkomsten af en giltig rättegång, äfven skulle höra till de konstituerande processförutsättningarna, men de undantag, som härvid komma i betraktande, äro ej blott få till antalet äfven lätt igenkänliga emedan de bero på en annan regel, hvilken vi nu skola lära känna.

Denna regel består däri att en viss faktisk omständighet, som någöndera parten gör gällande, måste bevisas af honom och ej af vederparten. Sin förnämsta betydelse har den för de processförutsättningar, hvilka icke höra till rättegångens grund i specifik mening. För dem åter, hvilka höra till denna grund, visar sig sagda regel hufvudsakligen endast däruti, att käranden blott behöfver bevisa de allmänna vilkoren för en sådan förutsättning, hvaremot, om svaranden påstår något faktum, som i det enskilda fallet är egnadt att upphäfva den i fråga varande förutsättningen, detta måste af honom bevisas³⁾. Härigenom får denna regel utseendet af att upphäfva den af oss först uppställda regeln, ehuru den i själfva verket endast förklarar och kompletterar densamma.

Såsom redan antydts, måste fullföljandet af alla de fall, hvartill dessa regler gifva anledning, lämnas åt den monografiska behandlingen af de enskilda processinvändningarna. Det är därför blott såsom exempel på deras tillämpning vi här meddela följande.

Då det för uppkomsten af en giltig rättegång är ovilkorligen nödvändigt att saken behandlas vid dess rätta forum, är det klart att denna förutsättning måste räknas till de rättegången konstituerande. På grund häraf måste käranden, om domstolens behörighet sättes i fråga vare sig af domstolen själf eller af svaranden, bevisa att den sist nämde är bosatt inom denna domkrets eller att „handeln“, på hvilken kärandens fordran grundar sig, där skett eller

³⁾ Äfven detta öfverensstämmer i allo med de regler, hvilka gälla för bevisningen af det materiella anspråket.

att jorden, hvarom tvistas, är där belägen o. s. v. Men påstår svaranden att han, såsom studerande vid universitetet, eger i denna sak svara inför rektor eller att han ingått förbindelsen för ett bolag, som har sitt forum på en annan ort, skall han visa att han är vid universitetet inskrifven eller att skulden är bolagets o. s. v.

Däremot hafva vi i den enskilde domarens ojäfvighet en förutsättning, som icke behöfver vara för handen för att en giltig rättegång rörande någon viss sak skall kunna uppstå, i det ett möjligen existerande jäf mot domaren icke utgör hinder för rättegångens giltiga inledande, utan endast för dess fortsättning och slut. Då denna förutsättning således ej kan hänföras till rättegångens grund i specifik mening, behöfver den ej hållas bevisas af käranden. Öfver hufvud är det här icke förutsättningen, som skall bevisas, utan bristen därpå, hvilken skall styrkas af den part, som gör en sådan brist gällande. Att detta resultat är riktigt, framgår äfven från en annan synpunkt. Domarens ojäfvighet grundar sig ej, liksom domstolens kompetens, på en faktisk omständighet, som lätt kan ledas i bevis, utan på en hel komplex af fakta, den utgör med andra ord en juridisk kvalifikation, hvilken enligt allmänna processrättsliga principer ej kan förnekas såsom sådan utan endast genom anförande af andra densamma upphäfvande fakta, de där måste behörigen styrkas af den, som anför dem. Om jäfvet mot domstolen göres gällande af den jäfvige domaren själf eller af domstolen ex officio, är ingendera parten skyldig att bevisa detsamma, hvaraf åter följer att det öfver hufvud ej kan på denna väg beaktas om det icke är uppenbart. Ty bortser man från det fall då någondera parten, sedan han hört jäfvet af domaren, finner det med sin fördel öfverensstämmande att leda detsamma i bevis, kan domstolen, äfven om den skulle misstänka att jäf föreläge, så snart detta icke med säkerhet framgår ur förhandlingen, icke fästa därvid något afseende.

Vid invändningarna rörande den processuella habiliteten måste man skilja mellan tvänne fall. Att parterne äro

förmögne att själfve föra sin talan utgör icke någon sådan förutsättning, utan hvilken uppkomsten af en giltig rättegång vore i och för sig omöjlig, ty saknar parten habilitet, kan rättegången för hans räkning föras af hans målsman. Men i sist nämnda fall, d. ä. om parten är inhabil, är det också redan på förhand otänkbart, att en giltig rättegång skulle kunna komma till stånd om han icke har målsman, enär redan stämningen måste utgå från målsmannen eller meddelas honom. Häraf följer nu, att i händelse den processuella habiliteten sättes i fråga för någon part, som uppträder inför rätta i egen person, det icke är han, som skall bevisa sin habilitet, utan angriparen, hvilken det åligger att bevisa det faktum, på grund hvaraf han bestrider sagda habilitet⁴⁾. Om åter käranden antingen själf uppträder genom målsman eller låtit stämma någon såsom målsman för svaranden, är det käranden eller hans målsman, som bevisningen åligger, hvaremot, om någon utan att vara stämd af käranden uppträder såsom svarandens målsman, han själf måste styrka denna egenskap. Skulle åter domstolen betvifla habiliteten hos någon part, som uppträder utan ombud, eller har den anledning att misstänka riktigheten af ett föregifvet målsmanskap, eger den därom fordra bevis af parten eller målsmannen. Öfriga vid denna processförutsättning förekommande fall kunna vi här förbigå.

Om käromålet är af den beskaffenhet att flere böra däri stämmas såsom svarandeparter, är den mot en af svarandena inledda rättegången ingalunda från början ogiltig, alldenstund åtminstone stämningen mot honom, såvida den annars är laglig, i detta fall ej blott är fullt behörig utan äfven utgör en nödvändig beståndsdel af ett riktigt och giltigt inledande af rättegången. Då denna processförutsättning således blott har den betydelse, att saknaden däraf hindrar rättegångens fortgång, behöfver den ej bevisas af käranden, utan måste svaranden bevisa sin invändning, d. ä. att han ej är pliktig att ensam svara. Detta öfverensstämmer ock

4) Jfr *Heyssler*, 137 f.

med det af oss redan tidigare påpekade förhållandet, att denna invändning i själfva verket hänför sig till det materiella anspråket.

I processlegitimationen hafva vi en förutsättning, som med hänseende till bevisningen intager en egendomlig ställning. Till rättegångens grund i specifik mening kan den så mycket mindre höra, som förekomsten af representanter i en rättegång icke ens är någonting för densamma väsentligt. I följd häraf borde således hvardera parten bevisa den invändning han gör mot legitimationen hos vederpartens representant. Men då enligt vår processrätt domstolen eger ex officio pröfva frågan om legitimationen och därvid affordra ombuden bevis öfver deras fullmäktigskap, kommer det först och främst endast sällan i fråga att bristen på legitimation skulle anmärkas af någondera parten. Och sker detta, så gäller med afseende å bevisningen samma regel som i nyss nämnda fall, nämligen att legitimationen måste bevisas af den, hos hvilken denna förutsättning är ifrågasatt. Detta är också helt naturligt, alldenstund egenskapen af fullmäktig grundar sig på ett bestämdt faktum, som ombudet gör gällande. Endast om vederparten gör gällande något faktum, på grund hvaraf han kan bestrida legitimationen, måste detta af honom bevisas.

Att föremålet för tvisten måste vara domstolssak hör otvifvelaktigt till de konstituerande processförutsättningarna. Men då denna omständighet prövas af domstolen på grund af det densamme i käromålets innehåll föreliggande material samt denna pröfning helt och hållet är en rättsdeduktion, ett tillämpande af rättssatser på gifna faktiska förhållanden, finnes här åtminstone i regeln icke rum för någon bevis-skyldighet.

Då invändningarna att saken är afgjord genom rättskraftig dom eller anhängig vid annan domstol enligt vår rätt äro verkliga processinvändningar, och då de göra rättegången från början ogiltig, kunde det synas såsom skulle de processförutsättningar, till hvilka dessa invändningar hänföra sig, höra till de rättegången konstituerande. Vid när-

mare granskning finner man dock att detta ej är fallet. Det är nämligen här icke fråga om någon viss egenskap hos det tvistiga anspråket, hvarigenom detta i och för sig ej skulle egna sig för processuel behandling, eller öfver hufvud om något sådant hinder för rättegångens giltighet, som skulle hänföra sig till denna rättegång, utan om en utom densamme liggande faktisk omständighet, hvilken i följd häraf måste bevisas af den part, som gör densamma gällande, d. ä. svaranden, samt om domstolen väkt därom fråga och den ej är uppenbar, likaledes af svaranden, såvidt nämligen denne är villig att prestera en sådan bevisning.

Då stämning enligt lag utgör den handling, hvarmed hvarje rättegång skall inledas, „begynnelsen och grundvalen“ för den blifvande rättstriden, måste det ovilkorligen betraktas såsom en rättegången konstituerande processförutsättning att stämning egt rum och att den varit laglig. I följd häraf åligger det naturligtvis käranden, i händelse någon af dessa omständigheter skulle bestridas, att bevisa ej blott att han låtit meddela svaranden stämning, utan ock att detta skett inom den af lag (R. B. 11: 4, 5) föreskrifna tiden o. s. v. Men gör svaranden någon omständighet gällande, som ådälagger att stämningen, ehuru den synes motsvara de allmänna betingelserna för en laglig stämning, likväl i detta fall är olaglig, t. ex. om svaranden kort förr än den skedde flyttat till ett annat härads eller stad, måste ett sådant påstående af honom styrkas.

Att slutligen ändring af käromålet endast utgör ett tillfälligt under förhandlingens lopp inträdande hinder för sakens afgörande, och fördenskuld, så vidt något bevis här kommer i fråga, måste styrkas af svaranden, torde inses utan vidare, liksom ock att invändningarna om käromålets otydlighet eller om en däri liggande logisk motsägelse icke erfordra bevis, emedan de prövas af domstolen på grund af det denne föreliggande käromålet.

Det är således en stor olikhet, som med hänseende till bevisningen eger rum mellan de särskilda processinvändnin-

garna. Än är det själfva processförutsättningen, som skall bevisas, än åter invändningen, hvarutom vid en del förutsättningar någon bevisning öfver hufvud ej kommer i fråga. Och de fall, då själfva förutsättningen skall bevisas, förete åter inbördes en stor olikhet. Vanligen är det i dessa fall käranden, som beviset åligger, men stundom förhåller det sig icke så. Än måste detta bevis, innan någon förhandling i hufvudsaken kan taga sin början, åtminstone i summarisk form, ovilkorligen afgifvas af den person, med afseende å hvilken förutsättningen borde ega rum, (processlegitimationen), än behöfves det blott då, när tvifvel om förutsättningen uttalas af domstolen eller vederparten, och stundom blott i händelse den sist nämde yrkar sådant. I de fall åter, då beviset rör sig kring invändningen, betraktas processförutsättningen såsom varande för handen intill dess motsatsen blifvit konstaterad.

Genom hvad sist anförts vinner äfven frågan om domstolens ställning till de absoluta processinvändningarna en ny belysning. Domarens pligt att själfmant pröfva dessa invändningar innebär ej någon inkvisitorisk värksamhet från hans sida med afseende å bevisningen. Han anskaffar aldrig själf något bevismaterial, men han pröfvar af egen drift det material, som ligger för handen eller bringas i ljuset af parterne⁶⁾.

§ 26. Om den af oss senast behandlade frågan hittills varit nästan alldeles förbisedd af processrätten, har denne i stället med en viss förkärlek sysselsatt sig med frågan huruvida ett särskildt, från rättegången i hufvudsaken mer eller mindre skarpt afsöndradt förfarande borde egnas processinvändningarna, eller om de borde behandlas tillsammans med hufvudsaken. Och det är ej blott vetenskapen, som uttalat sig i denna fråga, utan äfven de positiva lagstiftningarna.

Vi hafva sett huruledes i den romerske rättegången förutsättningarna för konstituerandet af iudicium i allmänhet

⁶⁾ Heyssler, 149 f. Bulow, 303 f.

förhandlades och afgjordes af pretorn in iure, och huru i den gamla germaniska processen frågan om svarandens pligt att öfvertaga svaromålet var föremål för förfarandet i den första af de trenne afdelningar, i hvilka denna process sönderföll¹⁾. Den sist nämnda anordningen bibehöll sig längst i sachsiske rätten. Enligt denne omfattade den första af dessa afdelningar käromålet och därefter i sex satser parternes förhandling öfver pligten att inlåta sig i svaromål. Hit hänförde man i början nästan alla invändningar, men senare blefvo de peremptoriska öfverflyttade till den andra afdelningen²⁾. Däremot upptog den romanska processen, under anslutning till romerska rättstraditioner, endast den förra af dessa indelningar samt utgjordes sålunda af tvänne stadier. Det första af dem, hvilket kallades „praeparatoria iudicii,“ var afsedt för behandlingen af de dilatoriska invändningarna och några få peremptoriska, och först sedan detta förberedande förfarande afslutats antingen genom litis contestatio eller med absolutio ab instantia, kunde rättegången beträffande hufvudsaken, det s. k. iudicium, taga sin början³⁾.

Från romaniska processen öfvergick denna tudelning af rättegången såväl till den franska processen som till den tyska⁴⁾. För den förra bestämdes genom den bekanta ordonnansen af år 1667, art. 3 ff., att alla „fins de non-recevoir“ borde framställas och afgöras förr än hufvudsaken upptogs till behandling, hvilket stadgande gälde till dess

1) Se ofvan § 1.

2) Planck, Beweisurtheil, 184 ff.

3) Planck, a. a. 139 ff.

4) I Italien gjorde sig deremot eventualmaximen redan tidigt gällande. Visserligen gifvo under medeltiden vissa stadsrätter åt svaranden en tid af två eller tre dagar för framställandet af hans processuella invändningar, och någre tilläto honom äfven att inom samma tid söka få dem bevisade, men enligt andre fick det bero af kåranden, huruvida en särskild förhandling skulle ega rum eller icke, medan åter andre ovilkorligen föreskrefvo en eventuel behandling i sammanhang med hufvudsaken. Jfr. Wach, Der Italienische Arrestprocess (1868), 195 f.

Code de procédure civil utkom, då det väl upphäfdes såsom allmän regel, men bibehölls för „les renvois“ och „la récusation“⁵⁾.

I Tyskland vann grundsatsen om processinvändningarnas behandling i ett särskildt stadium af rättegången ännu fastare fot än i Frankrike. Såsom bekant ingick den äfven i Rikskammarrättens processordning. När sedermera J. R. A., såsom vi hafva sett, sammankedjade hela förfarandet till en konstlad enhet, medgaf den dock att vissa invändningar, de s. k. declinatoriæ fori, äfven framdeles skulle få behandlas och afgöras före hufvudsaken. Bortser man från den omständigheten att antalet af dessa så att säga privilegierade processinvändningar blifvit i de nya partikulärlagstiftningarna något ökad, kan man säga att sagda lagstiftningar ännu befinna sig på samma ståndpunkt som J. R. A., och enahanda är förhållandet äfven med den nye riksprocessrätten. Äfven denne medgifver icke ett särskildt förfarande för alla processinvändningar, utan endast för vissa, de s. k. processhindrande, och skillnaden består blott däri att den särskilda behandlingen här icke är obligatorisk, utan inträder endast i händelse parten det fordrar eller domstolen finner sådant nödigt⁶⁾.

Likaledes medgifver den nya ryske processrätten ett särskildt förfarande endast för vissa af lagen uppräknade processinvändningar⁷⁾. Enligt dansk rätt åter kan parten

⁵⁾ C. pr. art. 172, 385, 387; jfr *Berriat-Saint-Prix*, a. a. I, 246, *Boitard*, I N:o 362.

⁶⁾ Jfr C. P. O. §§ 247, 248, samt P. O:na för Hannover, § 196, jfr *Leonhardt*, 160 n. 1, Baijern art. 185, 186, jfr *Barth* 482 f., Württemberg art. 344—346, Baden § 344, samt preuss. förordningen af d. 26 Juli 1846 § 5, jfr *Koch* § 175. I Österrike eger särskildt förfarande rum blott för exceptio fori och litis pendentis; A. G. O. § 40; jfr *v. Canstein*, Civilprocessrecht, II, 15. Däremot uppräknar Ö. F. i § 286 såsom processhindrande i det närmaste samma invändningar som C. P. O. samt föreskrifver likaledes i § 294 att de skola förhandlas särskildt, om parten fordrar det eller domstolen finner det nödigt.

⁷⁾ Art. 571, 585. Äfven här inträder den särskilda förhandlingen icke ovillkorligen, utan endast om parten gör invändningen särskildt gällande samt om domstolen finner skäl att så förordna.

för alla „formalitetssindsigelser“ fordra särskildt utslag innan han behöfver inlåta sig i hufvudsaken, men danska förslaget gifver domstolen rätt att på begäran af någondera parten låta en sådan invändning undersökas och afgöras i sammanhang med hufvudsaken⁸⁾.

Innan vi gå att undersöka frågan från vår rätts ståndpunkt, är det nödvändigt att närmare angifva hvad denna fråga innebär. Såsom jämväl af det föregående torde framgå, kan det i den nyare processrätten öfver hufvud icke blifva fråga om något äfven i yttre afseende särskildt stadium af rättegången såsom i den romerska och forngermaniska, ja ännu i den romaniska processen. Men ej ens i den mening kan ett särskildt förfarande numera ega rum, att inom den till en yttre enhet förbundna rättegången alla processinvändningar skulle framställas, förhandlas och afgöras innan något förfarande i hufvudsaken kunde taga sin början, och det därför att nya processinvändningar kunna uppstå och framställas under hela förloppet af rättegången. Då man likväl äfven i dessa fall talar om ett särskildt förfarande, betyder detta endast att den redan inledda rättegången rörande hufvudsaken afbrytes genom invändningen och hvilat till dess denna blifvit af domstolen genom särskildt utslag afgjord. Härvid måste dock ännu göras en åtskillnad. Antingen kan nämligen ett särskildt förfarande vara af lagen ovilkorligen påbudet, så att det alltid inträder, då någon processinvändning göres gällande, eller ock kan saken vara sålunda reglerad att invändningen endast då behandlas särskildt, när parten fordrar det och tillika fullgör hvad härför erfordras, medan detta i annat fall beror af domstolen. Den sist nämnda anordningen är i den nyare processrätten den mest vanliga.

Äfven hos oss har frågan om särskildt förfarande för processinvändningarna varit föremål för lagstiftarens uppmärksamhet. Såsom vi sett, hade parten före 1734 års lag obegränsad rätt att fordra särskildt utslag öfver dylika in-

⁸⁾ D. F. § 174; jfr *Sylow*, Studier 77, *Nellemann*, 112 ff.

vändningar. I lagkommissionen gaf frågan anledning till upprepade och lifliga meningsutbyten. Å ena sidan sökte Cronhjelm göra gällande att alla „praeliminaria“ borde „på en gång i första instans tillika med själfva hufvudsaken“ företagas och afgöras, men på den andra, som ville bibehålla ett särskildt förfarande, stodo kommissionens flesta medlemmar⁹⁾. Också synes denna sist nämnda mening till en början hafva blifvit den herskande, ty i kommissionens första förslag till rättegångsbalk föreskrifves ännu för de flesta processinvändningar särskildt utslag¹⁰⁾. Äfven det andra förslaget förutsätter att särskildt utslag gifves öfver invändningen¹¹⁾; men söker tillika förebygga uppehåll i hufvudsaken genom stadgandet att särskilda besvär öfver ett utslag, som förkastat invändningen, i ingen händelse finge fullföljas¹²⁾. Det tredje förslaget slutligen innehåller samma bestämmelser som själfva den godkända lagtexten.

⁹⁾ Se t. ex. lagkommissionens protokoll för den 31 Oktober 1712 och 12 April 1722.

¹⁰⁾ Visserligen föreskrifver förslaget i kap. VIII § 1 gemensam behandling med hufvudsaken „när invänningarna äro af then beskaffenhet at thet ske kan,“ men redan i 2 § ålägges domaren att gifva särskildt utslag öfver sådana invändningar, som „syfta till hela tvistens upphäfvande,“ öfver hvilket utslag parten sedan egde vädja till högre rätt, och det samma stadgas i 3 § för invändningar, som äro af den beskaffenhet „att hela rättegången skulle framdeles vara förgäfvnes och ej hafva bestånd.“ Dessa uppräknas sedermera i samma §, och äro: 1 „lagliga jäf mot domarens person eller själfva domstället,“ 2. invändningen om forum, 3. om att parten ej är målsegande eller har fullmakt af denne (efteråt utstruken), 4. invändningen mot ombudets fräjd, 5. om passiv saklegitimation eller flere parters hörande, 6. „när laga tids försummande förevändes“ (hvarmed säkert menas anspråkets preskriberande), samt 7, att parten ej fullgjort hvad han genom en föregående dom blifvit ålagd att fullgöra.

¹¹⁾ I förslagets kap. XVI, § 1 säges väl: „Pröfvar tå Rätten, at han ej hafver ther skiäl til (nämligen till invändningen), gånge genast dom i hufvudsaken,“ men af de följande §§ synes dock att förslaget äfven i detta fall tänkt sig ett särkildt utslag öfver invändningen, innan förhandlingen rörande hufvudsaken fortsattes.

¹²⁾ A. st. § 2.

Granska vi nu denna, skola vi i främsta rummet finna, att den gör en bestämd åtskilnad mellan de två privilegierade invändningarna om forum och flere parters hörande å ena sidan och alla öfriga processinvändningar å den andra. Om de först nämnda heter det: *pröfve thet Domaren och gifve sitt utslag ther öfver*¹³). Här skall således ett särskildt förfarande ovilkorligen ega rum utan afseende därpå om parten önskar ett sådant eller ej.

Däremot säger lagen om de öfriga processinvändningarna: gifve Domaren sitt utslag ther öfver särskildt, *om målet thet fordrar* (R. B. 16: 4). Om hvad härmed menas hafva olika åsichter blifvit uttalade. *Nehrman*, 195, och, såsom det synes, äfven *Schrevelius*, 203, anse särskildt utslag böra gifvas äfven på dessa invändningar och stöda denna mening därpå, att det i R. B. 25: 21 betraktas såsom domvilla eller fel i rättegången om „Rätten dömdt i hufvudsaken, innan parten fått utslag öfver thet, som han förut invändt och påmint.“¹⁴ Däremot antaga *Colling*, 12, och *Dell-dén*, 10 f., att det i fråga varande lagrummet äfven gifver domaren rätt att pröfva invändningen i sammanhang med hufvudsaken. Enligt vår tanke kan det icke underligga något tvifvel att denna sist nämnda mening är den riktiga och att särskildt förfarande således icke alltid eger rum, utan endast när målet det fordrar, d. ä. när invändningsfrågan är af sådan beskaffenhet att den påkallar en afsöndrad behandling. Hvad beträffar det återopade stadgandet i R. B. 25: 21, så afses därmed uppenbarligen endast det fall, då parten framställt sin invändning utan att tillika ingå i hufvudsaken, hvarigenom det kunde inträffa, om domstolen då afgör äfven denna, att han ej finge tillfälle att däröfver uttala sig¹⁴). Sker detta, har således fel begåtts i rättegången, men häraf följer icke att särskildt utslag alltid borde

¹³ R. B. 16: 1, och i 3 §:n heter det beträffande invändningen om flere parters hörande: „gånge ther med på samma sätt, som nu föreskrifvit är.“

¹⁴ Jfr Kongl. Förkortningskommissionens Project till hämmande af vidlyftighet i utsökning och rättegångsmål (1755), 92 f.

gifvas öfver invändningen, utan endast att domaren bör upplysa parten om att sådant utslag ej kommer att fällas och sålunda gifva honom tillfälle att uttala sig i hufvudsaken, samt att han i det gemensamma slutliga utslaget skall låta domen i hufvudsaken föregås af ett utlåtande rörande invändningens befogethet.

När „målet“ skall anses fordra ett särskildt förfarande beror naturligtvis på domstolens pröfning¹⁵⁾. Ej håller behöfver denne, för att kunna anordna ett sådant förfarande, invänta partens begäran, utan kan äfven göra det af egen drift. Den synpunkt, som vid denna pröfning i främsta rummet bör vara bestämmande, är utan tvifvel att så vidt möjligt påskynda rättegången samt undvika onödiga förhandlingar och uppskof¹⁶⁾. Att i detta afseende uppställa en allmänt giltig regel är dock af lätt förklarliga skäl icke möjligt. Vi påminna endast därom, att liksom å ena sidan i flere fall en särskild förhandling öfver invändningen skulle betydligt förlänga rättegången, det å andra sidan äfven gifves fall, då ett särskildt utslag på invändningen ej blott kan afklippa en måhända vidlyflig procedyr, utan ock utgöra ett godt medel att åstadkomma reda och klarhet i rättegången.

Det förra inträffar isynnerhet vid sådana invändningar, hvilkas pröfning förutsätter ett ingående till viss grad på hufvudsaken, såsom invändningarna om flere parters hörande och att saken är rättskraftigt afgjord eller anhängig, det senare åter vid sådana, som äro mer oberoende af det materiella rättsförhållandet, såsom invändningarna om habiliteten eller legitimationen att processa. Vid de förra bör fördenskuld ett gemensamt utslag vara det vanliga och ett särskildt blott undantagsvis komma i fråga, vid de senare

¹⁵⁾ „In iudicis arbitrio — — positum est,“ säger äfven *Dellén* a. st.

¹⁶⁾ Huru rättstvisteras skyndsamma afgörande legat lagstiftaren om hjärtat, framgår ej blott af de många förordningarna angående „rättegångens förkortande“ samt af lagkommissionens protokoll, utan äfven af en mängd andra stadganden i lagen, där detta syfte mer eller mindre öppet uttalas.

tvärtom. Men denna olikhet visar sig därjämte äfven med afseende å nästan hvarje enskild processinvändning, så att denna än kan med större fördel behandlas tillsammans med hufvudsaken, än åter särskildt för sig, hvilket till stor del beror därpå om invändningen är af enklare eller mer invecklad beskaffenhet i förhållande till hufvudsaken. Slutligen får man ej förbise det inflytande, som på denna fråga utövas af tiden, då invändningen blifvit framställd af parten, i det ett särskildt förfarande hällre bör medgifvas för en inom den af lag föreskrifna tiden gjord invändning än för en, som blifvit senare framställd.

Sådana äro i hufvudsak vår lags bestämningar om särskildt förfarande för processinvändningarna. Då frågan är af en viss betydelse, torde ett uttalande angående lämpligheten af dessa stadganden så mycket mindre anses obefogadt, som en omfattande reform af hela vår processrätt redan står på dagordningen i Sverige.

Betraktar man saken från allmän, principiell ståndpunkt, tyckes det visserligen vara mest följdriktigt att alltid behandla processförutsättningarna särskildt från hufvudsaken, om nämligen den part, som satt förutsättningen i fråga, sådant önskar. För en särskild behandling talar redan den omständigheten, att föremålet för domstolens pröfning här är väsentligen annat än hufvudsaken eller det materiella anspråket. Och jämför man med hvarandra dessa tvänne föremål för afgörandet, måste man finna det mest konsekvent, att innan något förfarande i hufvudsaken tager sin början, domstolen först fastställer om de förutsättningar äro för handen, som för giltigheten af detta förfarande erfordras, samt att, om existensen af en förutsättning blifver tvifvelaktig först sedan sagda förfarande tagit sin början, detta afbrytes och hvilas intill dess frågan om förutsättningen blifvit afgjord. Att, oaktadt frågan om rättegångens giltighet hvad det materiella anspråket beträffar är understäld domstolens pröfning och således sväfvande, likväl fortfara med denna rättegång eller, med andra ord, att företaga processuella handlingar, hvilka måhända efteråt visa sig hafva

varit rättsligt betydelselösa, förefaller onekligen såsom en motsägelse och någonting för domstolen nedsättande.

Utan tvivel är ett dylikt betraktelsesätt i viss mån berättigadt, men också blott i viss mån. Ty då civilprocessen har ett öfvervägande praktiskt syfte, nämligen att snabt och säkert bringa rättstvister till afgörande, får man vid dess ordnande icke alltid följa abstrakt logiska synpunkter, utan måste framför alt se till att det nämnda ändamålet, så vidt möjligt, uppnås. Men nu är det tydligt, att en särskild behandling af processinvändningarna i en hel mängd fall måste betydligt förlänga rättegången, och isynnerhet blifver följden sådan om, såsom man från nyss antydda synpunkt konsekvent måste fordra, parten äfven skall vara berättigad att särskildt i högre instans fullfölja invändningsfrågan innan hufvudsaken kan företagas. I följd häraf är det således ej blott lämpligt utan äfven nödvändigt att till en viss grad förbinda behandlingen af processinvändningarna med förfarandet i hufvudsaken. Någon orättvisa eller obillighet mot parten innebär detta ingalunda, ty en rätt för honom att få sina processinvändningar först afgjorda innan han behöfver underkasta sig en rättegång rörande hufvudsaken, existerar icke ¹⁷⁾). Hvad han i detta afseende kan fordra är blott att en förhandling, som saknar någon bland förutsättningarna för sin giltighet, icke lägges till grund för anspråkets bedömande. Men om denna förutsättning, till undvikande af dubbla förhandlingar för den händelse att den skulle befinnas ogrundad, undersökes och pröfvas i sammanhang med hufvudsaken, så sker parten därigenom ingen orätt.

Med afseende å dessa omständigheter har fördenskuld också den nyare processrätten på visst sätt inslagit en medelväg. Sålunda har den, om vi bortse från föreskrifterna angående processinvändningarnas fullföljande i högre rätt,

¹⁷⁾ En sådan rätt antages t. ex. af *Sylov*, a. a. 73 f. Denna åsigt sammanhänger på det närmaste med uppfattningen af *litis contestatio* såsom bestående af en inlåtelse i rättegången från svarandens sida, utan hvilken denna icke skulle kunna komma till stånd, en uppfattning, som vi på skäl, dem det blefve för vidlyftigt att här anföra, icke godkänna. Se ofvan § 6 n. 2.

hvarom nedan skall blifva fråga, inskränkt den särskilda behandlingen af dessa invändningar till den i strängaste mening ordinarie rättegången, uteslutande dess användning ej blott vid allehanda slag af summarisk process utan ock vid de domstolar, hvilkas kompetens är inskränkt till mindre tvister¹⁸⁾. Ej håller tillåter den en sådan behandling vid alla processinvändningar, utan blott vid en del, de i tyska vetenskapen s. k. processhinderande invändningarna, och föreskrifver den äfven vid dessa icke ovilkorligen utan endast när parten det fordrar eller domaren finner det lämpligt, såsom vi sett.

Emellertid hafva sådana bestämmingar icke upptagits af vår processrätt, hvilken i stället vid de flesta invändningar låter domstolen afgöra om en särskild förhandling skall ega rum eller icke. Då processinvändningarna, såsom nyss antyddes, i allmänhet äro af den beskaffenhet att samma invändning i vissa fall kräfver en särskild behandling, stundom åter kan med större fördel behandlas i sammanhang med hufvudsaken, och då det förty alltid innebär ett visst godtycke, att vid en del af dem gifva parten obetingad rätt att fordra särskild förhandling och vid de öfriga icke medgifva en sådan rätt i något fall, måste vi i detta atseende afgjort föredraga den af 1734 års lagstiftare inslagna vägen. Att behofvet af ett särskildt förfarande för vissa fall härigenom blifvit tillräckligt tillgodosedt, åtminstone hvad de flesta bland dessa invändningar beträffar, kan så mycket mindre betvivlas som detta behof till följd af den öfvervägande karaktär af skriftlighet, som utmärker vår process-

¹⁸⁾ Sådana undantag uppställer t. ex. C. pr. art. 425, för handelsdomstolarne, C. P. O. §§ 465 och 557, för „Urkunden und Wechselprocess“ samt för rättegången vid de s. k. Amtsgerichte, Hannover §§ 481, 490, 506, för summarisk rättegång samt växelprocess och rättegången rörande besittning. (jfr *Leonhardt*, 326 n. 1), Württemberg, art. 637, 833, 857, 881, för förfarandet vid Ortsgerichte och Oberamtsgerichte (bagatelldomstolar) samt vid växel och arrestprocess, Ö. F. §§ 468, 605, 623 för förfarandet vid Bezirksgerichte (bagatelldomst.) och i summarisk rättegång, o. s. v. Dock är det domstolen äfven i dessa fall tillåtet att behandla invändningen särskildt, om den finner det nödigt.

rätt, här icke är på långt när så starkt som i andra rättegångsordningar, där mundtlighetsprincipen är fullständigare genomförd. Å andra sidan åter är faran för processens obehöriga utdragande genom särskilda förhandlingar och utslag fullständigt förebyggd genom den domaren lämnade möjligheten, att förbinda invändningsfrågans behandling med hufvudsaken. Ville man slutligen mot denna bestämning invända att den stora makt, som därigenom lämnas åt domaren, lätt kunde af denne missbrukas, så har man därmed uttalat sig mot hvarje friare processledande värksamhet från domarens sida. Skall processen icke stelna till en oböjlig formalism, utan kunna i viss mån lämpa sin gestalt efter omständigheterna i det konkreta fallet, måste en sådan makt vara lagd i domarens hand.

Öfvergå vi nu till de tvänne undantag, som vår rätt uppställer med afseende å i fråga varande regel, måste vi beträffande det ena eller invändningen om domstolens behörighet likaledes godkänna, att dess behandling särskildt från hufvudsaken icke gjorts beroende af domstolens pröfning. Härför talar ej blott den omständigheten, att det redan på grund af sakens natur i vida högre grad än vid andra processförutsättningar vore oegentligt och principlöst att låta en domstol, hvars kompetens blifvit satt i fråga, fortfara med hufvudsaken utan att ens behöfva först pröfva om den är kompetent, utan ock, — ehuru detta skäl icke förelåg vid lagens stiftande — 1772 års regeringsform, som i § 16 tillförsäkrar hvarje merborgare „then rätt, att blifva dömd af then Domstol, under hvilken han enligt Sveriges Lag hörer.“ Ty då denna rättighet syntes lagstiftaren så vigtig, att han till och med trott sig böra bekräfta densamma genom grundlag, vore det i sanning föga konsekvent om parten skulle nödgas underkasta sig en rättegång rörande hufvudsaken utan att domstolen ens behöfde först pröfva de tvifvel, som han hyser om dess kompetens. Men om vi således anse, att åtminstone i vår civilprocess parten bör vara berättigad att fordra särskildt utslag öfver denna invändning, kunna vi å andra sidan icke inse hvarför ett sådant

utslag ovilkorligen skall afgifvas, äfven om parten i något fall icke skulle finna det vara för sig förmånligt, ej håller domstolen anse det nödigt. Enligt vår tanke borde äfven denna invändning i sådana fall behandlas gemensamt med hufvudsaken, och detta kunde jämväl ske när parten icke gjort densamma gällande så tidigt som han kunnat och bort göra det. Med andra ord, skulle således vid denna invändning en särskild förhandling ega rum ej blott när domaren pröfvar „målet“ det fordra, utan ock när parten fordrar det, såvida han nämligen i tid gjort invändningen gällande.

Hvad sedan angår invändningen om flere parTERS hörande, har det ofta framhållits huruledes bestämningen om dess behandlande enligt samma regler som invändningen om domstolens behörighet af flera skäl är ganska olämpligt.

Man har i sådant afseende anfört, dels att denna invändning, då den behandlas särskildt, mer än det flesta andra bidrager till rättegångens utdragande på längden, isynnerhet som den ofta är af den beskaffenhet att dess framställande i ett senare stadium af rättegången ej kan förbjudas, dels att den mindre rör svarandens rätt än den persons, hvars instämmande denne yrkar och hvilken icke har något intresse af invändningens behandling särskildt¹⁹⁾. Dessa skäl godkänna vi i allo, och vilja för vår del endast tillägga att en särskild behandling af invändningen om flere parTERS hörande så mycket mindre borde komma i fråga, som denna invändning till sin natur strängt taget ej ens är af processuel beskaffenhet.

Däremot fins det en annan processinvändning, hvilken med större skäl kunde erhålla samma undantagsställning som invändningen om forum, och denna är, såsom jämväl från annat håll påpekats, jäf mot domaren²⁰⁾. Visserligen

¹⁹⁾ Se motiven vid Sv. F. R. B. kap. 13, äfvensom *Dellden*, a. a. 17 f. *Colling*, a. a. 12 f., där detta likväl närmast säges med hänsyn till partens rätt att emot utslag öfver dylika invändningar få fullfölja särskilda besvär.

²⁰⁾ Se näst föregående not. Också föreslår lagkomitén att öfver dessa tvänne invändningar ovilkorligen skall gifvas särskildt utslag, men

är partens rätt att dömas af ojäfvig domare icke på samma sätt som hans rätt till laga domstol faststald genom grundlag, men att lagstiftaren likväl fäst en synnerlig vigt vid denna processförutsättning framgår bl. a. af utförligheten hos hithörande stadganden. Dessutom är förhållandet vid dessa invändningar så till vida enahanda, att bägge hafva afseende på domstolen. Och om någon processförutsättning synes böra fastställas förr än rättegången rörande hufvudsaken tager sin början, så är visserligen frågan om domstolen har de för sakens afdömande erforderliga kvalifikationer af den beskaffenhet att den, så vidt möjligt, borde vara afgjord förr än både hufvudsaken och öfriga processförutsättningar förhandlas. Men denna fråga omfattar ej blott invändningarna mot domstolens behörighet, utan äfven domarejäfven. Också för dessa sist nämnda borde därför enligt vår tanke parten vara berättigad att fordra särskildt utslag, när de i rätt tid af honom framställas.

§ 27. Sedan domstolen pröfvat om en viss processinvändning är grundad eller icke, skall den i allmänhet gifva resultatet af denna pröfning till känna för parterne. Endast i händelse pröfningen utan någon påminnelse från partens sida företagits af domstolen själfmant samt denne därvid funnit att någon brist uti den i fråga varande förutsättningen ej eger rum, behöfver ett utlåtande härom icke afgifvas, men för öfrigt måste parterne på ett eller annat sätt göras delaktige af sagda pröfning. Vi skola nu försöka angifva den rättsliga beskaffenheten af detta domstolens utlåtande, och bortse därvid till en början från det fall, då domstolen själfmant företagit pröfningen.

Vi hafva förut karakteriserat domstolens utlåtanden öfver processinvändningarna såsom *utslag*, och hafva därjämte sett att de äfven af lagen kallas så. Med utslag förstå vi

öfver invändningen om flera parters hörande på samma sätt som öfver öfriga processinvändningar, om "invändningens beskaffenhet det fordrar." Sv. F. R. B. 13: 1, 5, 7.

här hvarje förklaring eller uttalande af domstolen, som afgör en af någondera parten väkt rättsfråga vare sig att densamma innehåller en *förpligtande* viljeförklaring eller att den icke gör det ¹⁾. Huruvida den gifves särskildt eller i sammanhang med utslaget rörande hufvudsaken är i detta afseende af ingen vikt.

Dessa utslag äro af tvänne slag, i det nämligen den gjorda invändningen därigenom kan antingen förkastas eller godkännas af domstolen. Genom det förkastande utslaget fastställer domstolen att den i fråga varande processförut-sättningen verkliga är för handen. Det innebär icke att alla hinder för rättegångens giltighet nu vore undanrödda, utan blott att någon brist i förevarande afseende icke existerar. Följden häraf är den att, om icke håller något annat hinder yppar sig, rättegången rörande hufvudsaken kan fortsättas och domen däri afkunnas.

Om åter invändningen genom utslaget godkännes, så innebär detta naturligtvis att den i fråga varande process-utsättningen saknas. Men förutom detta uttalande innehåller det godkännande utslaget i regeln äfven ett annat, som angifver hvilken *påföljden* skall blifva af sagda brist. Med påföljd förstå vi här icke bristens omedelbara värkan, hvilken, såsom vi sett, är rättegångens ogiltighet, utan det sätt, hvarpå denna värkan i yttre afseende visar sig. Den på-

¹⁾ Förutom utslagen gifves det en mängd andra förklaringar, som domstolen kan afgifva och hvilka icke lösa stridiga rättsfrågor utan invärka gestaltande på själfva rättegången. Till dessa förklaringar, hvilka således utgöra en del af domstolens processledande värksamhet, höra t. ex. förordnanden om uppskof, anställande af vitesförhör, förhandlingens öppnande och och avslutande o. s. v. Med *förklaring* förstå vi här hvarje uttalande af domstolen, vare sig det gifver till känna en vilja, såsom i de uppräknade fallen eller endast innehåller en åsigt, ett konstaterande af sakförhållanden. Slutligen finnas utom dessa förklaringar eller uttalanden ännu andra slag af handlingar, dem domaren måste företaga, såsom *iakttagelser* (af andraganden, påståenden, bevismaterial m. m.), *uppteckning* af processinnehållet, o. s. v. Jfr *Wach*, 74, hvilken dock både i åsikter och till terminologi avviker från det sagda.

följd, hvilken man kunde kalla den regelbundna eller vanliga, emedan den kan inträffa vid alla processinvändningar och vid en del ovilkorligen inträder, är käromålets afvisande utan pröfning (absolutio ab instantia), d. v. s. att domstolen förklarar sig i sakens närvarande skick icke kunna pröfva det tvist underkastade materiella anspråket²⁾. Själfva detta anspråk blifver således af utslaget fullkomligt oberördt, det hvarken fastställes eller underkännes, men på rättegången därom utöfvar utslaget den värkan att sagda rättegång icke kommer till stånd eller, om den redan påbörjats, afstadnar och upphäfves såsom ogiltig.

Dock har det godkännande utslaget icke alltid till påföljd käromålets afvisande, utan lämnar äfven ofta rum för den i fråga varande bristens afhjälpande. Att härom vidtaga åtgärd kan stundom till och med åligga domstolen på ämbetets vägnar, såsom fallet är vid en del domarejäf, stundom åter och vanligare är detta öfverlämnadt åt partens egen omsorg, såsom i fråga om bristande processlegitimation och oftast äfven vid bristande habilitet att processa.

Men såväl i det ena fallet som i det andra måste möjligheten att få bristen afhjälpt vanligen beredas af domstolen genom begagnande af den i R. R. 16: 6 densamme tillerkända rättigheten, att antingen på partens begäran eller när skäl annars förekommer uppskjuta rättegången. Att dessa åtgärder, dem domstolen vidtager i afseende å bristens afhjälpande, icke höra till utslaget öfver processinvändningen eller utgöra ett sådant utslag behöfver ej närmare utvecklas.

Har domstolen själfmant beaktat bristen på en processinvändning samt funnit sig kunna konstatera att denna förutsättning värligen saknas, meddelar den äfven detta genom utslag, hvilket medför samma påföljder och är af

²⁾ Att "saken ej kan till pröfning upptagas" är den fullkomligt riktiga term, som af vårt i flere afseenden förträffliga svenska kurialspråk vanligen användes vid dessa utslag. Tillägg, sådana som "för närvarande" eller "i sakens nuvarande skick" m. fl., hvilka stundom brukas, äro öfverflödiga och i vissa fall vilseledande.

samma beskaffenhet som utslaget öfver en af parten framställd processinvändning.

Men af hvilken beskaffenhet är då detta utslag? En dom i egentlig mening kan det icke vara, ty dels innebär domen en förpligtande viljeförklaring, hvilket däremot icke alltid är fallet med i fråga varande utslag, dels hänför den sig alltid till det materiella anspråket och fastställer sålunda rättigheter och förpligtelser af privaträttslig karaktär³⁾, medan åter detta utslag endast ingriper i processuella rättsförhållanden. Likaledes är beteckningen preliminärutslag, som stundom brukas, hvarken exakt eller uttömmande, ty å ena sidan är en absolutio ab instantia, såvida den gör slut på rättegången, icke af preliminär beskaffenhet, och å den andra behöfva preliminära utslag icke nödvändigt hänföra sig till processförutsättningar, utan kunna jämväl vara föranledda af jät mot vitnen, hjuden ed, begäran om uppskof m. m. Det torde därför vara rättast att betrakta de utslag, genom hvilka processinvändningar afgöras, såsom en egen grupp af utslag.

Med afseende å dessa utslags karaktär är det af vigt att utreda, huruvida de kunna vinna rättskraft eller icke. Vid denna frågas besvarande måste man skilja mellan den formella rättskraften och den materiella. Den förra har lagen själf uttryckligen tillagt dessa utslag genom bestämningen att de inom viss tids förlopp kunna angripas genom rättsmedel⁴⁾, ty om icke missnöje anmäles inom sagda tid

³⁾ Vi kunna icke påstå att denna bestämning skulle hafva fullständigt stöd i lagen, ty fastän denne ofta skiljer mellan utslag och dom (t. ex. R. B. 24: 7, 9, 10, 11.) begagnar den likväl äfven stundom det sist nämnda uttrycket i en vidsträktare betydelse, såsom t. ex. i domareeden R. B. 1: 7, och i R. B. 24: 3. Men äfven om lagen stundom med samma namn betecknar olika begrepp, tillkommer det icke vetenskapen att göra det. Dessutom begagnas å andra sidan icke uttrycket dom, där det endast talas om utslag på processuella frågor. Jfr *Nehrman*, 340 f., *Schrevelius*, 98.

⁴⁾ "Nöjes enthera parten ej therät; gifve han thet Rätten tilkänna genast, eller sidst innan näste dagen til ända gått, och lägge sedan thes besvär in i Hofrätten — —. Försummar then missnögda någotthera, som nu sagdt är; hafve i ty mål ej vidare talan." R. B. 16: 1.

eller om rättsmedlet blifvit förgäfves användt, vinner utslaget laga kraft, så att det numera utgör en oföränderlig norm för den domstol, som gifvit detsamma och för samma rättegång.

Beträffande åter den materiella rättskraften, eller om utslaget skall vara bindande jämväl för andre domstolar och i andra mål ställer sig saken tvifvelaktigare⁵⁾. Visserligen äro uttrycken i stadgandena om rättskraften så till vida otvetydiga, att de hänföra sig endast till slutliga utslag i hufvudsaken eller verkliga domar. Men då det ej är otänkbart att lagstiftarens mening här liksom i flere andra fall varit vidsträktare än de ordalag han begagnat, måste man äfven betrakta saken från en allännare synpunkt och undersöka, om antagandet af en materiel rättskraft för dessa utslag låter förena sig med hvad vi veta om beskaffenheten af denna rättskraft öfver hufvud.

Såsom ofvan anfördes, innebär den materiella rättskraften, att ett anspråk, hvilket blifvit afgjort genom dom som vunnit laga kraft, ej får vidare göras till föremål för domstols pröfning, därvid begreppet anspråk icke betyder det nakna petitum, utan hänför sig till det rättsförhållande, som ligger till grund för detta. Den förutsätter således alltid ett rättsförhållande, hvilket därigenom slutgiltigt fastställles. För den uppfattning, som i processen ser ett enda rättsförhållande, låge det därför nära till hands att tillskrifva utslagen öfver processinvändningar materiel rättskraft, men enligt hvad förut anförts kan hvarken processen i allmänhet ej håller anhängigheten konstrueras såsom ett rättsförhållande. Här finnes således intet föremål för en rättskraft i denna mening.

Detta framgår ock om man särskildt betraktar de olika slagen af dessa utslag. Om det invändningen godkän-

⁵⁾ Huruvida en sådan rättskraft enligt C. P. O. § 248 tillkommer de utslag, genom hvilka de s. k. processhinderande invändningarna afgöras, är omtvistadt. Frågan bejakas af *Schwalbach*, 429 f., men förnekas af *Wach*, 110 f. Äfven *Seuffert*, 310, synes tillägga dessa utslag endast formel rättskraft, medan åter *Struckmann* och *Koch*, 192, tillerkänna det invändningen godkännande utslaget en begränsad rättskraft.

nande utslaget icke medför absolutio ab instantia, utan gifver parten rådrum att bota bristen, kan det naturligtvis under denna tid icke blifva fråga om någon materiel rättskraft. Men äfven då utslaget lyder på käromålets afvisande utan pröfning eller på invändningens förkastande, hänför det sig icke till något rättsförhållande, utan endast till anhängigheten, nämligen till frågan om hufvudsaken skall förblifva anhängig eller upphöra att vara det, men ej till anhängighetens uppkomst, emedan denna fråga är oberoende däraf om processförutsättningarna äro för handen eller icke. Ett sådant utslag kan därför icke vara bindande för en ny rättegång, ty det har icke fastställt något rättsförhållande, som kunde återkomma en annan gång.

Häremot torde måhända anmärkas, att då utslaget likväl fastställer om domstolen är pliktig att taga hufvudsaken under pröfning eller ej, det därmed äfven afgör om ett visst rättsförhållande mellan domstolen och kärandeparten eger rum eller icke. Men i själfva verket förhåller det sig så, att detta afgörande endast är en aflägsnare följd af utslaget, hvilket omedelbart går ut på att fastställa, icke det i fråga varande rättsförhållandets existens, utan om ett visst faktiskt förhållande eger rum, som kan föranleda käromålets afvisande utan pröfning. Dessutom är det klart, att om samma processinvändning göres gällande i en annan rättegång, det likväl ej är fråga om samma rättsförhållande som i den förra rättegången, utan om ett annat. Just denna föränderlighet hos de processuella rättsförhållandena, som gör att de aldrig kunna i en ny rättegång återkomma i fullkomligt samma gestalt, som de hade i en tidigare, gör dem äfven otillgängliga för en rättskraftig fastställelse. Och då detta äfven måste gälla om det s. k. processrättsförhållandet, kan man ej ens på grund däraf tillägga utslagen öfver processinvändningar materiel rättskraft.

Om därför t. ex. en invändning om domstolens behörighet blifvit förkastad och svaranden framställer samma invändning i ett annat mål emellan samme parter, kan domstolen oaktadt det förra utslaget ej blott pröfva, utan äfven

godkänna invändningen, och behöfver härvid icke göra sig skyldig till någon motsägelse, helt enkelt emedan de faktiska förhållanden, som gifva upphof åt invändningen, kunna i hälle fallen vara olika. Har åter invändningen blifvit första gången godkänd, kan den på enahanda skäl i en ny rättegång förkastas. På samma sätt förhåller det sig äfven om invändningen rör partens habilitet att processa eller någon annan processförutsättning. Pröfningen däraf hänför sig aldrig till ett rättsförhållande, utan alltid blott till faktiska omständigheter, hvilka i en annan rättegång äro annorlunda beskaffade och som därför äfven kunna blifva föremål för ny pröfning.

Genom denna regel, att utslag öfver processinvändningar icke vinna rättskraft, förklaras jämväl det förhållande, som för ötrigt äfven följer af de absoluta processinvändningarnas natur, att nämligen en dylik invändning kan göras gällande af öfverrätt äfven om den blifvit genom laga kraft vunnet utslag af underrätten förkastad. Om således hufvudsaken från den domstol, som först afgjort en dylik invändning, blifvit dragen under högre rätts pröfning, måste denne, äfven om det invändningen förkastande utslaget fått vinna laga kraft, vara oförhindrad att sin pligt likmätigt pröfva om underdomstolen varit behörig eller käranden habil att processa o. s. v., samt i fall den finner att någon af dessa förutsättningar oriktigt antagits af underdomstolen, ehuru den i själfva verket icke existerat, meddela absolutio ab instantia. Vi förbise icke att den öfverdomstolarne sålunda tillerkända befogenheten kan synas stå i strid med R. B. 31: 1⁶), men vi anse att denna motsägelse är endast skenbar. Ty, utom att uttrycket dom i vår lag vanligen icke brukas om utslag öfver processinvändningar, är det klart att, till följd af domstolens rätt och pligt att under alla stadier af rättegången beakta de absoluta processförutsättningarna, ett sådant utslag icke i annat afseende kan

⁶) *Ej hafve någor våld, utan allenast Konungen, at bryta dom åter, som vunnit laga krafft, o. s. v.*

vinna rättskraft än beträffande *partens* rätt att göra den i fråga varande invändningen gällande genom besvär, men ej med afseende å högre *domstols* rättighet att pröfva densamma ⁷⁾ hvadan något återbrytande af dom, som vunnit laga kraft, här ej kommer i fråga ⁸⁾.

§ 28. Oss återstår slutligen att lära känna de rättsmedel, som med afseende å processinvändningarna kunna komma till användning. Dessa äro af tvänne slag. Dels kan nämligen parten, om domstolen afgjort målet utan att beakta bristen på en absolut processförutsättning, yrka domens upphäfvande enligt R. B. 25: 21, dels åter kan han i högre rätt angripa det utslag, hvarigenom en processinvändning blifvit afgjord i första instans, vare sig att detta utslag afgifvits särskildt eller i sammanhang med domen i hufvudsaken.

Det först nämnda af dessa medel är egentligen till sin karaktär icke så mycket ett rättsmedel mot domstols utslag som ett sätt att, efter det utslag i saken fallit, göra gällande en brist i förutsättningarna för den nyss afslutna rättegångens giltighet. Men då denna, den äldre processrättens querela

⁷⁾ Härmed öfverensstämma också lagens uttryck i R. B. 16: 1: *hafve i ty mål ej vidare talan*. Detta innebär, såsom sagdt, att parten icke mer kan öfver utslaget fullfölja särskilda besvär. Har åter hufvudsaken af någon orsak blifvit dragen under högre rätts pröfning, kan parten visserligen ej förmenas att ännu bringa bristen till domstolens kännedom, men han eger icke öfver denna anmärkning fordra särskildt utslag, utan får nöja sig med att hafva fäst domstolens uppmärksamhet på den i fråga varande omständigheten.

⁸⁾ Förevarande fråga har, ehuru endast med afseende å invändningen om forum, varit föremål för öfverläggning vid juridiska föreningens i Finland allmänna diskussionsmöten. Härvid erkändes visserligen allmänt att hofrätten, äfven om invändningen blifvit genom laga kraft vunnit utslag förkastad af underrätten, egde tillse att stadgandet i R. B. 10: 11 iakttoges, dock sålunda att pluraliteten i tvänne afdelningar af föreningen och minoriteten i de både öfriga ansågo det laga kraft vunna utslaget i kompetensfrågan först böra undanrödjas i den ordning 31 kap. R. B. föreskrifver, medan åter pluraliteten i de sist nämnda afdelningarna och en minoritet i de först nämnda icke ansågo detta vara nödigt. Jfr Jur. F:ns tidskr. XIV & XV, 37 ff.

nullitatis, därigenom att densamma enligt R. B. 25: 5 är det enda rättsmedlet i brottmål, i vår nu gällande rätt helt och hållet antagit formen af ett reguliärt rättsmedel, är det måhända lämpligast att i detta sammanhang därom yttra några ord.

De fall, i hvilka detta rättsmedel i dess ursprungliga betydelse af querela nullitatis förekommer i vår rätt, äro visserligen så till vida af olika beskaffenhet inbördes, att de omfatta ej blott egentliga processinvändningar, utan äfven sådana allmänna till domstolens organisation hörande brister, som göra rättegången ogiltig samt tillika innebära uppenbara lagöfverträdelse af den enskilde domaren, ¹⁾ äfvensom andra mer tillfälliga fel i ledningen af rättegången, hvilka icke häller gifva upphof åt processinvändningar i nyss anförda mening. Likväl hafva alla dessa fall vissa gemensamma kännetecken, på grund hvaraf de kunna sammanfattas i en enda grupp. Hvilka dessa kännetecken äro angifver lagen själf, då den talar om *sådana fel vid rättegången* —, *at domen förthy ogillas bör*, samt efter att hafva uppräknat ett antal dylika fall tillägger, *eller mera thyligt, som emot en laga rättegång strider*. Hit höra följaktligen alla sådana omständigheter, som på grund af lag medföra rättegångens eller domens ogiltighet, och hvilka tillika äro af den beskaffenhet att domstolen, när de förefinnas, bör själfmant vägra att afgöra saken vid det äfventyr att ett annat tillvägagående tillräknas densamma såsom ett fel vid rättegången. Liksom således inga dispositiva processinvändningar kunna hänföras till dessa omständigheter, är det å andra sidan klart att hvarje felande absolut processförutsättning, som icke beaktats af domstolen, gifver parten rätt att angripa domen medels detta rättsmedel, ty det utmärkande för sagda förutsättningar är just, såsom vi veta, att domstolen på ämbetets vägnar är pligtig

¹⁾ Såsom "at dom är fäld af then, som ej varit till Domare lagliga förordnad, eller ej svurit Domare ed; eller at Rätten ej varit domför."

²⁾ T. ex. "at Rätten dömdt i hufvudsaken innan parten fått utslag öfver thet, som han förut invändt och påmint."

att pröfva huruvida de i det enskilda fallet äro för handen eller icke.

På grund af den afgörande betydelse med afseende å rättegångens giltighet, som i fråga varande omständigheter således ega, är det klart att en part, som anser hofrätten hafva begått fel i rättegången, äfven är berättigad att däröfver besvära sig i högsta instans,³⁾ samt följaktligen att på detta sätt göra gällande absoluta processinvändningar, som tidigare försummats.

Då tiden för fullföljandet af sådana besvär är hälften kortare än den tid, som för utförandet af vadetalan är af lag utsatt, tyckes häraf följa att dessa bägge rättsmedel icke skulle kunna användas jämte hvarandra, utan den part, som ansåge sig hafva skäl att söka ändring både i hufvudsaken och för fel i rättegången, vara tvungen att, sedan han till bevarande af sin talan i hufvudsaken erlagt vad, först utföra besvärsmålet och sedan särskildt fullfölja vadet. En sådan tolkning torde ock i början hafva gjort sig gällande och var så mycket naturligare som instansordningen vid de bägge rättsmedlen var olika. Men sedan, till följd af lagmansrätternas upphäfvande, jämväl vädjade mål fullföljas från underdomstolarne direkt till hofrätten, har man ansett parten kunna i sammanhang med sin vadetalan äfven framställa anmärkningar öfver fel i rättegången, hvarigenom ett dubbelt ändringssökande undvikes.⁴⁾

För öfrigt kunna vi, då en behandling af querela nullitatis i allmänhet faller utom vårt ämne och detta rättsmedel icke med afseende å processförutsättningarna företer någonting egendomligt, här förbigå föreskrifterna om hvad vid

³⁾ Under den s. k. frihetstiden var det till och med tillåtet att hos ständerna besvära sig öfver utslag från rikets högste domstol, justitierevisionen, i de fall nämligen då parten trodde sig kunna visa fel i processen eller uppsätlig vrångvishet eller att dömdt blifvit emot lagen. Jfr riksdagsbeslutet den 14 December 1734, § 9, samt förordningen af den 22 November 1738.

⁴⁾ *Broomé*, 270, *Schrevelius*, 147. Säsom exempel på den äldre uppfattningen må nämnas *Nehrman*, 391 § 45, och Förkortningskommissionens projekt, 88 ff.

dess fullföljande bör iakttagas af såväl öfverrätten som parterne. Af samma skäl kunna vi ej håller här undersöka huruvida sagda rättsmedel borde i vår processrätt bibehållas i dess nuvarande gestalt eller måhända i något hänseende förändras. Vi påpeka blott i förbigående att den starka begränsningen med afseende å tiden, inom hvilken querela nullitatis får hos oss göras gällande, stundom medför betydande olägenheter utan motsvarande gagn, och att fördenskuld denna tid gärna kunde för flere fall betydligt utsträckas.

Hvad sedan beträffar det rättsmedel, som har till ändamål att vinna ändring i domstolens utslag öfver en processförutsättning, så har jämväl det formen af besvär. Härvid gör det ingen skilnad om utslaget föranledts genom en af parten framställd processinvändning eller om domstolen själfmant förklarar förutsättningen icke vara för handen. Där emot måste man här skilja mellan det fall, då besvär anföras öfver ett utslag, som rör någon af de privilegierade invändningarna om forum och flere parters hörande, samt det, då utslaget, hvaröfver parten förklarar missnöje, blifvit fäldt i anledning af någon annan processinvändning. Olikheten mellan dessa fall består hufvudsakligen däri, att i det förre besvärstalan får särskildt fullföljas af parten i högre rätt samt rättegången rörande hufvudsaken hvilat till dess denna talan blifvit här afgjord, medan åter i det senare fallet domstolen oakadt anmaldt missnöje fortfar med hufvudsakens behandling, så att parten först sedan denna blifvit afgjord i första instans kan, om han däri tappat, tillika söka ändring rörande både hufvudsaken och invändningen. Till denna olikhet kommer sedan en annan, som hänför sig till antalet af instanser, i hvilka besvären kunna fullföljas.

Frågan huruvida besvär öfver underdomstols utslag rörande processförutsättningar skola få fullföljas särskildt och omedelbart efter utslagets afkunnande, eller blott i sammanhang med ändringssökande i hufvudsaken, är i praktiskt hänseende en af de viktigaste i hela läran om processinvändningarna. Det har förut anmärkts att principen om särskildt förfarande för dessa invändningar i sina konsekvenser inne-

bär att de äfven skola kunna särskildt fullföljas från en lägre domstol till den högre. Också är partens rätt att fordra särskildt utslag öfver sina processinvändningar i flere processlagar förenad med rättigheten att särskildt öfverklaga detta utslag i högre rätt. Så förhåller sig saken enligt den franske processrätten, detsamma gäller äfven om Tysklands „gemeine Recht“, och jämväl i tyska riksprocessen betraktas utslaget öfver processhinderande invändningar „med hänsyn till rättsmedlen såsom slutligt utslag“, ehuru å andra sidan domstolen, äfven om parten i invändningsfrågan fullföljer särskilda besvär, efter yrkande af motparten kan fortfara med hufvudsaken och däri gifva utslag.⁵⁾

Enligt vår äldre rätt kunde parten likaledes särskildt fullfölja invändningsfrågor genom alla instanser. Men vi hafva sett, huru denna rättighet genom 1718 års kongl. bref fullständigt upphäfdes för att sedermera genom förordningen af år 1728 endast delvis återställas för tvänne processinvändningar, samt huru denna bestämning jämväl intogs i 1734 års lag.⁶⁾

Det är klart att ett särskildt fullföljande af invändningsfrågan, i händelse invändningen af öfverrätten befinnes ogrundad, måste betydligt fördröja hufvudsakens afgörande. Med hänsyn härtill har också lagstiftaren för att i någon mån förkomma anförandet af obefogade besvär, utsatt böter ej blott för det fall att besvären af öfverrätten finnas hafva saknat skäl, utan ock för den händelse att parten icke fullföljer ett anmaldt missnöje, om han nämligen pröfvas hafva gjort invändningen i afsigt att därmed uppehålla saken.⁷⁾ Vidare skall den part, hvilken vill besvära sig öfver ett utslag rörande forum eller flere parters hörande,

⁵⁾ C. pr.-art. 376, 377, 391, 454; C. P. O. § 248, mom. 2, som lyder: „Das Urtheil, durch welches die processhindernde Einrede verworfen wird, ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen; das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, dass zur Hauptsache zu verhandeln sei.“ Enahanda bestämningar återfinnas i Ö. F. § 294.

⁶⁾ Se ofvan s. 158 f.

⁷⁾ Sedan döme Hofrätten ther öfver (d. ä. öfver besvären) utan uppskof; och then ohemult klagadt, böte tretio daler, eller mera, som saken är til; R. B. 16: 2. Försummar then missnöjde någotthera, — böte han

därom anmäla „genast eller sist innan näste dagen till ända gått“ (R. B. 16: 1). I fråga om slutliga utslag vore en dylik bestämning naturligtvis öfverflödigt; men då i förevarande fall rätttegången i hufvudsaken måste hvila intill dess parterne bestämt om de vilja besvara sig eller icke, är det af stor vikt att detta bestämmande sker inom en så kort tidrymd som möjligt⁸⁾. Slutligen är detta rättsmedel, när det användes för invändningarna om forum och tredje parts hörande, begränsadt till blott en instans. Denna bestämning, som härstammar från förklaringen af den 1 April 1732, är likaledes egnad att i väsentlig mån förkorta tiden för besvärets fullföljande⁹⁾. Härtill kommer att själfva förfarandet i hofrätten vid besvärs mål i allmänhet är så anordnad, att det må kunna ske med den minsta möjliga tidspillan. De föreskrifter, som i sådant afseende meddelas af 1734 års lag, liksom ock de senare stadganden, genom hvilka dessa blifvit dels tillskärpta och bekräftade dels ytterligare utbildade¹⁰⁾, kunna likväl såsom allmänt kända här förbigås.

I slutet af R. B. 16: 2 bestämmes, hvilket förfarande bör inträda när invändningen om forum eller flere parters hörande väckes vid hofrätten i sådana mål, som denna afgör såsom första domstol, samt parten är missnöjd med utslaget öfver invändningen. Föreskrifterna härom äro, såväl i deras ursprungliga gestalt som efter den förändring de genom förordningen af den 27 April 1868 undergått, enkla och utan tvetydighet¹¹⁾. Däremot kunna tvifvel uppstå i

tiugu daler, eller mera, om thet pröfvas, at han thet inkast giordt upsäteliga, at saken ther med uppehålla; R. B. 16: 1.

⁸⁾ Enligt fransk processrätt måste förfarandet i hufvudsaken af denna orsak hvila under åtta dagar; C. pr. art. 450, jfr *Boitard*, N:o 362. Däremot kommer i den tyska civilprocessen ett dylikt uppehåll ej i fråga; se ofvan n. 5.

⁹⁾ Se ofvan s. 159.

¹⁰⁾ R. B. 27: 8, jfr U. B. 9: 2, 3, kgl. brefven den 13 Mars 1751 och 11 Dec. 1766 p. 4, kgl. F. den 28 Juni 1798 § 6 samt K. F. den 27 April 1868.

¹¹⁾ Stadgandet har i R. B. 16: 2 följande lydelse: *Giör någor then invändning emot Hofrätten i the saker, som ther strax instemmas eller up-*

händelse hofrätten i ett mål, som genom vad dragits under dess pröfning, förklarar underdomstolen hafva saknat behörighet samt på grund häraf upphäfver dess utslag i hufvudsaken. Ty då i fråga om denna processförutsättning hofrätten i regeln är högsta instans och något annat undantag från sagda regel icke omtalas än det, då hofrätten behandlar målet såsom förste domstol, kunde det synas såsom skulle nu i fråga varande utslag ej få öfverklagas i kejsrerliga senaten. En sådan slutledning vore likväl enligt vår tanke förhastad, ty lagens mening är uppenbarligen endast den, att besvär rörande denna invändning skola få fullföljas blott i en instans, men ingalunda att sådana besvär i något fall ej alls skulle tillåtas.

Hvad sedan angår lämpligheten af lagens stadganden om dessa tvänne processinvändningar, så hafva vi redan tigtare uttalat den mening att parten icke borde vara berättigad att fordra särskildt utslag öfver invändningen om flere parter hörande, utan i stället tillerkännas denna förmån, förutom vid invändningen om forum, äfven då han framställt jäf mot domaren. Då samma skäl, som härvid anfördes, också gälla med afseende å rättigheten att i invändningsfrågor fullfölja särskilda besvär, hålla vi före att jämväl denna förmån borde ega rum blott för de två sist nämnda invändningarna, och hvad beträffar den ena af dem eller domarejäfven endast med vissa inskränkningar ¹²⁾. Men att, såsom

tagas; kungjöre then, som tappadt, sitt missnöje inom klockan tolf å tridie dagen, then oräknad tä utslaget föll, och sätte tillika så många penningar in, som framdeles i thet 30 Cap. urskils: ställe ock sedan full borgen för kostnad och skadestånd, och lägge sina besvär in hos Konungen, inom hälften af then tid, som i samma Cap. sägs. Genom 1868 års förordning har nödvändigheten att i dessa fall nedlägga revisionsskilling samt ställa borgen för kostnad och skada blifvit upphäfd.

¹²⁾ Enligt Sv. F. R. B. 13: 2, 3, 4, borde besvär öfver jäfsfrågan icke alls få ega rum när jäf gillats mot domare, om rätten äfven utan honom är domför, ej håller när jäf gillats emot hel nämnd samt när jäf blifvit gjordt mot enskilde nämndemän vare sig detsamma gillats eller icke, hvaremot i alla öfriga fall parten skulle ega rätt att fullfölja jäfsfrågan genom särskilda besvär.

likaledes föreslagits¹³⁾, oaktadt de anförda besvären låta rättegången i hufvudsaken fortgå, dock utan att däri gifves dom innan invändningsfrågan blifvit i högre rätt afgjord, vore enligt vår tanke att i väsentlig mån beröfva parten de fördelar han genom sina särskilda besvär kan vinna, hvaremot det icke kan nekas att en dylik förändring vore i skyndsamhetens intresse¹⁴⁾.

Vi öfvergå nu till de öfriga processinvändningarna, d. ä. till dem, vid hvilka det ankommer på domstolens pröfning huruvida särskildt utslag skall gifvas öfver invändningen eller icke. Såsom redan nämndes, kunna dessa utslag, äfven om de gifvits särskildt, likväl icke af parten särskildt dragas under högre rätts pröfning, utan blott i sammanhang med hufvudsaken. Då denna bestämning varit föremål för olika tolkningar, skola vi till en början anföras densamma med de ordalag, som lagen själf begagnar. Sedan föreskrifter gifvits angående själfva utslaget öfver invändningen, heter det:

och antingen thet i hufvudsaken binder, eller ej, fortfarande han ej thes mindre genast ther på med hufvudsaken, äntå at någorthera parten sitt missnöje förklarar inom then tid, som i 1 och 2 §§ stadgadt är. Ej må Öfverdomaren besvär öfver fel i rättegången emottaga, innan Underdomaren i hufvudsaken dömdt. Söker then, som tappadt, högre Rätt i hufvudsaken; stånde honom tå fritt, sina besvär i the fall, som sagdt är, tillika framföra.

I sig själfva äro uttrycken på detta ställe ingalunda tvetydiga. Fattar man dem ordagrant, måste man komma till det resultat att utslaget öfver en sådan invändning icke i någon händelse kan angripas genom rättsmedel förr än underdomstolen afgjort hufvudsaken, då det tillsammans

¹³⁾ Nämligen af den nyare lagkomitén, hvars förslag afgafs år 1849. Se förslaget, a. st. § 8, samt "Nya motiven" till detta ställe.

¹⁴⁾ Såsom redan nämndes, låter C. P. Ö. domstolen i sådant fall ej blott fortfara med rättegången i hufvudsaken, utan äfven däri meddela utslag, hvilket likväl medför den olägenhet, att om invändningen sedermera af öfverrätten godkännes, detta utslag varder ogiltigt. Se ofvan n. 5 samt *Seuffert*, 311.

med denna får fullföljas i närmast högre instans. Också är en dylik regel för det fall att invändningen blifvit förkastad både billig och lätt att tillämpa. Den part, som framstälde invändningen, eger då, om han är missnöjd med utslaget, att därom anmäla före utgången af den påföljande dagen, men måste likväl finna sig i att domstolen fortfar med rättegången till dess utslag fallit i hufvudsaken. Om nu sist nämnda utslag är fullständigt till förmån för denne part, har han intet skäl att vara missnöjd med invändningens förkastande, ty äfven om han hade fått särskildt besvära sig i invändningsfrågan, hade han icke kunnat vinna något annat. Är han åter i något afseende missnöjd med den utgång, som hufvudsaken erhöll, kan han vädja i denna och tillika söka ändring i utslaget rörande invändningen. I detta fall hade det väl kunnat vara för honom förmånligare att genast söka och erhålla ändring i invändningsfrågan, men sina rättigheter i detta afseende har han ju icke förlorat ehuru han måste vänta med deras utöfning, och lika litet som hans berättigade intressen trädas för nära om hans processinvändning afgöres först i sammanhang med hufvudsaken, sker i förefarande fall någon kränkning däraf.

Annorlunda gestaltar sig däremot förhållandet om underrätten godkänt invändningen och på grund däraf icke upptagit käromålet till pröfning, ty om den brist, hvartill invändningen hänförde sig, icke varder afhjälpt, kommer i sådant fall något utslag i hufvudsaken ej att gifvas. Då likväl den åsigt blifvit uttalad att äfven i detta fall ändring i invändningsfrågan endast skulle kunna sökas i sammanhang med hufvudsaken ¹⁵⁾ och då denna åsigt, såsom nämndes, tyckes hafva stöd i lagens ordalydelse, måste vi litet närmare granska denna fråga.

Härvid kunna vi ej undgå att åter beröra den af oss redan tidigare påpekade olikhet, som eger rum mellan de

¹⁵⁾ Denna åsigt uttalades vid Jurid. föreningens härstädes allmänna diskussionsmöten år 1866 af flere bland föreningens medlemmar. Se föreningens tidskr. IV & V, 127 ff.

skilda processförutsättningarna med afseende å möjligheten att bota en däri förekommande brist. Nu är det väl sant att i dessa förutsättningar kunna finnas brister, hvilka äro så lätt afhjälpta att parten utan afsaknad kan umbära rättigheten att särskildt besvära sig öfver det utslag, som konstaterar tillvaran af en dylik brist. Hit höra, såsom redan antydts, vissa fall af jäf emot domaren. Men vid åtskilliga andra förutsättningar, där bristens afhjälpande jämväl i allmänhet är möjligt, kan det endast undantagsvis ske utan att för parten medföra betydande svårigheter. Så t. ex. skulle, om stämningen af domstolen förklarats för ogiltig, enligt denna åsigt käranden icke få häröfver anföra besvär, utan måsta genom ny stämning göra saken anhängig, samt först sedan domstolen på grund däraf gifvit sitt slutliga och hufvudsakliga utslag, tillika med detta få öfverklaga utslaget rörande stämningen¹⁶⁾. Emellertid är det klart att under denna tid sakläget kan hafva så väsentligen förändrats, att en ny stämning icke mer gör käranden samma gagn som den första. Svaranden kan hafva flyttat till en annan ort, en möjligen löpande preklusiv tid för talans anställande i saken kan hafva gått till ända o. s. v. Och i alla fall hjälpa honom besvären i invändningsfrågan på detta sätt till intet. Har han genom den nya stämningen fått sitt anspråk pröfvadt af domstolen, vinner han intet med att äfven den första stämningen numera förklaras för giltig, kan han åter icke få en ny och giltig stämning till stånd, skulle han öf-

¹⁶⁾ Ungefär på detta sätt formulerades i fråga varande åsigt vid den ofvan (n. 15) nämnda diskussionen just beträffande invändningen om stämning, och af uttrycken i referatet ser det ut såsom skulle jämväl centralafdelningen hafva betraktat en sådan anordning åtminstone såsom regel. Att för öfrigt bland preliminära utslag, hvilka ej få afbryta rättegången, utan endast fullföljas i sammanhang med hufvudsaken, äfven uppräknas utslag öfver invändningen om preskription är ett af de många vitnesbörd, som denna diskussion erbjuder öfver den äfven hos framstående praktiske jurister rådande oklarhet i invändningsläran, hvilken åter endast är en naturlig följd af den otillfredsställande ståndpunkt, som vetenskapen i dessa frågor hittills innehaft.

ver hufvud icke komma i tillfälle att besvära sig angående den första stämningen.

Samma förhållande som vid invändningen om stämningen eger jämväl rum vid flere andra processinvändningar, såsom i fråga om bristande processlegitimation och habilitet att processa, samt vid flere fall af jäf emot domaren. Att lagstiftaren i alla dessa fall velat hindra parten att, om invändningen blifvit godkänd, däröfver söka ändring förr än den brist, som underdomstolen konstaterat, blifvit afhjälpt och hufvudsaken sålunda kunnat komma under pröfning, — då en revision af det förra utslaget icke mer har något värde, — detta är värkligen föga sannolikt.

Men om således den i fråga varande åsigten redan synes oantaglig med hänsyn till sådana processförutsättningar, hvilka, om de saknas, likväl i allmänhet kunna ersättas, så är detta naturligtvis i ännu högre grad fallet om man tager i betraktande de invändningar, vid hvilka ett botande af den anmärkta bristen icke under några omständigheter kan komma i fråga, åtminstone såvida icke käromålet ändras, såsom t. ex. invändningen om rättskraften eller att saken icke är rättegångssak. I dessa fall skulle nämligen käranden, när domstolen vägrat att upptaga hans anspråk till pröfning, mot ett sådant utslag aldrig hafva något rättsmedel. Vår lag, som annars är så mån om att låta parten vid hvarje tvifvel om riktigheten af ett domstolsutslag få saken pröfvad af en högre instans, skulle således här göra en underdomstols utslag oåterkalleligen bindande. Då vi icke kunna antaga detta och då lagen icke vet af någon skilnad bland de invändningar, om hvilka här är fråga, är det enligt vår tanke otvifvelaktigt att alla utslag, hvarigenom domstolen på grund af en bristande processförutsättning afvisar käromålet, måste få af parten särskildt dragas under högre rätts pröfning ¹⁷⁾. Förbudet för

¹⁷⁾ Denna åsigt förfäktas äfven af *Broomé*, 136 ff., ehuru endast med afseende å invändningarna om rättskraften, om sakens anhängighet vid annan domstol och om stämningen. Af högste domstolen i Sverige

öfverdomaren, att mottaga besvär i invändningsfrågor förr än underdomaren i hufvudsaken dömt, kan således endast hänföra sig till sådana fall, i hvilka utslaget öfver invändningen icke hindrar hufvudsakens upptagande till pröfning, d. ä. då invändningen förkastats¹⁸⁾. Väl är det sant, att uttrycken i detta moment icke synas gifva stöd för en sådan tolkning nämligen om man betraktar momentet ensamt för sig. Men ser man på §:n i dess helhet har denna uppfattning måhända mer öfverstämmelse äfven med ordalagen än den motsatta, i ty att det endast i dessa fall är möjligt att efter meddeladt utslag i invändningsfrågan *genast* fortfara med hufvudsaken¹⁹⁾.

Får man sålunda betrakta det såsom afgjort, att sådana utslag, genom hvilka processinvändningar godkännas, kunna särskildt öfverklagas i högre rätt, kan det icke vara tvifvelaktigt hvilket rättsmedel härvid skall komma till användning. Det är nämligen i vår processrätt en allmän grundsats, att liksom missnöje öfver utslag i tvistemål, såvidt det angår hufvudsaken, i regeln fullföljes genom vad, det kortare, så att säga, mer summariska rättsmedlet besvär däremot i allmänhet användes när det gäller att söka rättelse beträffande någon omständighet, som rör förfarandet eller en under rättegången uppkommen tvistefråga, med hvars lösande det

har den uttalats såväl för invändningen om stämning (*Naumanns* tidskr. VIII, 550, f.) som för invändningen om sakens beskaffenhet att ej vara rättegångssak (*Holms* arkiv, III, N:o 82). Att den äfven i Finland har för sig en fastän icke enhällig praxis, synes af den ofvan åberopade diskussionen.

¹⁸⁾ Hvad beträffar de utslag, genom hvilka domstolen visserligen gillar invändningen, men tillika uppskjuter rättegången för att bereda rådrum till bristens afhjälpande, så äro de med afseende å rättsmedlen underkastade samma regler som lagen i R. B. 16: 6 för andra uppskofsbeslut föreskrifver.

¹⁹⁾ Sv. F. (det senare), innehåller i R. B. 13: 11 följande stadgande: "Ej må någon af de invändningar, som i 9 § omtalas (d. ä. alla utom invändningen om forum och domarejäf), under högre Rätts pröfning dragas förr, än Underrätten i saken dömt; utan så är, att stämningen ogillad blifvit, eller part tror saken onödigt uppehållas deraf, att annan invändning gillad är".

materiella anspråket ännu ej blifver afgjort²⁰). Och då det icke gifves någon anledning, hvarför denna regel i förevarande fall skulle lida ett undantag, är det klart att rättsmedlet här måste vara besvär, hvilka fullföljas enligt föreskrifterna i R. B. 25: 21²¹).

Svårare tyckes det vara att afgöra, huruvida sådana besvär skola få från hofrätten vidare fullföljas i senaten. Emot antagandet af en sådan rättighet talar förnämligast den omständigheten, att den missnöjde parten därigenom blefve vid dessa invändningar försatt i ett gynsamare läge än vid invändningarna om forum och flere parters hörande, hvilket icke synes hafva varit lagstiftarens mening. Men då det stadgande, enligt hvilket hofrätten såsom högsta instans afgör besvär rörande de bägge sist nämnda invändningarna, endast hänför sig till dessa, och då sagda stadgande bildar undantag från en allmän regel, är det klart att nu i fråga varande utslag måste kunna i besvärväg fullföljas genom alla instanser²²).

Om åter processinvändningen blifvit af domstolen förkastad, får, såsom nämdes, detta utslag äfven då det afkunnats särskildt icke öfverklagas i högre rätt innan samme domstol dömt jämväl i hufvudsaken. Med afseende å ändringsökandet i invändningsfrågan kunna några tviifelaktiga fall knappast uppstå, då detta ändringsökande helt och hållet åtföljer partens vadetalan i hufvudsaken så att det i yttre

²⁰) R. B. 25: 1, 30: 1, R. B. 16: 1, 2; 25: 20, 21, 22. Dock är, såsom bekant, denna regel icke utan undantag.

²¹) I den ofvan nämnda diskussionen, som närmast hade till föremål just denna fråga, uttalades väl äfven, bl. a. af Åbo filialafdelning, den åsigt att ändring i sådana utslag, hvarigenom käromålet afvisats utan pröfning, borde sökas i vadväg. Men af referatet framgår ej om man härvid tänkte sig att invändningen kunde fullföljas genom särskild talan. Då däremot i de nyss anförda rättsfallen (se ofvan n. 17) invändningsfrågan fullföljts genom besvär, har vår åsigt i denne del jämväl stöd af praxis.

²²) Denna åsigt omfattas äfven af *Broomé*, 139, och till densamma har jämväl högste domstolen i näst nämnda tvänne rättsfall anslutit sig med afseende å de invändningar, om hvilka där är fråga.

afseende framstår endast såsom en del af denna. Att det likväl af lagen benämnas besvär beror utan tvifvel därpå, att någon särskild vadepenning för dess fullföljande icke erlägges, och är för öfrigt en omständighet af föga vigt, då den ej kan invärka på den processuella behandlingen däraf.

Att på en gång söka ändring i hufvudsaken och rörande invändningen, är likväl möjligt endast i händelse parten tappat i hufvudsaken. Skulle han åter vinna, har han visserligen till en början icke något skäl att söka ändring vare sig i det ena eller andra hänseendet. Men om i sådant fall hufvudsaken af vederparten drages till högre rätt, kan det ligga i den först nämde partens intresse att, medan målet är här anhängigt, söka ändring i det utslag, genom hvilket hans invändning förkastades. Huruvida han är härtill berättigad, säges icke i vår §. Men att förneka detta därför att lagen uttryckligen nämner endast det vanligare fallet, då den, som gjorde invändningen, tappar i hufvudsaken, vore enligt vår tanke att gifva detta stadgande en alltför inskränkt tolkning. Naturligtvis förutsättes härvid att han inom föreskrifven tid anmält missnöje mot utslaget i invändningsfrågan. Däremot kan det icke fordras att han i sådant fall skall hålla sin talan öppen genom vad²³⁾.

Om slutligen domstolen icke afgör processinvändningen förr än i sammanhang med hufvudsaken, komma nyss anförda regler delvis åter till användning. Tappar parten i hufvudsaken, eger han, då han däri vädjar, tillika söka ändring rörande sin invändning, vinner han däremot i hufvudsaken, kan han, om vederparten vädjar, i sitt svaromål därjämte anhålla om ändring af utslaget i invändningsfrågan, — alldeles såsom ofvan visades. Däremot kan det i dessa fall icke åligga parten att för bevarande af sin talan emot sist nämnda utslag anmäla missnöje inom den i R. B. 16: 1 stadgade tid, ty bestämningen härom, hvilken utgör ett undantag från den vanliga procedyren, gäller endast för det fall att särskildt utslag gifvits öfver en processinvändning.

²³⁾ Jfr *Broomé*, 267, *Nordling*, Om Remedia Juris enligt Svensk Lag (Ups. årsskr. 1863), 24 f.

Beträffande denna bestämning kunde för öfrigt från legislativ synpunkt anmärkas, att densamma, ehuru fullkomligt på sin plats i fråga om invändningarna rörande domstolens behörighet och flere parters instämmande, hvilka äfven då de förkastas kunna föranleda rättegångens afbrytande genom särskilda besvär, däremot med afseende å öfriga processinvändningar är tämligen öfverflödig ²⁴⁾.

²⁴⁾ Också har Sv. F. uteslutit denna föreskrift. Se motiven vid R. B. kap. 13, mot slutet.

