

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

[XIII]

PER OLOF BOLDING

SKILJEFÖRFARANDE
OCH
RÄTTEGÅNG

(ARBITRATION AND LITIGATION)

STOCKHOLM

P. Å. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2023
eISBN: 9789198899924

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.242>



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

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

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

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

[XIII]

PER OLOF BOLDING

SKILJEFÖRFARANDE OCH RÄTTEGÅNG

EN STUDIE I PROCESSUELL
ORGANISATION OCH RÄTTSTILLÄPNINGSMETODIK

(ARBITRATION AND LITIGATION

*A Study on the Organisation of Legal Procedure and
on Methods of Application of Law.)*

With a Summary in English.

STOCKHOLM

P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

STOCKHOLM 1956

KUNGL. BOKTRYCKERIET P. A. NORSTEDT & SÖNER

INNEHÅLL

FÖRKORTNINGAR	6
CITERAD LITTERATUR	7
FÖRORD	13
KAPITEL I. ALLMÄNNA SYNPUNKTER PÅ SKILJEFÖRFARANDET SÅSOM UTGÖRANDE ETT ALTERNATIV TILL ORDINÄR RÄTTEGÅNG	15
§ 1. Ett köpeavtal ingås. Bör skiljeklausul medtagas?	15
§ 2. En konflikt uppstår — närmare om konsekvenserna av att skiljeklausul medtagits i köpekontraktet	23
§ 3. Har skiljeförfarandet en särskild »natur»? Är det likartat med ett förlikningsförfarande? Bärs det upp av partsvilja?	29
§ 4. Skulle skiljeförfarandet bli obehövt om man radikalt reformerade den ordinära rättegången?	35
§ 5. Bör den ordinära rättegången alls reformeras i här aktuella hänseenden? I vad mån skulle eventuella reformer inverka på skiljeförfarandets gestaltning?	42
A. Allmänna synpunkter på reformfrågan	42
B. Några ord om det rättspolitiska läget	51
C. Speciell reformfråga: Bör utfästelse att ej fullfölja talan mot underrätts eller hovrätts dom tillerkännas giltighet även om utfästelsen gjorts innan »tvist uppkommit»?	57
D. Antydningar beträffande andra reformfrågor	72
E. I vad mån skulle reformer av här berört slag inverka på skiljeförfarandets gestaltning?	74
KAPITEL II. VILKEN RÄTTSSKIPNINGSMETOD BÖR SKILJEMÄNNEN BEGAGNA?	77
§ 1. Inledande anmärkningar	77
§ 2. Strikt rättstillämpning kräver att domaren baserar avgörandet på ett kunskapsmaterial vars olika delar han »viktar» enligt en bestämd metod	79

§ 3. Kräver strikt rättstillämpning att domaren »tolkar lagen»?	95
§ 4. Kräver strikt rättstillämpning att domaren »värderar»?	114
§ 5. Försök till precisering av andra tänkbara rättsskipningsmetoder än den som i den föregående framställningen betecknats såsom »strikt rättstillämpning»	119
A. Inledande anmärkningar	119
B. Möjligheten av en »metod» som skiljer sig från den strikta rättstillämpningsmetoden endast därigenom att den inrymmer större handlingsfrihet för skiljemännen	130
C. Möjligheten av en metod enligt vilken skiljedomen skall baseras på ett kunskapsmaterial som helt eller delvis är mer omfattande än det material som en domare i ordinära fall förutsättes skola utnyttja	136
D. Möjligheten av en metod enligt vilken skiljedomen skall baseras på ett onormalt litet kunskapsmaterial	139
E. Möjligheten av skilda slags metoder som karakteriseras därav att speciella kunskapsmoment tillmätts annan relativ vikt än vad som svarar mot strikt rättstillämpning	141
F. Synpunkter som särskilt avser konkreta, »uppkomna» tvister	152
§ 6. I vilken mån råder ett beroendeförhållande mellan rättstillämpningsmetodik och principerna för det processuella förfarandets gestaltning?	153

KAPITEL III. UNDERSÖKNING AV VISSA SPECIALFRÅGOR — FÖRETRÄDESVIS SÅDANA SOM HAR ANKNYTNING TILL TIDIGARE BEHANDLADE PROBLEM

§ 1. Åtgärder avseende skiljedomstolens sammansättning	165
A. Bör skiljemännen vara parternas »förtroendemän»?	165
B. Vilka kvalifikationer bör skiljemännen äga?	173
C. Särskilt angående överexekutors åtgärder	177
a. Utseende av skiljeman »för part»	179
b. Utseende av »tredje skiljeman»	183
§ 2. Åtgärder under skiljeförfarandet	184
A. Fastläggande av riktlinjerna för skiljeförfarandet	184
a. I skiljeavtalet har ej träffats överenskommelse om någon viss rättsskipningsmetod, ej heller om något processuellt arrangemang som behöver inverka på valet av sådan metod	185
b. I skiljeavtalet har givits föreskrift om något processuellt arrangemang som inverkar på valet av rättsskipningsmetod	188
c. I skiljeavtalet har givits föreskrift beträffande rättstillämpningen	189
B. Bör skiljemännen söka åstadkomma förlikning mellan parterna?	193
C. Relationerna mellan skiljemän och parter samt mellan skiljemännen inbördes	195
D. Bör skiljedomen förses med motivering?	197

§ 3. Frågor avseende rättsmedel mot skiljedom	201
A. Överinstans inom ramen för skiljeförfarandet?	201
B. Kan särskild ogiltighets- eller klandertalan föras beträffande »mellandom», given av en skiljedomstol?	204
C. Oriktig rättstillämpning såsom ogiltighets- och klandergrund ..	207
a. Allmänna synpunkter	207
b. Konfrontation med 20 och 21 §§ SkmL	211
c. Efter vilka linjer skulle rättstillämpningsfel som finge be- traktas såsom ogiltighets- eller klandergrunder kunna av- gränsas från andra rättstillämpningsfel?	222
SUMMARY	236
INDEX	247

FÖRKORTNINGAR

ADD	Arbetsdomstolens domar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
dnr	diarienummer
FJFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska föreningen i Finland
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv. Avd. I.
NJA II	Nytt juridiskt arkiv. Avd. II.
PLB	Processlagberedningen(s förslag till rättegångsbalk)
RB	Rättegångsbalken
Skml.	Lagen den 14 juni 1929 om skiljemän
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap
TSA	Tidskrift för Sveriges advokatsamfund
UL	Utsökningslagen
ZPO	Zivilprozessordnung
ÖÄ	Överståthållarämbetet

CITERAD LITTERATUR

1. Betänkanden, tidskrifter m. m.

Arbetsdomstolens domar. Utgivna genom domstolens försorg. Stockholm.
(Cit. ADD.)

Atti del convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato. Sotto il patronato del ministero italiano degli affari esteri. Cadenabbia—Milano 3—4—5—6 Giugno 1954. Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. Milano 1955.

Draft of a uniform law on arbitration in respect of international relations of private law and explanatory report. Editions «Unidroit». Rome 1954.

Forhandlingerne på det attende nordiske juristmøde i København den 26.—28. august 1948. Udgivet af den danske styrelse. København 1949.

Förhandlingarna vid Sveriges advokatsamfunds årsmöte i Stockholm den 7 juni 1913. Stockholm 1914.

Nytt juridiskt arkiv. Grundat av G. B. A. Holm. Avd. I och II. Stockholm.
(Cit. NJA resp. NJA II.)

Règlement de conciliation et d'arbitrage en vigueur au 1^{er} juin 1955. Chambre de commerce internationale. [Brochure.] Paris 1955.

SOU 1926: 31—33. Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. D. 1—3. Stockholm 1926.

SOU 1927: 15. Yttranden i anledning av processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Stockholm 1927.

SOU 1929: 25. Yttranden av häradshövdingar och rådhusrätter över processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Stockholm 1929.

SOU 1938: 44. Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. II. Motiv m. m. Stockholm 1938. (Cit. PLB.)

SOU 1944: 10. Processlagberedningens förslag till lag om införande av nya rättegångsbalken m. m. II. Motiv m. m. Stockholm 1944.

SOU 1955: 19. Administrativt rättsskydd. Principbetänkande angående besvärsinstitutet och därmed sammanhängande ämnen avgivet av besvärssakkunniga. Stockholm 1955.

- Svensk juristtidning. Stockholm. (Cit. SvJT.)
 Sveriges officiella statistik. Rättsväsen. Domstolarnas och de exekutiva myndigheternas verksamhet 1949—1952. Stockholm 1954.
 Tidskrift för Sveriges advokatsamfund. Stockholm. (Cit. TSA.)
 Tidskrift, utgiven av Juridiska föreningen i Finland. Helsingfors. (Cit. FJFT.)
 Tidsskrift for rettsvitenskap. Oslo. (Cit. Tfr.)
 Överläggningar inför chefen för justitiedepartementet den 5—10 juni 1939 rörande huvudpunkterna i processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. Referat utgivet genom justitiedepartementets försorg. Stockholm 1940.

2. Övrig litteratur

- Agge, Ivar*, Abstrakt norm och konkret verklighet. Reflexioner kring några lagtekniska spörsmål. Festskrift tillägnad Gösta Eberstein. Stockholm 1950. S. 7 ff.
Agge, Ivar, Till frågan om rättsvetenskapens gränser. Festskrift tillägnad Nils Herlitz. Stockholm 1955. S. 1 ff.
Ahlander, Björn, Är juridiken en vetenskap? Stockholm 1950.
Ahlander, Björn, Om rätt och rättstillämpning. Studier i juridikens idéhistoria och rättstillämpningens teori. Stockholm 1952.
Ahrnborg, Bertil, Rättegång och skiljedom såsom medel att lösa affärstvister. SvJT 1950 s. 488 ff.
Alexanderson, Nils, [Anm. av] Hjalmar Karlgren, Skadeståndsläran . . . 1943. SvJT 1944 s. 532 ff.
Almén, Tore, Om köp och byte av lös egendom. Kommentrar till lagen den 20 juni 1905. 3. uppl. ombesörjd av Rudolf Eklund. Förra delen. Stockholm 1934.
Augdahl, Per, Norsk Civilprosess. Annen utgave. Trondheim 1951.
Bagge, Algot, Några erfarenheter från den internationella lagstiftnings- och skiljedomsverksamheten. SvJT 1943 s. 1 ff. och 308 ff.
Barre, Birger, Något om Sveriges Tekniskt-Industriella Skiljedomsinstitut. TSA 1947 s. 33 ff.
Behm, Olof, När få vi folkdomstolar i Sverige? TSA 1952 s. 297 ff.
Berglund, Hadar, Om skiljeavtal och skiljedom. Bidrag till läran om skiljeavtalets och den därpå grundade skiljedomens processuella verkningar enligt svensk rätt. Akademisk avhandling. Uppsala 1920.
Berglund, Hadar, Några ord om legalt skiljemannaförfarande i svensk rätt. Uppsala 1921. (Uppsala universitets årsskrift 1921. Juridik. 1.)
Berglund, Hadar, Föreningsjustis i Danmark och Sverige. SvJT 1942 s. 193 ff.
Bergström, Svante, Kollektivavtalslagen. Studier över dess huvudprinciper. Akademisk avhandling. Uppsala 1948.
Bolding, Per Olof, Bevisbördan och den juridiska tekniken. With a summary in English. Akademisk avhandling. Uppsala 1951.
Bolding, Per Olof, Har försäkringsfallet inträffat? Några synpunkter på en bevisfråga. Stockholm 1952. (Försäkringsjuridiska föreningens publikation nr 8.)
Broad, C. D., se *Hägerström*.

- Conradi, Erland*, [Anm. av] Svante Bergström, Arbetsrättsliga spörsmål I . . . 1950. SvJT 1951 s. 356 ff.
- Conradi, Erland*, Om några processförutsättningar vid skiljemannaförfarande. SvJT 1952 s. 337 ff.
- Conrady, Otto*, Ist der Schiedsrichter bei der Entscheidung eines Rechtstreits an das materielle Recht gebunden? Diss. Jena. Berlin 1929.
- Cuche, Paul*, Précis de procédure civile et commerciale. 9. éd. Paris 1946. (Petits précis Dalloz.)
- Danielsson, Erik*, Några anmärkningar till 35 kap. 5 § rättegångsbalken. Skadeståndsrättsliga spörsmål. Stockholm 1953. (Försäkringsjuridiska föreningens publikation nr 10.) S. 5 ff.
- Dennemark, Sigurd*, se *Nial*.
- Dillén, Nils*, Äro skiljemän vid sitt avgörande bundna av den materiella rätten? SvJT 1933 s. 15 ff.
- Dillén, Nils*, Bidrag till läran om skiljeavtalet. Akademisk avhandling. Stockholm 1933.
- Eckhoff, Torstein*, Rettsvesen og rettsvitenskap i U. S. A. Oslo 1953.
- Ekdahl, Curt*, Skiljedomskostnad. TSA 1955 s. 92 ff.
- Ekelöf, Per Olof*, Om interventionsgrunden. Akademisk avhandling. Uppsala 1937.
- Ekelöf, Per Olof*, Straffet, skadeståndet och vitet. En studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt. Uppsala 1942. (Uppsala universitets årsskrift 1942: 8.)
- Ekelöf, Per Olof*, Juridisk slutledning och terminologi. TfR 1945 s. 211 ff.
- Ekelöf, Per Olof*, Sakframställning och domskäl enligt nya RB. SvJT 1947 s. 241 ff.
- Ekelöf, Per Olof*, Omröstning om särskilda omständigheter i tvistemål. SvJT 1948 s. 207 ff.
- Ekelöf, Per Olof*, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Lund 1951. (Skrifter utgivna av juridiska fakulteten i Lund. XIV.)
- Ekelöf, Per Olof*, [Anm. av] Per Olof Bolding, Bevisbördan . . . 1951. SvJT 1952 s. 216 ff.
- Ekelöf, Per Olof*, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Några problem inom den allmänna processrättsläran. Stockholm 1956. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. VIII.)
- Ekelöf, Per Olof*, Kompendium över civilprocessen. D. 1—3. 2. omarb. uppl. [Utg. av Juridiska föreningen i Uppsala. Stenc.] Uppsala 1951—1952.
- Eklund, Rudolf*, se *Almén*.
- Engströmer, Thore*, Några anmärkningar rörande den nya lagstiftningen om utländska skiljeavtal och skiljedomar. Uppsala 1929. (Uppsala universitets årsskrift 1929. Juridiska fakultetens minnesskrift. 4.)
- Engströmer, Thore*, se *Gärde*.
- Fehr, Martin*, Ändringarna i skiljemannalagen. SvJT 1919 s. 298 ff.
- Fehr, Martin*, Den nya skiljemannalagstiftningen. SvJT 1930 s. 56 ff.
- Gihl, Torsten*, Studier i internationell rätt. Stockholm 1955.
- Gorphe, François*, Les décisions de justice. Étude psychologique et judiciaire. Paris 1952.

- Grönwall, Tage*, Utländska skiljedomars giltighet i Sverige. SvJT 1939 s. 369 ff.
- Guldberg, Harry*, Om bristande förutsättningar vid avtal. SvJT 1953 s. 1 ff.
- Gärde, N.*, Rättegångsbalken. Minnesskrift ägnad 1734 års lag. I. Stockholm 1934. S. 369 ff.
- Gärde, N.*, Litispensens och resjudicata i skiljemannaförfarandet. SvJT 1945 s. 292 ff.
- Gärde, N., Engströmer, Thore, Strandberg, Tore* [&] *Söderlund, Erik*, Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande. Med kommentar. Stockholm 1949.
- Haffner, A.*, Das ständige kaufmännische Schiedsgericht. Stuttgart 1911.
- Hagbergh, Erik*, se Lagen . . .
- Hassler, Åke*, Den nya rättegångsbalken. Förra delen. Lund 1947.
- Hassler, Åke*, Extraordinär process och specialprocess. 2. uppl. [Stockholms högskolas juridiska förenings kompendier. Stenc.] Stockholm 1951.
- Hedenius, Ingemar*, Om rätt och moral. Stockholm 1941.
- Hellner, Jan*, Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden. Ett civilrättsligt problem i komparativ belysning. Akademisk avhandling. Uppsala 1950.
- Hellner, Jan*, Några anteckningar om juridik och filosofi. SvJT 1956 s. 1 ff.
- Hjejle, Bernt*, Frivillig Voldgift. København 1937.
- Hjejle, Bernt*, Foreningsvoldgift. Studier over Gyldigheden af Selvdømmeklausuler i retlige Fællesskabsforhold. København 1941.
- Holm, Einar*, Fri bevisprövning i häradsrätt och hovrätt. TSA 1952 s. 83 ff.
- Hull, Phillips*, Föräldrar och barn enligt svensk internationell privaträtt. Stockholm 1943.
- Hull, Phillips*, Juridisk debatt. Valda rättsvetenskapliga uppsatser. Uppsala 1952.
- Hull, Phillips*, Lagens bokstav och lagens andemening. SvJT 1952 s. 579 ff.
- Hägerström, Axel*, Inquiries into the nature of law and morals. Edited by Karl Olivecrona. Translated by C. D. Broad. Uppsala 1953.
- Kallenberg, E.*, De ordinära devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen. 2. uppl. Lund 1922.
- Kallenberg, E.*, Svensk civilprocessrätt. [Bd 1:] 1—2. 2. uppl. Lund 1923—1926. [Bd 1:] 3—5. Lund 1922—1926. Bd 2: 1—7. Lund 1927—1939.
- Karlgrén, Hjalmar*, Skadeståndsrätt. Stockholm 1952. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. I.)
- Kellor, Frances*, American arbitration. Its history, functions and achievements. New York & London 1948.
- Kern, Eduard*, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts. München & Berlin 1954.
- Lagen om ekonomiska föreningar av den 22 juni 1911 jämte vissa därtill hörande författningar. Med förklarande anmärkningar, formulär och sakregister. Utgiven av S. Skarstedt. 6. uppl. Stockholm 1946.
- Lagen om ekonomiska föreningar av den 1 juni 1951 jämte dithörande författningar med förklaringar, formulär och sakregister m. m. utgiven av Erik Hagbergh [&] Sal. Nisell. Stockholm 1952.

- Lienhard, W.*, Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international. Paris 1935.
- Lindboe, Asbjørn*, Privat rettergang (Voldgiftsprosessen). Oslo 1944.
- Lindhagen, Arthur*, Om motivering av dom. SvJT 1947 s. 321 ff.
- Lundstedt, A. V.*, Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten. III. Obligationsbegreppet. Förra delen: Fakta och fiktioner. Uppsala 1929. Senare delen: Den i förra delen hävdade åskådningen ytterligare konfronterad med jurisprudentens läror. Första häftet. Uppsala 1930.
- Lundstedt, A. V.*, Det hägerström—lundstedtska misstaget. Sju föreläsningar samt efterskrift. Uppsala 1942.
- Lundstedt, A. V.*, Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten. IV. Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Bd II: 2. Uppsala 1953.
- Malmström, Åke*, Rättsutvecklingen 1736—1809. Minnesskrift ägnad 1734 års lag. I. Stockholm 1934. S. 91 ff.
- Malmström, Åke*, Till frågan om lagtolkningsmetoderna. SvJT 1952 s. 657 ff.
- *Monica Smithdomen*. Skiljedom i tvist mellan Uddevallavarvet Aktiebolag och Rederiaktiebolaget Ferlef given i Göteborg den 27 maj 1953. Skrift utgiven av Sveriges Varvsindustriförening. Göteborg 1953.
- Mussfeld, Richard*, se *Reimer*.
- Nial, Håkan*, Internationell förmögenhetsrätt. 2. omarb. uppl. Stockholm 1953. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. II.)
- Nial, Håkan*, och *Dennemark, Sigurd*, Förslag till internationell köprättskonvention. SvJT 1955 s. 81 ff.
- Nisell, Sal.*, se *Lagen* ...
- Norrmén, Gustaf*, Äro och, om så är förhållandet, i vilken utsträckning äro skiljemän i detta land vid handläggningen och avgörandet av en tvistefråga bundna av stadganden i vår gällande rätt? FJFT 1934 s. 7 ff.
- Olivecrona, Karl*, Bevisskyldigheten och den materiella rätten. Uppsala 1930.
- Olivecrona, Karl*, Om lagen och staten. Lund 1940.
- Olivecrona, Karl*, Lagens imperativ. Bilaga: Vidräkning med docenten I. Hedenius. Lund 1942.
- Olivecrona, Karl*, Domen i tvistemål. Lund 1943. (Skrifter utgivna av juridiska fakulteten i Lund. II.)
- Olivecrona, Karl*, Några ord angående res iudicatafrågorna och omröstningsreglerna samt angående begreppet positiv rättskraft. SvJT 1950 s. 702 ff.
- Olivecrona, Karl*, Kompendium i processrätt för propedeutiska kursen. 11. uppl. [Juridiska föreningen i Lund. Stenc.] Lund 1953.
- Olivecrona, Karl*, se *Hägerström*.
- Reimer, Ernst* och *Mussfeld, Richard*, Die kaufmännischen Schiedsgerichte Deutschlands. Ihre Gestaltung und ihr Verfahren. Berlin 1931.
- Robert, Jean*, Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne. 2. éd. Paris 1955.
- Ross, Alf*, Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. København 1953.
- Russell on arbitration*. 14. ed. by Ernest Wetton. London 1949.

- Rättsskipning utan rättegång. Utgiven av Stockholms handelskammare. Stockholm 1956.
- Schlyter, K.*, Specialdomstolar för handelsmål? SvJT 1944 s. 157 ff.
- Schmidt, Folke*, Domaren som lagtolkare. Festskrift tillägnad Nils Herlitz. Stockholm 1955. S. 263 ff.
- Schweigaard, A.*, Den norske Proces. Bd 1. Christiania 1891.
- Schönke, Adolf*, Die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil- und Handelssachen in Europa. Unter Mitwirkung zahlreicher Juristen aus verschiedenen Ländern. Bd 1. Berlin 1944. Bd 2. Berlin 1948.
- Schönke, Adolf*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 7. neubearb. Aufl. Karlsruhe 1951.
- Schönke, Adolf*, Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht. Ein Handbuch für Schiedsrichter und Schiedsparteien. 2. Aufl. des von A. v. Staff begründeten Handbuchs. Berlin—Köln 1954.
- Skarsledt, S.*, se Lagen . . .
- von Staff*, se Schönke.
- von Sleyern, Nils*, Omröstning om särskilda omständigheter i tvistemål. SvJT 1947 s. 726 ff.
- Strahl, Ivar*, Idealism och realism i rättsvetenskapen. SvJT 1941 s. 302 ff.
- Strahl, Ivar*, En allmän rättslära. SvJT 1955 s. 289 ff.
- Strandberg, Tore*, se Gärde.
- Söderlund, Erik*, se Gärde.
- Thornstedt, Hans*, Legalitet och teleologisk metod i straffrätten. Festskrift tillägnad Nils Herlitz. Stockholm 1955. S. 319 ff.
- Tirkkonen, Tauno*, Skiljemannaförfarandet. Processrättslig undersökning. [Stenc. översättning från finska originalet — originalets titel: Välimiesmenettely. Possessioikeudellinen tutkimus. Borgå och Helsingfors 1943 — ombesörjd av Institutet för rättsvetenskaplig forskning.] Stockholm 1952.
- Trygger, Ernst*, Skiljeaftal och skiljemannaförfarande enligt svensk rätt. TFR 1895 s. 1 ff. och 241 ff.
- Waldow, Fritz*, Das neue Schiedsvertragsrecht. Diss. Rostock 1934.
- Welamson, Lars*, Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessrätt 1948—1952. SvJT 1953 s. 681 ff.
- Welamson, Lars*, Domvillobesvär av tredje man. Ett bidrag till läran om tredjemansskyddet i civilprocessen. Stockholm 1956. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. IX.)
- Westerberg, Ole*, RF § 84. »Grundlagarna skola efter deras ordalydelse i varje särskilt fall tillämpas.» Stockholm 1953.
- Westermann, Harry*, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht. Münster Westf. 1955. (Schriften der Gesellschaft zur Förderung der westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster. 32.)
- Wellon, Ernest*, se Russell.
- Vinge, Karl Axel*, Om god advokatsed. Lund 1944.
- Zellerberg, Herman*, Om organisationen av domstolarna i första instans. Festskrift tillägnad Karl Schlyter. Stockholm 1949. S. 385 ff.
-

FÖRORD

Denna bok handlar till största delen om det konventionella skiljeförfarandet¹ — det förfarande som hos oss i huvuddrag regleras av lagen den 14 juni 1929 om skiljemän (SkmL). Ursprungligen avsåg jag att utarbета en framställning som skulle spänna över detta förfarande i dess helhet, med utgångspunkt från det läge som uppstår i och med att ett giltigt skiljeavtal ingåtts och skiljeförfarande påkallats. På ett tidigt stadium i mitt arbete gick jag emellertid ifrån denna plan. Jag fann det nödvändigt att särskilt uppmärksamma det problem som antyds genom de så ofta ställda frågorna: Är skiljemännen bundna vid »den materiella rätten»? Skall de döma efter »billighet»? Ty den som ej klart tagit ställning till detta problem kan ej heller ange några fasta riktlinjer för skiljeförfarandets gestaltning; det kan ej förutsättas att skiljemännens och parternas verksamhet bör utformas på samma sätt om meningen är att skiljedomen skall grundas på »billighet» som om meningen är att skiljedomen skall innefatta tillämpning av »materiell rätt».

Ingen lagstiftning kan ge fullständig klarhet om hur nyssnämnda problem skall lösas. I den svenska SkmL ges alls ingen vägledning. I litteraturen hos oss och utomlands har problemet blivit livligt debatterat, men debatten har ej lett till enighet; den har ej ens åstadkommit att meningsskiljaktigheternas innebörd klart framträder. Detta sammanhänger bl. a. därmed att olika författare förutsättningsvis utgått

¹ Liksom DILLÉN (Bidrag till läran om skiljeavtalet), HASSLER (kompendiet Extraordinär process och specialprocess) och OLIVECRONA (Kompendium i processrätt för propedeutiska kursen) föredrar jag termen *skiljeförfarande* framför de eljest ofta begagnade termerna *skiljemanna*förfarande och *skiljedom*förfarande.

ifrån olika åsikter om skiljeförfarandets »natur» — man har exempelvis utgått endera från den åsikten att skiljeförfarandet har en »civilrättslig» eller »kontraktsrättslig» prägel eller från den åsikten att skiljeförfarandet är »process». Oklarheten sammanhänger även därmed att vissa av de begagnade termerna — »materiell rätt», »billighet» m. fl. — är alltför mångtydiga för att lämpa sig såsom hjälpmedel i debatten.

Med mitt arbete har jag främst åsyftat att bidra till preciseringen av debatten. Jag har ställt följande huvudfrågor: Vilken metod för rättstillämpningen bör begagnas i skiljeförfarandet? Hur skall oriktig rättstillämpning kunna förebyggas? Bör oriktig rättstillämpning i flagranta fall medföra att skiljedomen kan sättas ur spel? För att kunna belysa dessa frågor har jag ansett mig böra ta upp åtskilliga problem som avser processrättslig organisation i stort och som endast delvis har beröring med skiljeförfarandet. I första kapitlet gör jag en — delvis tämligen ingående — jämförelse mellan skiljeförfarande och ordinär rättegång i avsikt att få klarhet om vilka samhälleliga behov — särskilt på affärslivets område — som kan och bör tillgodoses genom skiljeförfarande. Denna undersökning leder fram till vissa, dock endast ungefärliga, slutsatser rörande rättstillämpningsmetodiken. I andra kapitlet preciseras dessa slutsatser efter konfrontation med frågeställningar inom den allmänna rättsläran. I tredje kapitlet, slutligen, diskuteras några specialfrågor, huvudsakligen sådana som har relevans för frågan om möjligheterna att förebygga oriktig rättstillämpning och möjligheterna att försätta en oriktig skiljedom ur spel.

Till Institutet för rättsvetenskaplig forskning riktar jag ett värdsamt tack för ekonomiskt stöd under arbetets gång. Jag tackar även biträdande direktören i Sveriges allmänna exportförening THORSTEN HULTMAN som tagit del av arbetet på korrekturstadiet och som gjort flera påpekanden varav jag kunnat dra nytta.

Uppsala i maj 1956.

P. O. Bolding

KAPITEL I

ALLMÄNNA SYNPUNKTER PÅ SKILJEFÖRFARANDET SÅSOM UTGÖRANDE ETT ALTERNATIV TILL ORDINÄR RÄTTEGÅNG

§ 1. ETT KÖPEAVTAL INGÅS. BÖR SKILJEKLAUSUL MEDTAGAS?

Ett avtal rörande framtida prestationer — exempelvis ett köpeavtal² — vore meningslöst om icke parterna hade anledning räkna med att prestationerna skulle komma att fullgöras. Parterna måste var för sin del kunna förlita sig till att motparten, sedan väl avtalet ingåtts, befinner sig i ett tvångsläge: bristande fullgörelse måste normalt sett kunna leda till att den försumlige drabbas av menliga påföljder.

De menliga påföljderna — *sanktionerna* — kan vara av många olika slag. Hit måste man räkna ej blott de strängt typiserade påföljder som kan effektueras av domstolar och därmed likställda organ. Även andra, »icke-juridiska», sanktioner, sådana som minskat utrymme för vinstgivande verksamhet eller minskat anseende inom den egna sociala gruppen, kan ha stor betydelse. Om sådana sanktioner verkar i samma riktning som de juridiska kan det t. o. m. tänkas att de juridiska sanktionerna kommer att framstå såsom saknade praktisk vikt. Å andra sidan kan läget vara sådant att det normala sanktionstrycket — innefattande såväl de icke-juridiska som de ordinära juridiska påföljderna — kan beräknas vara otillräckligt för att pressa kontrahenterna, eller endera av dem, till avtalsfullgörelse.

Under sådana förhållanden ligger den tanken nära till hands att parterna i affärslivet borde kunna träffa bindande avtal rörande beskaflenheten av de juridiska sanktionerna. Köpmännen kan ju själva i stort sett efter gottfinnande bestämma över omfattningen av sina åtaganden. Man skulle

² För att kunna undvika språklig omständlighet kommer jag i regel att i det följande uttrycka mig såsom om diskussionen blott gällde köpmän och köpeavtal.

kunna tycka att de också borde ha möjlighet att förfoga över sanktionssystemet.

Emellertid kan en sådan avtalsfrihet ej accepteras fullt ut. Till en början är det tydligt att avtalsfriheten, såvitt angår möjligheten att *skärpa* sanktionerna, måste begränsas på sådant sätt att den ej kommer i konflikt med de samhällsintressen som bär upp straffrätten och skadeståndsrätten. Det kan ej komma på fråga att köpmännen skulle få möjlighet att med bindande verkan träffa överenskommelse om privatstraff, bestående i frihetsförlust. Icke heller kan de ges obegränsade möjligheter att skärpa de ekonomiska sanktionerna. Exempelvis måste domstolarna ha möjlighet att i flagranta fall nedsätta ett *vite* som någon utfäst sig att gälda för viss framtida eventualitet.³

³ Det är tveksamt vilken betydelse som i detta hänseende bör tillmätas 36 § i avtalslagen. EKELOF hävdar i arbetet *Straffet, skadeståndet och vitet* en åsikt vars konsekvens synes vara att jämkning enligt denna bestämmelse skulle kunna ske i så avsevärd mån att vitesklausulerna blott finge till effekt att bevisbördan med avseende på omfattningen av den ifrågavarande skadan bleve »omkastad» (s. 199 ff.). Enligt Ekelöf talar mycket för »att skadeståndsvitets funktion begränsas till att trygga den berättigades rätt till ersättning för liden skada» (s. 207). Han förordar emellertid de lege ferenda en lösning enligt vilken »det preventiva trycket på den förpliktade» skulle kunna förstärkas genom att denne kunde utfästa sig att vid kontraktsbrott betala ett straffvite (vitesbeloppet skulle i så fall tillfalla staten). Visserligen måste domstolarna ha möjlighet att jämka även ett sådant vite, men jämkningen kunde då ske »enbart med hänsyn till preventiva synpunkter» (s. 207). Emellertid tycks det mig tvivelaktigt om avtalslagens 36 § ger något stöd för Ekelöfs åsikt beträffande skadeståndsvitet. Frågan gäller närmast satsen: »... såframt utkrävandet av vad utfäst blivit finnes vara uppenbart obilligt». Ordet »uppenbart» skulle visserligen kunna anses hänvisa endast till graden av bevisstyrka, men det kan också uppfattas såsom — mer generellt — åsyftande en högre grad av disproportion mellan vitesbeloppet och det belopp som i motsvarande situation skulle ha kunnat utdömas i skadestånd (jfr uttrycket i BGB § 343: »unverhältnismässig hoch»). Att man vid lagstiftningsarbetet haft det sistnämnda alternativet för ögonen tycks mig framgå bl a. därav att man med följande motivering avvisat tanken på att, enligt tysk och österrikisk modell, stadga förbud mot nedsättning av viten i handelsförhållanden: »Även i förhållandet köpmän emellan förefinnes enligt kommitténs tanke ett verkligt behov att kunna jämka på vitesbestämmelser, som äro uppenbart orimliga». (NJA II 1915 s. 271.) Uttrycket »orimligt» kan knappast avse något annat än just en disproportion. Av intresse är även att observera att motiven i detta sammanhang hänvisar till rättsfallet NJA 1898 s.117, där endast rättsfrågan ställdes på sin spets.

I vad mån bör då två köpmän ha möjlighet att genom förhandsöverenskommelser *mildra* det ordinära sanktionssystemet? Antag exempelvis att de skulle vilja få ett mellanhavande baserat enbart på ett »gentlemen's agreement» och att de sålunda skulle vilja uttryckligen avböja alla skadeståndssanktioner. Kan ett sådant avtal tillmätas betydelse? Härpå kan svaras att avtalet ej kan få betydelse såsom rättegångshinder men att avtalet kan föranleda en domstol att efter prövning i sak ogilla en förd skadeståndstalan.⁴ Det förhåller sig tydligen så att den ordinära sanktionsapparaten i betydande mån kan försättas ur funktion genom avtal mellan parterna.

Har nu dessa betraktelser någon relevans för frågan om lämpligheten av att ta med skiljeklausul i ett köpeavtal? Ja, ty skiljeförfarandet kan fylla olika funktioner såsom alternativ till den ordinära processen. Och ett spørgsmål av stor principiell betydelse är huruvida skiljeförfarandet kan — och bör kunna — stå till buds för sådana parter i affärslivet som med tanke på framtida tvister vill disponera över sanktionssystemet i högre grad än vad den ordinära rättegången ger möjlighet till.

Såsom framgår av det nyss sagda kan detta spørgsmål anses ha praktisk vikt endast såvitt gäller möjligheterna att skärpa sanktionstrycket. Antag att två köpmän har försett ett köpeavtal med bestämmelser om exceptionellt höga viten samt att de i en särskild skiljeklausul givit föreskrift om att skiljemän-

⁴ Stundom förekommer avtal varigenom ett framtida skadestånd *maximeras*. Se t. ex., såvitt gäller kollektivavtal, BERGSTRÖM, Kollektivavtalslagen, s. 144, med där anförda rättsfall. Se även ADD 1939 nr 79. I detta sammanhang kan följande fråga förtjäna att beaktas: Vilken betydelse skall tillmätas en vitesklausul som ger föreskrift om ett i förhållande till skadans storlek orimligt *lågt* vite? Självfallet kan man icke tänka sig att domstolen skulle ha möjlighet att jämka vitet uppåt. Å andra sidan vore det föga tillfredsställande om det regelbundet förhölle sig så att en vitesklausul samtidigt innebure en överenskommelse om ett maximum i skadeståndsavseende. Det rimligaste torde vara att anse vitesklausulen icke vara till hindres för talan om högre skadestånd. En maximering bör ej anses föreligga annat än om otvetydiga formuleringar begagnats. Jfr följande punkter i BGB § 340: »Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geldendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen».

nen skall, utan att vara bundna vid gällande rätt, tillämpa avtalets bestämmelser. Om man kunde utgå från att skiljemännen skulle komma att följa denna instruktion så bleve tydligen konsekvensen att skiljeavtalet faktiskt kunde betraktas såsom ett medel varigenom parterna åstadkommit ett ökat sanktionstryck. Men är då detta en godtagbar konsekvens?⁵ Det kan knappast råda någon tvekan om att frågan måste besvaras med nej. De tvingande bestämmelser — här aktualiseras särskilt 36 § avtalslagen — som lagen uppställer till förhindrande av partsdispositioner med avseende på sanktionssystemet måste anses förtjäna beaktande av skiljedomstolar i lika hög grad som av ordinära domstolar. I det givna exempel borde skiljemännen följaktligen utan hänsyn till den särskilda instruktionen anse 36 § avtalslagen utgöra ett tillämpligt direktiv.^{5a} — Antag emellertid att en skiljedomstol i ett sådant fall som detta faktiskt har utdömt ett orimligt högt vite. Kan skiljedomens under sådana förhållanden hävas? Härpå torde helt allmänt kunna svaras att det måste finnas möjlighet att få en skiljedom försatt ur spel om den i strid mot tvingande rätt ger föreskrift om en sanktion som i fråga om skärpa går avsevärt längre än vad som kan anses tillåtligt enligt gällande — tvingande — rätt. Såsom närmare skall komma att framgå av bokens tredje kapitel är emellertid möjligheterna till hävande av skiljedomar begränsade. Därav följer att man har att räkna med den möjligheten att skiljeförfarandet i praktiken kan inverka på sanktionstrycket.

Emellertid förhåller det sig uppenbarligen så att parterna sällan kan ha några möjligheter att vid avtalstillfället kalkylera med dessa omständigheter. I normala fall har ju båda parterna ett visst inflytande över skiljedomstolens sammansättning⁶ och ingendera parten kan under sådana förhållan-

⁵ Motsvarande fråga kan uppkomma när det gäller avtalshänvisningar till utländsk lag. Den utländska lagen kan innehålla bestämmelser, t. ex. angående vite, som inverkar på sanktionstrycket. Se exempelvis NIAL, Internationell förmögenhetsrätt, s. 18.

^{5a} Det skulle möjligen kunna ifrågasättas om icke *skiljeavtalet* borde anses *ogilligt*. Denna fråga torde emellertid böra besvaras nekande; se TIRKKONEN, Skiljemannaförfarandet, s. 56. — Angående skiljemännens förhållande till tvingande rätt se närmare nedan, s. 127 ff.

⁶ Angående vikten av att skiljedomstolen har en opartisk sammansättning, jfr nedan, s. 165 ff.

den räkna med att skiljedomstolen i händelse av tvist mellan parterna skulle komma att till hans förmån ge en dom som vore oförenlig med tvingande rätt. — Över huvud taget torde det kunna sägas att sådana önskemål som hänför sig till sanktionstryckets styrka — om sådana önskemål ens i praktiken förekommer — icke kan spela någon nämnvärd roll såsom motiv för köpmännen då de har att avgöra om de skall medtaga skiljeklausuler i sina avtal.

Emellertid kan den ene eller den andre av köpmännen säga sig följande: »Här är det icke blott fråga om sanktionering av just de bestämmelser som finns i avtalet. Hur omsorgsfullt vårt avtal än må vara uppgjort så kan vi naturligtvis inte utesluta möjligheten av att i framtiden tveksamma spörsmål kan komma att uppstå. Det kan komma att te sig tvivelaktigt om förutsättningar föreligger för sanktionshotets förverkligande. Allehanda tvistefrågor kan komma att aktualiseras som alls icke berörts i avtalet. Och jag måste inrätta mitt handlande på sådant sätt att jag, om det skulle bli fråga om rättegång, inte kommer att förlora. Om en sådan rättegång skulle komma att föras inför en ordinär domstol, så borde jag nu avpassa mitt handlande efter tillämplig 'gällande rätt'. Detta skulle emellertid för mig innebära en olägenhet...»

Köpmannen skulle kunna fullfölja sitt resonemang på exempelvis ettdera av följande sätt:

1) »... Olägenheten består däri att 'gällande rätt' ej är i tillräckligt hög grad preciserad för att lämpa sig som direktiv för mitt handlande. Jag vill inte riskera att en eventuell process skall utmynna i en 'nämndemansdom' eller en dom, grundad på oförutsebara uppskattningar av vad som är 'skäligt'. Således bör jag försöka få till stånd en skiljeklausul innehållande uttryckliga direktiv om att strikt rättstillämpning skall ske samt betinga mig särskilda garantier för att endast speciellt skickliga jurister skall komma i fråga såsom skiljemän.»

2) »... Olägenheten består däri att 'gällande rätt' är alltför formalistisk. Jag kan inte i allt mitt handlande rätta mig efter de juridiska 'krumelurer'⁷ som domstolarna excellerar

⁷ HOLM i TSA 1952 s. 83 ff.

med. Jag vill kunna lita till min allmänna känsla för vad som är rätt och billigt. Därför bör jag försöka få till stånd en skiljeklausul med direktiv om att skiljedomen skall grundas på billighet.»

I vad mån bör det vara möjligt att genom skiljeförfarande tillgodose de båda olika önskemål som det här är fråga om?

Att en person kan ha skäl att anse sig bäst betjänt med en annan rättsskipningsmetod än den ordinära, är obestridligt. Och det finns anledning utgå ifrån att skiljedomstolarna kan fästa visst avseende vid partsönskemål i fråga om rättsskipningen. Emellertid uppkommer i detta sammanhang vissa problem som det kan vara skäl att redan inledningsvis beröra.

När det gäller instruktionen om strikt rättstillämpning kan man bl. a. fråga sig följande: Kan en sådan instruktion verkligen sägas ge anvisning om någon mer exakt rättsskipningsmetod än vad en — ev. underförstådd — instruktion om tillämpning av gällande rätt gör? Detta tycks mig tvivelaktigt. Och i så fall är det tvivelaktigt om instruktionen över huvud taget har något värde annat än såtillvida som den ger anvisning i fråga om personvalet.

Instruktionen om att skiljedomen skall grundas på billighet ger till en början skäl för liknande dubier. Är icke gällande rätt »billig»? Tydligt måste köpmannen mena att så icke är fallet. Men han kan å andra sidan knappast mena att gällande rätt alltid skulle vara obillig. När är det ena och när är det andra fallet? Kan den frågan ej besvaras, får instruktionen endast till följd att det blir i hög grad osäkert vilket innehåll en eventuell blivande skiljedom kommer att få. Om köpmannen verkligen önskar en alternativ rättsskipningsmetod så är det nödvändigt att han preciserar denna på ett sådant sätt att inte enda konsekvensen av skiljeklausulen blir att skiljedomstolen på det hela taget får friare händer. Och man kan fråga sig om det verkligen är möjligt att genom en allmänt hållen hänvisning till »billighet» ge anvisning om ett alternativ med fasta konturer. Köpmannen bör betänka att han i detta läge ännu ej i detalj kan förutse vad en eventuell framtida tvist kan komma att röra sig om eller vilka värden den kan komma att ställa på spel. Han kan på detta stadium

ej avgöra om en skiljedom, tillkommen på det ena eller det andra sättet, kommer att bli till hans egen eller till hans motparts favör. Vad han däremot bestämt kan säga är detta: om direktiven till skiljedomstolen är oklara så kommer köpmannen att, vid den tidpunkt då en konflikt aktualiseras, sakna möjlighet att på ett mera exakt sätt kalkylera över de med skiljeförfarandet förbundna riskerna.

Emellertid är det icke uteslutet att vissa karakteristika, låt vara föga preciserade, skulle kunna anges varigenom dömande efter billighet skulle kunna särskiljas från dömande enligt gällande rätt. Och köpmannen skulle kunna säga följande: »Från de utgångspunkter som jag nyss angivit föredrar jag en mindre exakt rättsskipningsmetod, präglad av billighet, framför en mera exakt metod, präglad av gällande rätt.» Man får utgå ifrån att sådana åsikter förekommer och att de i viss mån bör respekteras.

Emellertid måste det under alla förhållanden fastslås att en eventuell förekomst av sådana åsikter ej rimligen bör få till konsekvens att rättstillämpningen inom skiljeförfarandet över hela linjen förutsättes skola präglas av billighetsgrundsatser eller andra grundsatser som alls ej, eller i vart fall endast i lägre grad, präglar den ordinära rättsskipningen. De ifrågavarande önskemålen kan ej förutsättas vara särdeles vanliga inom affärslivet eller eljest inom sådana samhällsgrupper som har intresse av skiljeförfarandet. Men även om så vore fallet så vore det dock olämpligt att uppställa såsom huvudregel att skiljedomstolarna borde ha frihet att frångå gällande rätt. Det kan nämligen under inga omständigheter förutsättas att alla eventuellt förefintliga önskemål om alternativa rättstillämpningsmetoder går i samma riktning. Den som har ett önskemål om något alternativ bör därför ställas inför kravet att precisera detta alternativ. Endast om skiljeavtalet ger en tydlig anvisning om ett bestämt alternativ bör skiljedomstolen inrikta sig på att — i den mån detta kan anses tillåtligt — avvika från gällande rätt.

Bland dem som överväger att med tanke på framtida konflikter söka få till stånd skiljeavtal är det många — sannolikt det stora flertalet — som är benägna att acceptera både

det ordinära sanktionstrycket och de ordinära rättsskipningsmetoderna över huvud taget.^{7a} För dessa personer framstår de ordinära *processrättsliga arrangemangen*⁸ såsom ur en eller annan synpunkt olämpliga. Önskemålen i fråga om alternativa arrangemang kan skifta i betydande mån men vissa önskemål är särskilt vanliga. En köpman har exempelvis ofta vid avtalstillfället klart för sig att han har intresse av att eventuella framtida rättsliga procedurer blir snabba och hemliga. Detta intresse kan han ej räkna med att få tillgodosett i en ordinär process. Ej heller kan han räkna med att hans motpart kommer att vara benägen att ingå skiljeavtal sedan väl en konflikt uppstått. Därför har han anledning att redan nu försöka få till stånd ett skiljeavtal — eventuellt försett med särskilda klausuler som svarar mot hans mera speciella önskemål.⁹ Men köpmannen måste självfallet i detta sammanhang beakta även övriga fördelar och nackdelar som kan vara förknippade med en skiljeklausul. Och om han nödgades räkna med att det vore något utmärkande för skiljeför-

^{7a} Jfr följande uttalande av DILLÉN (SvJT 1933 s. 30): »Motiven för anlitande av skiljemän kunna givetvis vara mycket olika i skilda fall, men i allmänhet torde kunna sägas, att det icke är innehållet i de av domstolarna tillämpade materiella reglerna, vilket driver parterna att anlita skiljemän.»

⁸ Ofta är det tanken på de med den ordinära rättegången förbundna *kostnaderna* som ger parterna anledning att ingå skiljeavtal. Klart är också att ett skiljeförfarande kan organiseras på sådant sätt att kostnaderna hålls på en tämligen låg nivå. Ersättningen till skiljemännen uppgår emellertid ofta till ett drygt belopp, och det kan knappast generellt sägas att skiljeförfarandet blir billigare för parterna än den ordinära rättegången (icke ens rättegång genom alla instanser). Se vidare nedan, s. 186 f.

⁹ Det kan finnas skäl att enligt 18 § SkmL bestämma viss tid inom vilken skiljedom skall ges (jfr dock nedan, s. 189). Rättsfallet NJA 1911 s. 402 gällde ett skiljeavtal vari föreskrivits att skiljedom skulle ges inom *åtta dagar* efter det att någon av kontrahenterna begärt skiljedom. Många rättsfall visar en beklaglig tendens till långsamhet i skiljeförfarandet. Ett drastiskt exempel är följande (ÖÅ 2/10 1952 dnr 1400): Skiljedom påkallades den 20 mars 1951. Den 14 november 1951 utsåg ÖÅ skiljeman på parts begäran och förlängde tiden för skiljedoms meddelande till den 31 januari 1952. Den 17 december 1951 enades parterna om att förlänga tiden till den 30 april 1952. Den 10 juni 1952 förlängde ÖÅ tiden till den 1 oktober 1952. Den 19 augusti 1952 anmälde den av ÖÅ utsedde skiljemannen förhinder på grund av sjukdom. ÖÅ, som fann »synnerlig anledning» (SkmL 18 §) förelägga, förlängde tiden till den 1 mars 1953 och utsåg ny skiljeman i stället för den förhindrade.

farandet att de däri begagnade rättsskipningsmetoderna vore föga förutsebara, så skulle han ha anledning till starka betänkligheter. Endast om hans intresse av snabbhet och hemlighet vore i hög grad framträdande, borde han ta de risker som skiljeklausulen kunde medföra.

Det sagda ger anledning till uppställande av *följande preliminära tes*: Huvudregeln bör vara att skiljemännen utför strikt rättstillämpning. Denna huvudregel bör frångås endast i två fall: dels det fallet att parterna samfällt instruerat skiljemännen om att någon alternativ, tillåtlig rättsskipningsmetod skall begagnas, dels det fallet att parterna träffat överenskommelse om något processuellt arrangemang som omöjliggör eller väsentligen försvårar strikt rättstillämpning.

Denna tes är emellertid, liksom mycket av vad som sagts i det föregående, föga preciserad. Problemen har betraktats från den för framtiden kalkylerande köpmannens perspektiv; detta perspektiv möjliggör endast vaga slutsatser. Vi bör övergå till att ta sikte på det fallet att en bestämd konflikt aktualiserats.

§ 2. EN KONFLIKT UPPSTAR — NÄRMARE OM KONSEKVENSERNA AV ATT SKILJEKLAUSUL MEDTAGITS I KÖPEKONTRAKTET

Låt oss förutsätta att två köpmän träffat ett köpeavtal vari ingår en klausul om att eventuella tvister i anledning av avtalet skall överlämnas till prövning av skiljemän. Låt oss vidare förutsätta att den ene av köpmännen (A) nu anser sig vara utsatt för ett sådant beteende från den andra köpmannens (B) sida som strider mot bestämmelserna i avtalet och som A icke vill finna sig i. A står nu inför en bestämd, konkret konflikt, ej längre blott inför en helt allmän risk för framtida konflikter. Han har anledning att först och främst söka bilda sig en så välgrundad uppfattning som möjligt om vilka följder det skulle kunna få om han försökte framtvinga juridiska sanktioner gentemot B. Det skulle kunna bli honom till skada om han utan närmare övervägande gäve till känna sitt missnöje och påyrkade åtgärder från B:s sida. Om denne ställde sig avvisande och om det sedermera visade sig

ogörligt att framtvinga sanktioner så skulle ett drägligt af-färsförhållande onödigtvis kunna ha blivit stört. A har sålunda anledning att göra en beräkning. Denna beräkning avser icke något så abstrakt som »innehållet i gällande rätt» — den avser resultatet av en konkret procedur. Frågan är: vilken dom kan det beräknas bli i detta fall?

»Detta fall» är nu ej längre ett framtida, hypotetiskt fall av ospecificerad beskaffenhet utan ett konkret fall som aktualiserar bestämda önskemål. Det är alls icke säkert att dessa önskemål svarar mot vad A tidigare, då avtalet kom till stånd, betraktade såsom sina generella, typiska önskemål. Detta fall är kanske ett av de förutsedda fall som utgjorde undantagen i A:s kalkyler om lämpligheten av skiljeförfarande eller kanske ett alldeles oförutsett fall. A kan därför ha anledning att *nu* ta under omprövning, huruvida en ordinär process eller ett skiljeförfarande bäst svarar mot hans intressen — och detta trots att skiljeavtal redan tidigare ingåtts. Det kan nämligen tänkas att B är beredd att, även om han i övrigt skulle ställa sig omedgörlig, godtaga ett av A väckt förslag om att tvisten skall avgöras i ordinär rättegång.^{9a}

Under alla omständigheter är det emellertid klart att A i detta läge kan uppgöra en kalkyl utifrån den ena eller den andra förutsättningen. Han kan naturligtvis ej tvingas att avstå från att göra bruk av skiljeavtalet. Det skulle sålunda kunna sägas att A vore väl ställd om hans problem blott bestode däri att han hade att kalkylera med utgångspunkt från ettdera av två förfaranden som åtminstone vart för sig präglades av enhetliga rättsskipningsmetoder. Så är emellertid ingalunda förhållandet. Om skiljeförfarandet, sådant detta fungerar i praktiken, kan i varje fall ej sägas att det bär en sådan enhetlig prägel.

A kanske därför resonerar på t. ex. följande sätt: »Om jag kunde räkna med att en skiljedomstol skulle komma att döma strikt efter lagen så borde jag kunna påräkna en för mig gynnsam skiljedom. Emellertid vore det alltför optimistiskt att räkna med en rättstillämpning av sådant slag. Tänkbart är att skiljedomstolen kommer att tillmäta avgörande bety-

^{9a} Skiljeavtalet utgör *dispositivt* rättegångshinder. Se DILLÉN, Bidrag till läran om skiljeavtalet, s. 144.

delse åt helt andra argument. Vilka dessa argument kan bli, är inte gott att säga. Följaktligen måste jag komma till den slutsatsen att ett skiljeförfarande icke är utsiktslöst men heller icke med någon grad av säkerhet leder till en för mig gynnsam dom.»

Om vi antar att sådana resonemang är ganska vanliga — ett antagande som tycks mig rimligt — så kan man fråga sig vilken betydelse detta kan ha för affärslivet. Klart är att en försiktig köpman ofta låter ett sådant resonemang leda fram till ett beslut om att låta motpartens beteende passera opåtalat. En köpman, däremot, som är benägen att ta stora risker — eller som kanske är försatt i en desperat situation — kan lätt bli benägen att »ta chansen».

Det kan omöjligen vara något samhällsintresse att stimulera till hasardmässiga processer av det sist antydda slaget. Men låt oss förutsätta att den försiktige köpmannens reaktion är långt mer typisk. Under denna förutsättning skulle följande kunna sägas: »Om nu den ringa möjligheten att uppgöra säkra kalkyler får den effekten att en köpman avstår från att processa, så är detta ingenting som man behöver anse vara betänkligt. Tvärtom är det ett samhällsintresse att man skall kunna hålla processernas antal nere.» Detta är emellertid ett ohållbart resonemang. Ty visserligen kan det sägas att det vore ytterst samhällsskadligt med ett större antal öppna konflikter inom affärslivet. Men man måste skilja mellan olika anledningar till att en part underlåter att söka driva sin sak igenom. Det kan ej vara lämpligt att söka stimulera honom till passivitet genom att minska hans möjligheter att förutse utgången av en rättslig procedur. Om regelmässigheten i domstolsavgörandena minskas, minskas också möjligheten att anpassa affärslivet efter precisa regler. Och uppenbart är att detta skulle få allvarliga skadeverkningar.

Vidare är att märka att hela det berörda problemkomplexet har den allra största betydelse för *advokatverksamheten* (och för rådgivande juridisk verksamhet över huvud taget). Ofta är naturligtvis köpmannen ur stånd att själv uppgöra en sådan förhandsberäkning som det nu varit tal om. Låt oss förutsätta att han vänder sig till en advokat. Möjligt är att han ber denne om hjälp för ställande av en prognos. I så fall mö-

ter advokaten alla de nyss berörda svårigheter som beror på att det ej kan förutses vilka argument som en skiljedomstol kan komma att begagna sig av. Men möjligt är också — och jag föreställer mig att detta är långt vanligare i praktiken — att köpmannen avfordrar advokaten ett svar på frågan: »Bör jag driva saken till dess spets eller bör jag avstå från att göra något?» (Eventuellt kanske redan på detta stadium möjligheten av en kompromiss uppmärksammas.) Advokaten kan väl i ett sådant läge ej alltid undvika ett ställningstagande genom att framhålla hur små möjligheter han har till ett säkert bedömande. Gör han så, kan han alltid mötas av frågan: »Hur skulle Ni göra i mitt ställe?» Situationen är således den att advokaten ofta blir avkrävd ett besked som i sin tur blir avgörande för klientens handlingssätt. Det är viktigt att beakta detta. Skiljemannen måste, liksom den ordinäre domaren, utöva sin verksamhet på sådant sätt att icke advokatens rådgivande verksamhet äventyras. Om perspektivet begränsas till »det förevarande fallet» med alla dess »ömmade omständigheter» så innebär detta ett allvarligt hot mot den utomprocessuella rättshjälpen — och därmed ett hot mot den juridiskt-psyklaktiska verksamheten i samhället.

Låt oss emellertid nu antaga att köpmannen A har kommit till den uppfattningen att han har utsikt att vinna en eventuell skiljeprocess mot köpmannen B. Han riktar ett krav mot B.

Den sålunda uppkomna situationen skiljer sig till en början i ett väsentligt avseende från den nyss berörda: A har nu i förhållande till B öppet engagerat sig för en ståndpunkt. Prestigesynpunkter kommer med i spelet. A måste anse det såsom ett misslyckande — ofta med allvarliga biverkningar — om han skulle nödgas finna sig i att ej få någon betalning av B: i så fall skulle han till ingen nytta ha försämrat relationerna till denne. För B däremot kan situationen sägas i stort sett motsvara den situation som A befunnit sig i på det förberedande stadiet — i varje fall om B icke förrän genom framställningen från A har fått uppmärksamheten riktad på de omständigheter som givit anledning till A:s missnöje. Antag nu att B — eventuellt efter att i sin tur ha konsulterat en

advokat — ställer sig omedgörlig. I så fall har vi att göra med en fullt utbildad konflikt, en »tvist».

Utgångspunkten är att parterna icke har samma mening om hur tvisten bör lösas. Däremot kan det hända att de i större eller mindre utsträckning är eniga om vilka former som är lämpliga för tvistens lösning. Till en början skall granskas vilka olika förfaringssätt som kan komma på fråga därest sådan enighet föreligger.

Om parterna ej kan enas efter diskussion på egen hand — eller om de av någon orsak ej vill uppta någon sådan diskussion — men dock är föga »påstridiga», så kan de komma överens om att anlita var sitt befullmäktigat ombud och låta dessa båda ombud träffa en överenskommelse.¹⁰ Fördelen med ett sådant arrangemang ligger främst däri att parterna på ett smidigt sätt kan komma till ett resultat utan att behöva sätta prestigesynpunkter alltför mycket på spel. Den »för-lorande» parten kan i viss mån rädda sitt ansikte genom att säga: »Jag anser att denna uppgörelse är rättsstridig, men jag är ingen bråkmakare och jag godtar utgången.» Naturligtvis måste det ofta visa sig ogörligt att komma till något resultat på denna väg. Ombuden — som kanske fått detaljerade underhandsinstruktioner av respektive huvudmän — kan självfallet inte alltid komma fram till någon överenskommelse.

En annan möjlighet är att de båda parterna anlitar tredje man för uppgörande av ett förlikningsförslag. Genom ett sådant tillvägagångssätt får parterna — liksom enligt föregående alternativ — möjlighet att få tvisten bilagd utan att behöva i särskilt hög grad sätta prestige på spel. Och i och med att parterna gått med på att inhämta ett förlikningsförslag har de fått en viss press på sig att icke utan bärande skäl vägra godta förlikningsförslaget.¹¹ Förslaget kan sålunda — särskilt om det är försett med övertygande motivering — komma att godtas av parterna även om dessa måhända ej skulle ha

¹⁰ Jfr DILLÉN, Bidrag till läran om skiljeavtalet, s. 82 f.

¹¹ Mången gång kan tredje man vara aktivt verksam för utövande av sådan press. Då ett förlikningsförslag upprättats av Internationella handelskammarens förlikningsorgan förutsätts det att vederbörande nationalkommittéer skall »user de leur influence auprès des parties pour les persuader d'accepter les propositions.» (Règlement de conciliation et d'arbitrage, Art. 4.)

varit benägna att godta motsvarande resultat om detta föreslagits under diskussioner dem själva emellan.

Om ingen av nu nämnda vägar för tvistens biläggande visat sig framkomlig så återstår möjligheten för endera parten eller eventuellt båda parterna att inleda ett förfarande som kan resultera i att statligt tvång kan nyttjas såsom medel för tvistens lösning.¹²

Man skulle kunna tycka att konsekvensen borde bli att skiljeförfarandet liksom den ordinära processen ej finge anses ha någon som helst funktion att fylla annat än i sådana fall där det vore klart att ingendera parten vore benägen att ge efter eller att kompromissa. Endast vid renodlade fall av intresse- och åsiktsmotsättning borde ett skiljeförfarande eller en ordinär process behöva komma i fråga. Emellertid bygger ett sådant resonemang på den förutsättningen att parterna alltid skulle vara medvetna om — och alltid vara villiga att preliminärt begagna — de olika alternativ som faktiskt, enligt det nu sagda, står till buds för konfliktens lösning. Säkert är denna förutsättning oriktig. Man måste räkna med att det är, och alltid kommer att vara, ganska vanligt att två parter kommer inför en skiljenämnd eller inför en domstol utan att dessförinnan ha uttömt möjligheterna till tvistens biläggande »i godo». Det kan också hända att en för förlikning gynnsam miljö kommer att skapas först i och med att parterna träffas inför nämnden eller domstolen.¹³

Av det sist sagda kan emellertid ej dragas den slutsatsen att man borde kunna på det hela taget karakterisera skiljemännens verksamhet såsom varande likartad med en förlikningsverksamhet. Det kan visserligen hända att en förlikning kommer till stånd, men om så ej blir fallet ställs skiljemännen ofrånkomligen inför kravet att pröva yrkanden som är oförenliga med varandra: yrkanden som återspeglar parternas stridiga önskemål eller — om man så vill uttrycka sig —

¹² Jag ingår icke på den möjligheten att parterna söker få till stånd en skiljedom som vore att betrakta såsom endast »privaträttsligt bindande». Se härom BERGLUND, Om skiljeavtal och skiljedom, s. 25 ff., och DILLÉN, Bidrag till läran om skiljeavtalet, s. 130 ff.

¹³ I annat sammanhang (s. 193 ff.) skall jag gå in på frågan i vad mån skiljemännen bör vara aktivt verksamma för åstadkommande av förlikning.

stridiga viljor. Och denna situation måste noga skiljas från förlikningssituationen. Det är den, och endast den, som det gäller att fästa avseende vid om man skall undersöka rätts-skipningsmetoderna.

§ 3. HAR SKILJEFÖRFARANDET EN SÄRSKILD »NATUR»? ÄR DET
LIKARTAT MED ETT FÖRLIKNINGSFÖRFARANDE? BÄRS
DET UPP AV PARTSVILJA?

Det sist sagda kan emellertid förefalla tvivelaktigt. Kan verkligen skiljeförfarandet jämföras med den ordinära processen och skiljedomen med den ordinära domstolsdomen? Detta stämmer illa med vissa åsikter som förfäktats i litteraturen. Har icke skiljeförfarandet ett särskilt »väsen», en särskild »natur»? Utgör det icke ett mellanting mellan ett förlikningsförfarande och en ordinär process? Och bärs icke skiljeförfarandet och skiljedomen på ett speciellt sätt upp av partsvilja?

Många författare framhåller att skiljeförfarandet icke är process. Så gör exempelvis KALLENBERG. Han inleder sitt stora arbete Svensk civilprocessrätt med ett kapitel rörande »begreppet civilprocess», vilket kapitel i sin tur inledes med ett avsnitt, betitlat »Allmän bestämning av civilprocessens väsen och ändamål». Häri yttrar Kallenberg följande:

»Om man, såsom här skett, med process förstår statens genom domstolarna utövade rättsskipande verksamhet, så är därmed utan vidare givet, att skiljemannaförfarande (kompromiss) icke är process. Skiljemän handla nämligen icke på statens vägnar, de avgöra ej tvisten på grund av dess domsrätt utan äro att betrakta såsom parternas förtroendemän. Dessutom kan man ej tillägga skiljemannaförfarandet samma ändamål som processen. I process har domaren att med tillämpning av den objektiva rätten fastställa vad som är rätt mellan parterna. Skiljemän äro däremot icke vid sin prövning bunda av den positiva rättens bud; de äga avgöra tvisten efter rena billighetssynpunkter.»¹⁴

Detta skulle kunna uppfattas såsom ett påstående om att det förefunnes en skarpt markerad skillnad, en »väsensskillnad», mellan process och skiljeförfarande. Kallenberg gör emellertid i en not ett välmotiverat påpekande. Han förklarar

¹⁴ KALLENBERG, Svensk civilprocessrätt I, s. 21 ff.

att hans åsikter angående skiljeförfarandet »icke låta det framstå såsom en inkonsekvens eller lägga några teoretiska hinder i vägen för att vid regleringen av detta förfarande, i den mån det är ändamålsenligt, tillämpa processuella principer och regler».¹⁵ Det förhåller sig rentav på det sättet att hans nyss återgivna uttalande ej innehåller något som helst argument för att skiljeförfarandet borde vara gestaltat på det ena eller det andra viset. Uttalandet består dels i ett konstaterande av att skiljeförfarandet ej innefattas i det begrepp som Kallenberg funnit vara den ordinära processens, dels i ett påstående om att skiljemännen ej skulle vara bundna av den positiva rättens bud utan skulle äga avgöra tvisten efter rena billighetssynpunkter. För sistnämnda påstående har intet skäl anförts. Under sådana förhållanden bör Kallenegrs uttalande om att skiljeförfarandet icke är process endast uppfattas såsom ett påpekande i en terminologisk ordningsfråga. Och såsom sådant är uttalandet naturligtvis välgrundat: det finns ingen anledning att beteckna ett förfarande såsom skiljeförfarande om förfarandet ej har något karakteristikon som skiljer det från vad som enligt vedertaget språkbruk är (ordinär) process.

Men hur skall man då karakterisera skiljeförfarandet? Det kan knappast sägas innefatta någon karakteristik att säga att det icke är process. Processen har olika utformning i olika länder och förändras från tid till tid. Dessutom måste naturligtvis skiljeförfarandet avgränsas från andra företeelser än processen. Vad är då skiljeförfarandets natur?

Var och en som vill ge ett begripligt svar på denna fråga måste först klarlägga sitt språkbruk. Låt oss då till en början förutsätta att med termen skiljeförfarande skall åsyftas endast ett förfarande varpå den svenska SkmL i nuvarande lydelse är tillämplig. I så fall kan vissa karakteristika anges. Det är fråga om ett förfarande som har vissa likheter med en ordinär process enligt RB: förfarandet kan leda fram till en dom som har exigibilitet och rättskraftsverkan, det präglas av en kontradiktorisk metod o. s. v. Vissa påtagliga skillnader mellan skiljeförfarande och ordinär process kan också iakt-

¹⁵ KALLENBERG, a. a. s. 25.

tas: det kan exempelvis fastslås att skiljemännen ej är underkastade ämbetsansvar och ej erhåller lön av allmänna medel. Med stöd av sådana och andra iakttagelser kan man naturligtvis om man så vill säga att skiljeförfarandet är ett »icke-statligt», ett slags »privat» förfarande. Ett sådant uttalande innefattar en generalisering som otvivelaktig kan anses ha fog för sig. Men den bör ej brukas annat än i sådana sammanhang där en generalisering över huvud taget är påkallad.¹⁶ Framförallt är att märka att generaliseringen ej i något fall bör begagnas i argumentationssyfte. Att skiljeförfarandet i vissa avseenden är undandraget från statlig kontroll är en omständighet som ej bör tas som skäl för eller emot statlig kontroll i andra avseenden.

Emellertid finns det mig veterligt ingen författare som använt ordet skiljeförfarande eller någon av dess synonymer i en så speciell mening att ordet endast åsyftat förfarandet enligt viss vid tillfället gällande lag. Det vore också mycket opraktiskt om man skulle behöva välja en annan term så snart man uttalade sig om skiljeförfarandet *de lege ferenda*. Man måste följaktligen acceptera att ordet skiljeförfarande har ett tämligen osäkert betydelseomfång. Under sådana omständigheter måste man naturligtvis också vara särdeles försiktig med att göra generella uttalanden om skiljeförfarandets »natur» och om skiljeförfarandets förhållande till processen. Man måste hålla klart för sig att beteckningen skiljeförfarande är en sammanfattande term för en mängd varianter av vilka en del är nästan alldeles likartade med den ordinarie processen och en del har mycket litet gemensamt med denna. Att söka efter något som skulle kunna karakteriseras som en »minsta gemensam nämnare» för skiljeförfarandet kan ej vara särskilt lönande.¹⁷ I varje fall kan det ej leda fram

¹⁶ För sitt arbete rörande den norska motsvarigheten till vår SkmL har LINDBOE valt den enligt min mening träffande titeln »Privat rettergang».

¹⁷ BERGLUND säger, sedan han slutfört sin undersökning rörande de skilda slagerna av *legall* skiljeförfarande (Några ord om legalt skiljemannaförfarande i svensk rätt, s. 53 f.): »Den i det föregående lämnade redogörelsen bör ha visat åtminstone det, att det legala skiljemannaförfarandet uppträder under en mångfald gestalter. Granskar man mera ingående de stadganden, som anordna dylikt förfarande, finner man sällan en föreskrift, som är fullständigt överensstämmande med en annan.»

till kunskap om några argument som kan vara av betydelse för den som vill söka ge riktlinjer för skiljeförfarandets gestaltning.

Finns då något fog för den särskilda åsikten att skiljeförfarandet skulle utgöra ett slags mellanting mellan ett förlikningsförfarande och en ordinär process? — Låt oss närmare bestämt ställa frågan på följande sätt: Finns det några likheter mellan skiljeförfarandet och förlikningsförfarandet som kan ge anledning till den slutsatsen att rättsskipningsmetoderna inom skiljeförfarandet borde ha en särprägel? För att få klarhet om detta kan vi jämföra skiljedomen med den ordinära domstolsdomen och med förlikningen, skiljeförfarandet med den ordinära processen och med förlikningsförfarandet samt skiljeavtalet med dess motsvarigheter, vilka nu dessa skall anses utgöra.

Skiljedomen utgör i likhet med domstolsdomen en exekutionstitel (i den mån den går ut på fullgörelse) och har liksom domstolsdomen rättskraft. Att vissa särskilda förutsättningar uppställts för dess exigibilitet (UL 46 §) och att dess rättskraftsverkan möjligen kan anses vara i viss mån begränsad¹⁸ kan här lämnas åsido: det kan under alla förhållanden fastslås att skiljedomens juridiska betydelse är en annan än förlikningens. Tydligast framträder detta däri att en skiljedom kan innefatta en stadfästelse av en mellan parterna träffad förlikning.

Det *förfarande* som leder fram till en förlikning, en skiljedom eller en domstolsdom måste naturligtvis få sin prägel av de syften som man vill tillgodose med dessa skilda avgöranden. Intet hindrar att parterna med ett förlikningsförfarande, lika väl som med ett skiljeförfarande eller ett domstolsförfarande, kan åsyfta att få till stånd en lösning av tvisten som är baserad på ett tillförlitligt underlag och överensstämmer med gällande rätt. Om så är fallet kan det gott tänkas att ett förlikningsförfarande i allt väsentligt får samma utformning

¹⁸ Se ENGSTRÖMER, Några anmärkningar rörande den nya lagstiftningen om utländska skiljeavtal och skiljedomar, s. 7, samt GÄRDE, SvJT 1945 s. 292 ff. Se även NJA 1953 s. 751: i detta rättsfall har HD tillmätt en skiljedom vittgående betydelse i rättskraftshänseende. Se vidare nedan, s. 218 ff.

som ett skiljeförfarande eller ett domstolsförfarande. Parterna kan anlita förlikningsmän som medelst en processrättsligt präglad procedur införskaffar material att bygga ett förlikningsförslag på och som låter förlikningsförslaget innehåll bestämmas av gällande rätt. Under sådana förhållanden är det orimligt att säga att skiljeförfarandet skulle till sitt »väsen» vara mer likartat med förlikningsförfarandet än vad domstolsförfarandet är. Ett sådant uttalande bör ej uppfattas annat än såsom ett missvisande uttryck för en åsikt om att skiljeförfarandet *borde vara* beskaffat på visst sätt. Och en sådan åsikt bör naturligtvis ej tas som utgångspunkt för behandlingen av det här aktuella problemet.

Kan *skiljeavtalet* sägas vara likartat med förlikningsavtalet?¹⁹ Naturligtvis måste denna fråga besvaras med ja såtillvida som båda avtalen innehåller en överenskommelse. Men lika uppenbart är att det vore alldeles felaktigt om man skulle säga att ett skiljeavtal rörande viss tvistefråga är likartat med ett förlikningsavtal *rörande samma tvistefråga*. Skiljeavtalet förutsätter rentav att förlikningsavtal ej träffats: skiljeavtalet avser ju vissa processuella arrangemang som skulle sakna varje rimlig mening om tvisten kunde betraktas såsom förlikat.²⁰ Däremot är det tydligt att skiljeavtalet har likheter med prorogationsavtalet. Från detta skiljer det sig endast därigenom att det typiskt sett innehåller föreskrifter om mer vittgående avvikelser från den ordinära ordningen. Denna skillnad behöver naturligtvis alls ej ha någon betydelse för valet av rättsskipningsmetod.

Det sagda bör emellertid konfronteras även med en annan åsikt, närbesläktad med åsikten om att skiljeförfarandet skulle ha särskilda beröringspunkter med förlikningsförfarandet. Jag syftar på åsikten om att skiljeförfarandet skulle ha en särprägel, en »kontraktsrättslig» prägel, därigenom att det på ett alldeles speciellt sätt bärs upp av »partsvilja». Denna

¹⁹ I ett tyskt rättsfall, omnämnt hos SCHÖNKE, Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 54, förklarar Reichsgericht skiljeavtalet hava en »vergleichsähnlichen Natur» och motiverar bl. a. därmed sin ståndpunkt till frågan om tillåtligheten av rättsmedel mot skiljedom.

²⁰ Se KALLENBERG, Svensk civilprocessrätt I, s. 24, not 25.

åsikt framträder tydligt i följande uttalande vilket även ur andra synpunkter tycks mig ha ett betydande intresse:

"It may be thought that at the basis of modern arbitration lies the insufficiency of public justice, — too slow, too costly, and too unversed in modern technique to keep pace with contemporary economic life. If these, and these alone were the causes of the growth of arbitration, we should surely be better advised to devote much effort and study to the reform of these essential institutions of civilization in order to adapt them to the needs of today, instead of furthering what would appear, after all, to be a substitute for them. But the problem is quite a different one. Precisely because it is a form of justice which owes its existence to the will of the litigants themselves, arbitration has a psychological, — and therefore a sociological — effect quite different from that of a public judgment. Arbitration presupposes in the person who 'submits' to it . . . a willingness to be judged and to accept the decision whatever it may be; it is, when all is said and done, an act of humility, or at least an act which recognises the priority of social over private interests: in short, an act of the greatest moral and social validity."²¹

Uttalandet tycks mig diskutabelt i flera hänseenden. Kan det sägas vara något karakteristiskt för skiljeförfarandet — till skillnad från domstolsförfarandet — att de däri engagerade parterna har "a willingness to be judged and to accept the decision whatever it may be"?²² Det tycks mig mycket tvivelaktigt. Varje skiljeförfarande som ej avslutas genom en förlikning — och från förlikningsfallen bör man, såsom nyss nämnts, i detta sammanhang bortse — har ju sin motivering däri att ena parten ej vill acceptera en viss lösning av tvisten. På alldeles motsvarande sätt förhåller det sig i en ordinär

²¹ Uttalandet gjordes i en rapport (utarbetad av professorerna MINOLI och ALLORIO) till en internationell konferens rörande skiljeförfarandet, vilken konferens hölls i Cadenabbia och Milano i juni 1954 på initiativ av Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale. Se Atti del convegno 1954, s. 437 f.

²² Att en sådan vilja till underkastelse har »the greatest moral and social validity», däri instämmer jag helt och fullt. Jag vill betona att min kritik endast avser det förhållandet att man låter denna tanke utgöra ett argument för en viss inriktning av reformsträvandena på det processrättsliga området.

dispositiv civilprocess. Och varför skulle det inte lika väl kunna anses vara en "act of humility" eller "an act which recognises the priority of social over private interests" att vända sig till en ordinär domstol för att få tvistefrågan löst? Vidare kan man fråga sig: Måste atmosfären i en ordinär dispositiv civilprocess nödvändigtvis vara mer stridsladdad än atmosfären i ett skiljeförfarande? Enligt uttalandet skulle tydligen så vara fallet, och detta skulle bero på att skiljeförfarandet är "a form of justice which owes its existence to the will of the litigants themselves". Men även en ordinär process kan "owe its existence to" parternas "will". Det kan rentav inträffa att parterna kommer överens om att ej begagna sig av ett tidigare träffat skiljeavtal utan att i stället låta tvisten gå till domstol. Möjligt är visserligen att det faktiskt förhåller sig så att atmosfären i regel blir mindre laddad i ett skiljeförfarande än i en ordinär process. Men i så fall finns det anledning att ställa frågan om det nödvändigtvis måste vara så eller om vi icke "should . . . be better advised to devote much effort and study to the reform of" den ordinära rättegången. Det skulle i så fall bl. a. gälla att göra den ordinära processen mer lämpad såsom forum för tvister — även internationella tvister — som angår ömtåliga affärsförhållanden.

Om dessa reservationer mot uttalandet har fog för sig så uppkommer frågan: Blir konsekvensen härav — såsom i uttalandet göres gällande — att skiljeförfarandet skulle sakna existensberättigande? Har med andra ord skiljeförfarandet existensberättigande endast om man accepterar de åsikter rörande "the will of the litigants" och därmed förenade psykologiska och sociologiska effekter som framställts i uttalandet? Jag tror att denna fråga måste besvaras med nej och att detta svar kan grundas på vissa iakttagelser rörande faktiskt förekommande önskemål och olika möjligheter att tillgodose dessa.

§ 4. SKULLE SKILJEFÖRFARANDET BLI OBEHÖVLIGT OM MAN RADIKALT REFORMERADE DEN ORDINÄRA RÄTTEGÅNGEN?

Då ett tvångsförfarande skall anlitas såsom utväg ur en tvist aktualiseras partsönskemål angående förfarandets be-

skaffenhet. Önskemålen kan avse beskaffenheten av det organ som skall fälla domen (ordinära eller tillfälligt utsedda befattningshavare? — en eller flera personer? — bestämda personer eller personer tagna ur viss kår? — jurister eller lekmän? etc.). De kan vidare avse förfarandets utformning (offentlighet eller hemlighet? — partsinställelse nödvändig? — muntlighet eller skriftlighet? etc.). Önskemålen kan dessutom avse rättsskipningsmetoderna, frågan om möjlighet till eller förbud mot överprövning i ny instans, verkställighetsformerna m. m. — Av särskilt intresse är att observera att många önskemål härrör från behovet av lämpliga medel för lösning av tvister med internationell anknytning. Det kan exempelvis framstå såsom angeläget att svenska språket ej skall behöva begagnas och att rättegången ej skall behöva präglas av processuella formaliteter som är sådana att en utlänning ej kan betjäna sig av en advokat från sitt hemland.

Det första spörsmål som anmäler sig är detta: I vad mån bör sådana önskemål som de nu nämnda tillgodoses?

Det kan till en början fastslås att gällande rätt beträffande tvistefrågor av här aktuell typ ger parterna valfrihet i stor utsträckning. Om parterna låter målet gå till en ordinär domstol kommer det att behandlas såsom ett dispositivt tvistemål och såsom sådant i vissa hänseenden vara undandraget från rättens ingripanden ex officio. Om parterna föredrar att hänskjuta målet till skiljemän så står detta dem fritt. Och i så fall kan de i betydande mån inverka på förfarandets utformning. Varpå beror det då att man ansett sig kunna, för dessa typer av mål, tolerera en mer obunden och okontrollerad processform än den processform som gäller för indispositiva, exempelvis familjerättsliga, mål?

En möjlig förklaring vore att dessa dispositiva mål finge anses vara mindre betydelsefulla från samhällelig synpunkt. Men så kan ej anses vara förhållandet. Handelstvisterna, t. ex., är ofta av utomordentlig vikt ej blott för parterna utan även för utomstående. Det skulle mycket väl kunna inträffa att ett industriföretag, av vars drift ett helt samhälle är beroende, bringades på fall genom en klart oriktig — men icke klanderbar — skiljedom. Det finns, väl att märka, ingen begränsning i SkmL:s 1 § som tar sikte på tvisteföremålets vär-

de. Över huvud taget måste det konstateras att gränsen mellan samhälleligt viktiga och samhälleligt mindre viktiga tvistefrågor väsentligen har en annan sträckning än gränsen mellan indispositiva och dispositiva mål.

Om nu ett godtagbart svar ej kan lämnas genom en hänvisning till handelstvisternas betydelse från samhällelig synpunkt, så ligger det nära till hands att i stället svara följande: »Det avgörande är ej om handelstvisterna har stor eller liten samhällelig betydelse; det avgörande är om staten på det hela taget ger utrymme för enskilda initiativ inom affärslivet. I den mån så är fallet måste staten också tillgodose den enskildes önskemål rörande tvisters biläggande. I samma mån som den enskilde har möjlighet att fritt förfoga över en nyttighet, t. ex. genom att skänka bort den, bör han ha möjlighet att bestämma utformningen av ett förfarande varigenom nyttigheten ställs på spel.»²³

Häremot kan vissa erinringar göras. Det måste exempelvis fastslås att det ej finns skäl för staten att acceptera förfaranden som har hasardkaraktär eller som ger möjlighet för ena parten att »döma i egen sak». Dessa och andra erinringar kan dock knappast ge skäl för några mera vittgående reservationer. Det är under alla förhållanden klart att stora olägenheter skulle uppstå om endast en i hög grad standardiserad processinstitution stode till buds för affärslivet. Särskilt betänkliga skulle, såsom nyss antydde, konsekvenserna bli på det internationella planet. Den interna rätten är i vårt land, liksom i varje annat land, delvis uppbyggd på en grundval av särpräglade nationella traditioner. För en svensk köpman som själv har del i dessa traditioner innebär detta ej så stor olägenhet. För en utlänning, däremot, kan många

²³ Det är i detta sammanhang av intresse att observera hur den national-socialistiska ideologien i Tyskland inverkade på åsikterna om skiljeförfarandet. I en dissertation av år 1934 (WALDOW, Das neue Schiedsvertragsrecht) yttras följande: »Beherrscht wird der autoritäre Staat von dem Prinzip der Führerhierarchie auf der einen, dem Zurücktreten des Individuums auf der anderen Seite. Aus diesen beiden Grundlagen des autoritären Staats folgt auch seine Einstellung zum Recht.» (s. 9.) »Die grundsätzliche Einstellung des autoritären Staates zum Schiedsgerichtswesen muss eine ablehnende sein, da sich im bisherigen Schiedsvertrag . . . ein Stück liberaler Weltauffassung verkörpert.» (s. 10.)

av våra processuella anordningar framstå såsom mysterier. Om nu en svensk och en utländsk köpman är överens om att någon viss alternativ rättegångsordning vore att föredra, varför skulle de då nödgas följa en processform som de båda — och utlänningen i alldeles särskilt hög grad — anser olämplig? Å andra sidan kunde det te sig egendomligt om större frihet gäves i ett sådant fall än i ett fall där endast svenska köpmän är engagerade. Därför måste man, om man över huvud taget vill främja en fri internationell samfärdsel, ställa en tämligen fri process till alla köpmäns förfogande. Man måste acceptera att den internationella samfärdsels behov »trycker på» även såvitt angår den inomstatliga processrätten.

Om man sålunda utgår ifrån att sådana önskemål som de tidigare nämnda bör tillgodoses, så kan frågas: På vilket sätt skall detta ske?

Klart är till en början att önskemålen måste tillmötesgå på det sättet att parterna får möjlighet att medelst ett förfarande av önskad typ vinna sitt huvudsyfte: att uppnå ett rättskraftigt avgörande som, om det går ut på fullgörelse, utgör en exekutionstitel. Vidare kan det fastslås att det är av relativt liten betydelse om det beslutande organet *betecknas* såsom domstol, specialdomstol, skiljedomstol eller något annat. Det väsentliga är de handlingsregler som gäller för organets verksamhet.

Låt oss nu göra det tankeexperimentet att vi skulle utarbeta en processordning som toge hänsyn till partsönskemål i lika hög grad som vad den ordinära processen + skiljeförfarandet f. n. kan göra men utan att ge särskilda föreskrifter om något skiljeförfarande av den typ som vi nu har. Hur skulle en sådan uppgift lagtekniskt kunna lösas?

En möjlighet vore att låta vår nu gällande rättegångsbalk med bibehållen systematik ge regler även för samtliga de eventualiteter som kan förekomma enligt SkmL. Detta skulle innebära exempelvis följande: Avsnittet om domstolsväsendet finge utbyggas så att det angåve alla tänkbara sammansättningar av alla sådana organ som hade möjlighet att ge en ordinär dom eller skiljedom. Såsom domare finge betecknas även skiljemän, utsedda av parterna. För dessa domares del

finge göras undantag i bestämmelsen om skyldighet att avlägga domared. I kapitlet om rättegångskostnader finge ryckas in bestämmelser om skyldighet för parterna att i vissa fall gälda ersättning till domare. Praktiskt taget alla RB:s regler om förfarandet finge utformas såsom specialregler för den typ av process som RB f. n. handlar om. — Redan dessa exempel ger tydligt vid handen att tanken är orimlig.

En annan möjlighet vore att utöka antalet specialdomstolar. Om man skapade ett omfattande system av sådana domstolar så kunde man vinna vissa fördelar: man kunde tillgodose skilda önskemål samtidigt som man kunde ge fasta och lättillgängliga regler för domstolsverksamheten. I hur hög grad man behövde upprätta specialdomstolar bleve naturligtvis beroende av den stelhet eller den smidighet som präglade det ordinära systemet. Om detta system gäve små möjligheter till tillgodoseende av partsönskemål bleve det nödvändigt med antingen ett stort antal skilda specialdomstolar eller med ett mindre antal sådana domstolar för vilkas sammansättning och verksamhet dispositiva regler gällde. Men om man verkligen på detta sätt skulle tillgodose alla de önskemål som skiljeförfarandet f. n. kan tillgodose så bleve systemet synnerligen opraktiskt i flera hänseenden. Bl. a. skulle det säkerligen bli svårt att inom ramen för en sådan domstolsorganisation rationellt utnyttja domstolspersonalens arbetskapacitet.

Jämfört med dessa båda system karakteriseras systemet med en speciell skiljemannalag därav att det ger parterna möjlighet att från fall till fall anordna specialdomstolar anpassade efter deras önskemål. Genom att ställa ett sådant alternativ som skiljeförfarandet till förfogande vinner lagstiftaren bl. a. den fördelen att samhällets domstolsorganisation kan — på papperet — göras ganska enkel. Genom att en mängd faktiskt verksamma, till sammansättning och funktion högst olikartade, domstolar hänförs till en enhetlig grupp, skiljedomstolar, kan det »ordinära» systemet skarpt avgränsas.

Om det sagda är riktigt skulle det alltså förhålla sig på det sättet att problemet om förhållandet mellan ordinära domstolar, specialdomstolar och skiljedomstolar till väsent-

lig del är ett problem om hur utförlig lagtexten bör vara och om hur lagtexten bör vara disponerad. Detta är också fullt naturligt med hänsyn till den givna utgångspunkten: att faktiska önskemål skulle tillgodoses i lika stor omfattning under alla de diskuterade eventualiteterna.

Gentemot det sagda skulle emellertid följande betydelsefulla invändning kunna framställas: »Det kan ej tas för givet att frågan om vilka önskemål som skall kunna tillgodoses bör kunna behandlas oberoende av frågan om de sist berörda organisatoriska och lagskrivningstekniska problemen. Ty följande bör beaktas. Om man separat reglerar skiljeförfarandet så kan man utan vådor ge detta förfarande en i hög grad dispositiv karaktär. Man kan exempelvis utan betänkligheter tillåta parterna att alldeles fritt ge regler beträffande skiljemännens kvalifikationer och antal. Om man nu skulle upprätta specialdomstolar för motsvarande ändamål så vore det opraktiskt att medge alldeles lika stor frihet. Men man kan då fråga sig om de personer som f. n. anlitar skiljeförfarandet verkligen skulle ha någon nackdel av att man tillgodosåge endast ett visst antal typiska önskemål. Och i så fall kan man rent av fråga sig: skulle det inte vara möjligt att eliminera skiljeförfarandet genom att dels i viss omfattning begränsa utrymmet för partsönskemål, dels omstöpa den ordinära processen och/eller specialprocessen så att de mera typiska önskemålen kunde tillgodoses utan någon form av skiljeförfarande?»

Invändningen är utan tvivel av stort intresse. Jag tror emellertid att den sist ställda frågan måste besvaras med nej. En sådan förändring som den föreslagna skulle helt säkert leda till antingen en ur samhällssynpunkt olämplig begränsning i affärslivets handlingsfrihet eller till en förkrångling av rättssystemet — eventuellt till båda dessa följder. Det tycks mig sålunda ofrånkomligt att en elimination av skiljeförfarandet skulle vara samhällsskadlig. Däremot finns — såsom torde komma att framgå av det följande — goda skäl att ifrågasätta huruvida icke reformer är påkallade både såvitt gäller den ordinära processen och såvitt gäller skiljeförfarandet.

Det är nu på tiden att ge ett svar på de frågor som detta

avsnitt varit ägnat att belysa: Är skiljeförfarandet berättigat endast under förutsättning att man accepterar de gängse uppfattningarna om skiljeförfarandet såsom i särskilt hög grad präglad av partsvilja? Borde vi eljest helst ägna våra krafter åt att försöka förbättra den ordinära processen? Svaret kan sammanfattas så: Skiljeförfarandet bärs upp av ett påtagligt samhällsintresse; det är en omistlig del av varje rättegångsordning som är ämnad att i tämligen stor omfattning tillgodose samhällsmedlemmarnas önskemål utan att fördenskull behöva göras alltför komplicerad.

Det sagda bör konfronteras med åsikter som framställt av BERGLUND och DILLÉN. BERGLUND har karakteriserat skiljeförfarandet såsom »en nödfallsutväg, framtvingen av en oformlig rättegångsordning».²⁴ DILLÉN anser att detta uttalande innefattar en överdrift; han uttrycker själv saken så att »skiljeinstitutets förekomst till stor del (kan) förklaras därav, att detta institut tillgodoser vissa krav, som civilprocessen icke alls eller endast i mindre grad förmår uppfylla».²⁵ Om rättegångsordningens brister kunde till fullo botas försvunne enligt Dillén »det mest bärande skälet till att giva skiljeinstitutet karaktären av ett positivrättsligt institut». Han tillägger att man emellertid icke bör räkna med »en ingenstädes förefintlig ideal rättegångsordning».²⁶

Gentemot dessa uttalanden skulle jag med stöd av det föregående resonemanget vilja hävda att en rättegångsordning som ej gäve någon plats åt skiljeinstitutet omöjligen kunde anses utgöra någon »ideal» rättegångsordning. Detta kan kanske sägas vara en föga betydande åsiktsavvikelse. Jag tror emellertid att det är av stor vikt att man noga fixerar hur det samhällsintresse är beskaffat som motiverar skiljeinstitutets förekomst. I många sammanhang uppkommer spørsmålet om statliga myndigheters befattning med skiljeförfarandet. Dylika spørsmål tarvar ingående undersökningar, och dessa bör ej bygga på den förutsättningen att skiljeförfarandet

²⁴ BERGLUND, Om skiljeavtal och skiljedom, s. 27.

²⁵ DILLÉN, Bidrag till läran om skiljeavtalet, s. 4.

²⁶ DILLÉN, a. a. s. 5.

skulle vara ett slags processurrogat för vilket staten icke hade något ansvar.²⁷

§ 5. BÖR DEN ORDINÄRA RÄTTEGÅNGEN ALLS REFORMERAS I HÄR
AKTUELLA HÄNSEENDEN? I VAD MAN SKULLE EVEN-
TUELLA REFORMER INVERKA PÅ SKILJE-
FÖRFARANDETS GESTALTNING?

Om man utgår ifrån att skiljeförfarandet är en omistlig del i processorganismen så är det dock tydligt att skiljeförfarandets praktiska betydelse kan variera allefter det sätt varpå den ordinära rättegången och specialprocessen²⁸ är utformade. Det är sålunda tänkbart att skiljeförfarandet kunde få *större* praktisk betydelse genom att rättegången gjordes mer stereotyp eller *mindre* praktisk betydelse genom att rättegången utformades så att den gäve större utrymme åt partsönskemål.

Redan dessa omständigheter gör att jag funnit anledning att ta upp vissa allmänna rättspolitiska frågor till debatt. Därtill kommer ytterligare det skälet att de speciella skiljerättsliga problem som jag kommer att behandla längre fram i denna bok bör ses mot bakgrunden av vissa iakttagelser beträffande den problematik som den allmänna processen erbjuder.

A. Allmänna synpunkter på reformfrågan.

Den svenska domstolsorganisationen är endast i obetydlig mån differentierad. Man har velat undvika splittring i orga-

²⁷ Jfr följande uttalande i motiven till SkmL (NJA II 1929 s. 6): »Staten har . . . icke anledning att övertaga något ansvar för sådana utom domstolsförfarandet träffade avgöranden, som enskilda parter för att undvika detta förfarande kunna finna lämpliga.» — Se även FEHR i SvJT 1930 s. 56. — Se vidare nedan, s. 207 f.

²⁸ Till undvikande av alltför stor omständlighet kommer jag i det följande att, därest ej annat framgår av sammanhanget, begagna ordet »process» (»rättegång») såsom åsyftande ej blott ordinär process utan även specialprocess. Jag kommer vidare att bortse från det *legal*a skiljeförfarandet, eftersom detta ej har — och ej heller rimligen bör få — någon praktisk betydelse i sådana sammanhang som dem vilka framställningen kommer att avse.

nisationen och har i huvudsak löst specialmålens problem genom att vidtaga särskilda arrangemang inom ramen för det allmänna domstolsväsendet. Den ordinära domstolsorganisationen har kommit att utgöra »kärnan i en serie särskilda domstolsformer», som inrättats för olikartade ändamål, bl. a. för att vinna specialiserad sakkunskap i vissa typer av mål.²⁹

Emellertid har man varit återhållsam även i fråga om speciella arrangemang av nyssnämnd typ. Vad som i detta sammanhang är av speciellt intresse är att inga särskilda åtgärder vidtagits beträffande de vanliga handelsmålen.³⁰ Sådana mål behandlas följaktligen alldeles på samma sätt som vilket dispositivt tvistemål som helst, vilket bl. a. innebär att särskilt snabba avgöranden ej kan påräknas, att hemlig förhandling ej kan förekomma (annat än i den mån yrkeshemligheter aktualiseras) och att handelsteknisk sakkunskap ej kan tillhandahållas inom domstolen utan måste införas genom från fall till fall anlitate sakkunniga.³¹

Med hänsyn till att domstolsprocessen är uppbyggd på detta sätt kan det icke rimligtvis hävdas — och har ej heller, mig veterligt, från något håll hävdats — att några ändringar borde företas som skulle få till följd att skiljeförfarandet finge *större* praktisk betydelse än det nu har. Om någon kritik av det nuvarande systemet skall kunna anses berättigad så måste den avse den alltför ringa möjligheten att i processen få partsönskemål tillgodosedda.

Emellertid måste man här vara på sin vakt mot förhastade slutsatser. Det räcker ej att såsom skäl för ett ändringsförslag påvisa att den ordinära processen i ett eller annat hänseende

²⁹ Se häröf ZETTERBERGS uppsats »Om organisationen av domstolarna i första instans» i Festskrift tillägnad Karl Schlyter, särskilt s. 395.

³⁰ Märk dock beträffande *växel- och checkmål* bestämmelserna i växellagens 94 § och i checklagens 72 §. Märk även att växel- och checkmål är förtursmål i hovrätt (arbetsordningen för rikets hovrätter, 20 §) och i HD (arbetsordningen för nedre justitierevisionen, 18 §).

³¹ Vissa typer av *patentmål* skall enligt 23 § i patentförfordningen handläggas av Stockholms rådhusrätt som därvid skall vara sammansatt med tre lagfarna ledamöter och tre »i tekniska förhållanden kunniga personer». Beträffande *sjördömsmål* samt beträffande extraordinär process och specialprocess i övrigt se HASSLER, Den nya rättegångsbalken, Första delen, s. 26 ff. ävensom samme författares kompendium Extraordinär process och specialprocess.

de är otillfredsställande. Kritiken måste, om den skall kunna anses träffande, påvisa olägenheter av att i vissa situationer endast skiljeförfarande — icke process — står till buds.

Den första fråga som det då finns anledning att uppmärksamma är denna: Fungerar det nuvarande systemet i praktiken så illa att det över huvud taget har något intresse att spekulera över tänkbara reformer? Härtill måste till en början sägas att det är svårt att få någon tillförlitlig kunskap om vilka tendenser som präglar praxis inom skiljerätten, eftersom endast en ringa del av alla skiljedomar kommer till utomstående kännedom.³² Vidare kan emellertid ifrågasättas om det har något intresse att försöka besvara frågan då den givits så generell räckvidd. Det finns otvivelaktigt särskilda typer av skiljeförfarande som tillfredställer höga anspråk. Lika otvivelaktigt är att det finns typer av skiljeförfarande mot vilka allvarliga erinringar kan göras. Även om man hade anledning antaga att fall av sistnämnda typ vore relativt ovanliga — hur det förhåller sig därmed lämnar jag öppet — så utgör dock deras förekomst tillräcklig anledning att utgå från att vissa reformer vore av värde.

För att konkretisera diskussionen skall jag till en början ge ett exempel på en sorts skiljeförfarande som ur flera synpunkter måste anses otillfredsställande:

Två parter har, innan tvist uppkommit, träffat ett skiljeavtal som ej innehåller några särskilda föreskrifter utöver en allmän hänvisning till bestämmelserna i SkmL. Sedan tvist uppkommit anlitar parterna var för sig skiljemän som de tror vara villiga

³² I vilken omfattning skiljedomar ingivits till överexekutor för verkställighet framgår av följande tablå (Uppgifterna för åren 1949—1952 är hämtade från Sveriges officiella statistik. Rättsväsen. Domstolarnas och de exekutiva myndigheternas verksamhet 1949—1952. Uppgifterna för åren 1953 och 1954 har hämtats direkt från statistiska centralbyrån):

	Ansökningen ej upptagen	Ansökningen ej fullföljd	Ansökningen helt eller delvis bifallen	Ansökningen ej bifallen	Summa
1949	3	12	53	2	70
1950	1	21	41	1	64
1951	1	11	38	2	52
1952	—	15	43	3	61
1953	1	21	48	4	74
1954	3	16	19	2	40

att gå i bräsch för »uppdragsgivaren». Ingen anvisning ges om vem som skall vara tredje skiljeman, ej heller ges några föreskrifter om hur förfarandet skall anordnas. De båda av parterna utsedda skiljemännen visar under hela skiljeförfarandets lopp en påtaglig tendens till partiskhet. Den tredje skiljemannen spelar närmast rollen av en medlare och ställer sig som uppgift att ge tvisten en lösning som innefattar en kompromiss. En dom ges varigenom det »skiljs mellan parterna» på visst sätt. Särskild hänsyn tas till parternas ekonomiska bärkraft.³³ Domsmotiveringen — om sådan förekommer — består av ett uttalande om vad som är »skäligt».

Om man vill minska riskerna för att sådana skiljeförfaranden kommer till stånd, vad finns då att göra? Till en början kan viss tvekan råda därom, huruvida det är nödvändigt att tillgripa lagändringar på skiljerättens eller över huvud taget på processrättens område. Det vore nämligen möjligt att tillräckliga förbättringar skulle kunna vinnas därest blott affärsmännen och andra intressenter, varom här kan vara fråga, visade större omtanke vid skiljeförfarandets anordnande.

Detta skulle i så fall förutsätta att man regelmässigt gäve skiljeklausulerna ett mer preciserat innehåll: man finge ej nöja sig med en hänvisning till reglerna i SkmL utan finge ge särskilda föreskrifter om skiljedomstolens sammansättning och förfarandets utformning. Men skulle icke detta föra

³³ De statliga verken intar en skeptisk hållning till skiljeförfarandet, vilket väsentligen lär bero på risken för att skiljemännen i »billighetens» namn favoriserar enskilda parter på statens bekostnad. Det av byggnadsstyrelsen, flygförvaltningen, järnvägsstyrelsen och vattenfallsstyrelsen år 1955 godkända normalkontraktet för byggnadsarbeten innehåller ett särskilt stadgande varigenom de skiljeklausuler elimineras som ingår i de »Allmänna bestämmelser för entreprenader inom husbyggnads- samt väg- och vattenbyggnadsfacken» (Svenska teknologföreningens formulär 10) till vilka kontraktet i övrigt hänvisar. Väg- och vattenbyggnadsstyrelsen begagnar sig heller icke av skiljeförfarandet. Erfarenheterna från tiden före vägväsendets förstatligande skall enligt uppgift ha varit avskräckande. Se vidare följande uttalande i Tjänstemeddelanden rörande lantförsvaret (19/7 1945, A nr 58): »På förekommen anledning finner Kungl. Maj:t gott förordna, att under försvarsdepartementet lydande lokal förvaltningsmyndighet icke må utan vederbörande centrala förvaltningsmyndighets medgivande ingå avtal, som förutsätter anlitande av skiljedomsförfarande. — Kungl. Maj:t fäster övriga till försvarsväsendet hörande förvaltningsmyndigheters uppmärksamhet på vikten av att varsamhet iakttages vid ingående av avtal som nyss är sagt.»

med sig en besvärande omständlighet i affärslivet? Det skulle kunna tyckas som om följande resonemang vore motiverat: »Skiljemannalagen ger parterna stor valfrihet. Den ger blott anvisningar om vissa minimikrav som måste vara uppfyllda för att en giltig skiljedom skall kunna komma till stånd. Lagen anger ej några riktlinjer för hur olika slag av skiljeförfaranden närmare bestämt kan utformas. Parterna ställs därför inför stora svårigheter om de skall ge noggranna direktiv i sina skiljeklausuler. De kan ej nöja sig med att hänvisa till det ena eller det andra av vissa i lagen angivna alternativ utan måste själva konstruera ett förfarande som tillgodoser deras intressen. Detta måste medföra stor omständlighet.^{33a} Det vore avsevärt bättre om lagstiftaren ställde vissa konkret utformade alternativ till affärsmännens och övriga intressenters förfogande så att det bleve möjligt att i köpekontrakt och andra avtal genom en enkel hänvisning utpeka en för det särskilda fallet ändamålsenlig, konkret utformad processordning.»

Mot ett sådant resonemang kan man emellertid framställa vissa invändningar. Till en början kan det sägas att det omöjliga i och för sig kan vara till nackdel för affärslivet att SkmL medger stor valfrihet. Detta skulle kunna innebära en nackdel endast om det förhölle sig så att man just därigenom ställdes inför särskilda svårigheter vid preciseringen av det önskade förfarandet. Men i och för sig vore det möjligt att konstruera en lag som medgäve stor frihet samtidigt som den gäve anvisning om en eller flera konkret utformade procedurer vartill parterna, om de så önskade, kunde hänvisa i sina skiljeklausuler. Men är det då till nackdel att några sådana anvisningar ej ges i nu gällande lag? Detta kan ej tas för givet. Ty varför skulle sådana anvisningar behöva ges just i lagen? Varför skulle icke de samhällsgrupper som har intresse av skiljeförfarandet kunna ta till vara den handlingsfrihet som SkmL medger och själva svara för utarbetandet av lämpliga alternativ? Onekligen finns vissa skäl härför. Det är lättare att upprätta och justera enskilda stadgar än att stifta

^{33a} Därtill är att märka, att det ofta måste te sig *motbjudande* för parterna att under en avtalsförhandling närmare diskutera formerna för eventuella tvisters lösning.

och ändra statliga lagar; en privat organisation kan på ett smidigare sätt än staten anpassa sig efter skiftande behov.

Av särskilt intresse i detta sammanhang är de fasta skiljedomsinstitut som anordnats av näringslivet.³⁴ Inom dessa institut har man tagit vara på de möjligheter till särskilda arrangemang som SkmL erbjuder. I speciella stadgar, vartill kan hänvisas i skiljeklausulerna, har man givit närmare föreskrifter om skiljedomstolens sammansättning och i vissa fall även om förfarandet. Man har sört för att erforderlig sakkunskap skall bli företrädd i domstolen samtidigt som man sökt eliminera risken för att skiljemännen skall stå i beroende av parterna. Mot den verksamhet som bedrivs inom dessa skiljedomsinstitut har, mig veterligt, ingen kritik framställts. Otvivelaktigt skulle missförhållandena på skiljerätens område i betydande mån kunna reduceras om dessa befintliga institut utnyttjades i större utsträckning och om andra liknande institut upprättades i mån av behov.

Man kan emellertid fråga sig om en sådan reform skulle kunna bli tillräckligt genomgripande. Det är tvivelaktigt om man genom blotta rekommendationer skulle kunna i tillräcklig omfattning förmå personer som ämnar ingå skiljeavtal att särskilt vända sig till dylika skiljedomsinstitut. Det är under alla förhållanden rimligt att antaga att man skulle kunna i mer betydande mån reducera förekomsten av lösligt anordnade skiljeförfaranden om man inom det allmänna rätte-

³⁴ Följande *handelskammare* har upprättat egna skiljedomsinstitut: Stockholms handelskammare, Östergötlands och Södermanlands handelskammare, Smålands och Blekinge handelskammare, Skånes handelskammare, Handelskammaren i Göteborg, Handelskammaren i Karlstad, Handelskammaren för Örebro och Västmanlands län, Handelskammaren i Gävle, Västernorrlands och Jämtlands läns handelskammare samt Norrbottens och Västerbottens läns handelskammare. Övriga i Sverige verksamma skiljedomsinstitut är *Skandinaviska arbitrage-kammaren för hudar och skinn*, *Sveriges skiljenämnd för spannmåls- och foderämnesshandeln* samt *Sveriges tekniskt-industriella skiljedomsinstitut*. Såvitt gäller skiljedomsverksamhet med avseende på *internationella affärstvister* är särskilt att märka *Internationella handelskammarens skiljedomsinstitut* (cour d'arbitrage) som har säte i Paris och som i vissa avseenden samarbetar med motsvarande amerikanska skiljedomsorganisationer: *American arbitration association* (U. S. A.) och *Inter-American commercial arbitration commission* (U. S. A. och Sydamerika).

gångsväsendets ram gäve större möjlighet till val mellan skilda processformer. Ty därigenom skulle inom många verksamhetsområden skiljeavtal över huvud taget komma att framstå såsom obehövlige. — Visserligen får man beakta att bristande förutseende från parternas sida skulle kunna få olämpliga konsekvenser även inom en sådan ordning — om parterna underlåtit att före tvistens uppkomst träffa överenskommelse om viss speciell processform, och om de på ett senare stadium ej kunde enas, så bleve konsekvensen att de råkade in i den ordinära, för det aktuella fallet måhända olämpliga, processen. Men detta skulle knappast kunna få lika fatala följder som de vartill ett illa organiserat skiljeförfarande kan leda.

Även om det vore möjligt att utan lagändringar åstadkomma ganska betydande förbättringar i skiljerättslig praxis så finns det emellertid goda skäl att överväga mer vittgående reformer.

Antag att den dömande verksamheten på skiljerättens område nästan helt ombesörjdes av sådana fasta skiljedomsinstitut som varit på tal här ovan. Detta vore fördelaktigt av nyss angivna skäl: därmed bleve förekomsten av vissa otillfredsställande typer av skiljeförfaranden reducerad till ett minimum. En annan fördel vore den nationalekonomiska vinst som uppstode därigenom att skiljedomsverksamheten bleve lagd i händerna på ett mindre antal personer som kunde förvärva en arbetssparande rutin och som kunde vidtaga anordningar varigenom särskild snabbhet och effektivitet kunde främjas. Men — skulle icke denna vinst bli än större om den ordinära processen reformerades så att den kunde dra till sig vissa grupper av de tvister som för närvarande går till skiljeförfarande? Detta synes vara alldeles ofrånkomligt. Och i så fall tycks det som om vi här skulle ha att göra med ett synnerligen viktigt skäl för mer genomgripande reformer. Det kan nämligen ifrågasättas om det icke innebär ett allvarligt slöseri med våra domares kapacitet att de i så ringa utsträckning som nu får tillfälle att i sin domarverksamhet syssla med komplicerade — och intressanta — dispo-

sitiva tvistemål.³⁵ Möjligen kan detta t. o. m. på längre sikt innebära en fara för den kvalitativa rekryteringen av domarkåren.

Emellertid är att märka att en del av våra domare i ganska stor utsträckning sysslar med komplicerade tvistemål — i egenskap av skiljemän.³⁶ Och i den mån detta sker så innebär det naturligtvis att domarens tid och kapacitet utnyttjas i hög grad. Detta är en omständighet som i så fall möjligen bör föranleda till vissa reservationer mot det nyss anförda. Men samtidigt framkommer här ett annat skäl för dubier beträffande det nuvarande systemet: Det kan knappast anses tillfredsställande om det förhåller sig så att våra domare skall behöva uppträda såsom privatmän på fritid för att kunna effektivt bidra till rättsskipningen inom affärslivet.

Vidare kan ifrågasättas om icke ur rättssäkerhetssynpunkt statliga³⁷ domstolar är att föredraga framför även de bästa skiljedomstolar. Detta skulle i så fall bl. a. bero därpå att statliga domare i motsats till skiljemän är underkastade ämbetsansvar och därpå att de ordinära domstolarna är ställda under en särskilt organiserad samhällelig kontroll som saknar motsvarighet såvitt gäller skiljedomstolarna. Emellertid syns det mig tvivelaktigt om detta argument i och för sig kan anses särskilt betydelsefullt. Även inom en på visst sätt avgränsad samhällelig grupp kan en organisation uppbyggas som etablerar ett tryck på de inom organisationen verksamma funktionärerna: en »rättsordning i miniatyr»³⁸ kan skapas som ej nödvändigtvis behöver stå den statliga rättsordningen efter i fråga om fasthet och säkerhet. Endast erfa-

³⁵ Jfr EKELÖF i SvJT 1956 s. 66: »Då vår domarkår är så högt kvalificerad och det allmänna även lagt ned så stora kostnader på att organisera en effektiv domstolsprocess, förefaller det vara dålig ekonomi att denna ej skall användas för slitande av tvister, vilka ha den största betydelsen inom vårt näringsliv.»

³⁶ Enligt 7 § B i statens allmänna avlöningsreglemente får med tjänst såsom *justitieråd* eller *regeringsråd* ej förenas skiljemannauppdrag och med tjänst såsom *häradsbörjande* eller *vattenrättsdomare* ej förenas sådant uppdrag annat än såsom ordförande eller ensam skiljedomare.

³⁷ Jag bortser från att visst kommunalt inflytande alltså gör sig gällande med avseende på rådhusrätterna.

³⁸ LUNDSTEDT, Obligationsbegreppet, Första delen, s. 155.

renheter om hur en sådan organisation faktiskt verkar -- jämförda med erfarenheter om hur motsvarande statliga organisationer verkar — kan ge tillförlitligt underlag för ett omdöme om eventuella brister i rättssäkerhetshänseende.

Något som man däremot utan tvekan kan fastslå är att *lagstiftaren byggt på den förutsättningen* att skiljeförfarandet ej på det hela taget ger samma garantier för rättssäkerhet som vad den ordinära domstolsprocessen ger. Och detta har givit anledning till vissa bestämmelser — och vissa brister på bestämmelser — i SkmL varigenom skiljeförfarandet ej — icke ens då det bedrivs i de mest betryggande former — kan fungera så effektivt som i och för sig vore önskvärt. Skiljedomstolarna saknar möjlighet bl. a. att besluta om kvarstad och sådana andra åtgärder varom talas i rättegångsbalkens 15 kapitel, att höra vittnen och parter på ed eller försäkran samt att begagna tvångsmedel till främjande av utredningen (editionsföreläggande, vitesföreläggande till vittnen etc.). Visserligen finns i sådana fall möjlighet att erhålla bistånd av över-exekutor (enligt 8 kap. UL) och domstol (enligt 15 § SkmL), men detta kan medföra stegrade kostnader och mycken tidsförlust. Som ytterligare exempel på bristande effektivitet inom skiljeförfarandet kan nämnas att, enligt vad som gjorts gällande i litteraturen,³⁹ skiljedomstol saknar behörighet att med laga verkan meddela inhibitionsbeslut enligt 138 § 2 mom. aktiebolagslagen och 69 § 2 mom. lagen om ekonomiska föreningar. I dessa fall synes inga remedier stå till buds: om bolagsordningen i ett aktiebolag eller stadgarna i en ekonomisk förening innehåller skiljeklausul så har man att räkna med den konsekvensen att talan å bolagsstämmobeslut eller föreningsstämmobeslut ej kan prövas interimistiskt.

De antydningar som nu gjorts syns ge skäl för den åsikten att ändringar i rättegångsväsendets av lagen angivna organisation bör övervägas. Eventuellt skulle det i så fall kunna bli fråga om ändringar i SkmL: det vore exempelvis en möjlighet att man gäve behörighet åt vissa fast organiserade skilje-

³⁹ SKARSTEDT, Lagen om ekonomiska föreningar av den 22 juni 1911, s. 146. I den av HAGBERGH och NISELL utgivna kommentaren till 1951 års lag (Lagen om ekonomiska föreningar av den 1 juni 1951) hänvisas (s. 235) till Skarstedts uttalande.

domstolar att begagna tvångsmedel till utredningens främjande, varigenom dessa skiljedomstolar skulle få tillfälle att fungera med större effektivitet.⁴⁰ Särskilt bör det emellertid övervägas om icke staten i högre grad borde direkt engagera sig för rättsskipningen inom affärslivet. Lagtekniskt skulle även detta kunna åstadkommas medelst ändringar i SkmL. Det vore exempelvis i och för sig möjligt att i anknytning till SkmL upptaga »särregler om en allmän prorogationsrätt i skuldfordringsmål till hovrätt såsom skiljedomstol, d. v. s. såsom ensaminstans».⁴¹ Det tycks mig emellertid som om en sådan lösning skulle stöta på betänkligheter ur terminologisk och systematisk synpunkt. Det vore förvillande — och onödigt — att tala om en »skiljedomstol» i ett sådant fall.⁴² Och det vore olämpligt att i anslutning till SkmL ge regler för ett organ vars verksamhet i så många andra hänseenden vore reglerad genom RB och därtill anknutna lagar.

Det terminologiska och lagskrivningssystematiska problemet skall emellertid ej dryftas närmare. Jag kan inskränka mig till att säga att jag i det närmast följande skall uppehålla mig vid sådana reformfrågor som otvivelaktigt bör diskuterats såsom hänförliga till RB och att jag i bokens tredje kapitel återkommer till vissa problem som jag ansett närmast böra sammanhånga med skiljeförfarandet sådant som detta är reglerat genom SkmL.

B. Några ord om det rättspolitiska läget.

Frågan om inrättande av särskilda processformer för bl. a. handels- och sjöfartsmål har debatterats vid flera tillfällen

⁴⁰ SCHÖNKE (Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 264 f.) har de lege ferenda förordnat en åtskillnad mellan »isolerade» och »institutionella» skiljedomstolar, vilken åtskillnad skulle ta sig uttryck däri att domstolar av den senare typen gäves större möjlighet att arbeta oberoende av de statliga organen.

⁴¹ SCHLYTER i SvJT 1944 s. 161.

⁴² Det är bl. a. att märka att en skiljedomstol icke nödvändigtvis måste utgöra »ensaminstans». Se härom BERGLUND, Om skiljeavtal och skiljedom, s. 141. Se även nedan, s. 201 ff.

under de senaste hundra åren.⁴³ Först i samband med köplagens tillkomst år 1905 framkom något resultat som här är av intresse. Detta år tillkom en lag »om särskild sammansättning av vissa rådstuvurätter vid behandling av handelsmål». I denna lag föreskrevs att rådhusrätterna i Stockholm, Göteborg och Malmö vid behandling av handelsmål skulle, därest någondera parten så yrkade, bestå av två lagfarna ledamöter och två »handelskunnige män». Stadsfullmäktige i de berörda städerna skulle utse ett visst antal handelskunniga personer till domare. Parterna skulle ej ha något inflytande över hur dessa fördelades till tjänstgöring.

1905 års lag spelade en mycket obetydlig roll i praktiken. Enligt uppgift skall lagen vid Stockholms rådhusrätt ha tillämpats ytterligt sällan och över huvud taget icke under de senare av de årtionden varunder den gällde.⁴⁴ Den upphävdes i samband med RB:s införande.

I sitt år 1926 avlämnade betänkande angående rättegångsväsendets ombildning (SOU 1926: 31—33) föreslog *processkommissionen* att vissa grupper av dispositiva tvistemål — bl. a. handelsmål — skulle, om tvisteföremålet hade minst 1 500 kronors värde, få upptagas av hovrätt såsom första instans. Vidare föreslogs att i de hovrätter, beträffande vilka sådant av Konungen förordnades, särskilda avdelningar skulle inrättas för handläggning och avgörande av handels- och sjörättsmål. Dessa avdelningar skulle bestå av två lagfarna och tre handelskunniga ledamöter av vilka var och en skulle ha en röst.⁴⁵

Detta förslag kritiserades, ofta med stor skärpa, av re-missinstanserna.⁴⁶ Särskilt framhölls att undandragande av vissa viktigare mål från de allmänna underrätterna i hög grad

⁴³ Beträffande den historiska bakgrunden och frågans behandling under 1800-talet se SOU 1944: 10 s. 449 ff., särskilt kommerskollegii utlåtande å s. 483 ff. Se även MALMSTRÖMS och GÄRDES uppsatser i Minnesskrift ägnad 1734 års lag. I.

⁴⁴ Se kommerskollegii utlåtande i SOU 1944: 10, s. 485.

⁴⁵ SOU 1926: 31, s. 122 ff.

⁴⁶ Se SOU 1927: 15 (yttranden av landets hovrätter samt vissa andra myndigheter och sammanslutningar) ävensom SOU 1929: 25 (yttranden av härads-hövdingar och rådhusrätter).

vore ägnat att minska dessa domstolars kompetens och auktoritet. Departementschefen tog denna kritik ad notam.⁴⁷ Så gjorde även det av 1931 års riksdag tillsatta särskilda utskottet, som fann uppslaget att göra hovrätterna till första instans beträffande vissa mål ej böra fullföljas.⁴⁸ Riksdagen följde utskottet.

Processlagberedningen påyrkade i sitt förslag till rättegångsbalk (SOU 1938: 43—44) en anordning av delvis annan karaktär. Beredningen föreslog att det skulle tillkomma hovrätt att som första domstol upptaga sådana tvistemål, för vilka icke givits särskilda forumregler i RB 10: 17, första stycket 1—7, under förutsättning att parterna skriftligen överenskommit att tvisten skulle upptagas omedelbart av hovrätt och att vid hovrättens prövning skulle bero samt under den ytterligare förutsättningen att tvisteföremålets värde, då detta kunde skattas i penningar, överstege tretusen kronor.⁴⁹ I motiven hänvisades särskilt till »affärslivets behov av skyndsamma avgöranden». Det påpekades vidare att skiljeförfarandet »med hänsyn till garantierna för avgörandets tillförlitlighet» i många fall torde vara underlägset ett domstolsförfarande och att starka skäl talade för att parterna vid sidan av skiljeförfarandet lämnades tillfälle att anlita ett eninstansförfarande. Enär fullföljd icke skulle få ske, borde detta förfarande — särskilt med hänsyn till domstolens sammansättning — förläggas till hovrätt.⁵⁰

Två ledamöter av lagrådet (justitieråden EKLUND och LAWski) hemställde att den föreslagna lagbestämmelsen skulle utgå. Som motivering för denna hemställan anfördes bl. a. följande:⁵¹

En hovrättsdivision kunde ej ersätta en sådan av ett fast skiljedomsinstitut upprättad domstol, inom vilken såväl juridisk som teknisk sakkunskap vore representerad. För att vinna syftet att, utan att skäligen krav på säkerheten eftersättes, tillgodose särskilt affärslivets behov av skyndsamma avgöranden syntes den när-

⁴⁷ Proposition nr 80/1931, s. 113.

⁴⁸ Särskilda utskottets utlåtande nr 1/1931, s. 36.

⁴⁹ Bestämmelsen fanns i 2 § av förslagens 2 kap.

⁵⁰ PLB s. 47.

⁵¹ Se proposition nr 5/1942, s. 167 ff.

mast till hands liggande utvägen vara »att reglera skiljemanna-förfarandet på sådant sätt att största möjliga garantier för avgö-randets tillförlitlighet skapas och att med hänsyn härtill icke upp-rätthålla förbud för domare i någon instans att åtaga sig skilje-mannauppdrag under förutsättning att han icke utses av den ena parten». Beredningens förslag kunde komma att leda till att underätterna bleve betraktade såsom ett slags bagatelldomstolar. »För att möjliggöra ett särskilt snabbt avgörande i sådana fall där detta är av synnerlig vikt erbjuder sig den utvägen att till-erkänna rättsverkan åt en utfästelse att ej fullfölja talan i tviste-mål vari förlikning är tillåten. Skulle det sedermera, efter det att viss erfarenhet vunnits om verkningarna av rättegångsrefor-men, visa sig att det finnes en mera allmän önskan om införande av ett förfarande med hovrätt såsom första och enda instans, kan frågan upptagas till förnyat övervägande.»

I sin proposition till 1942 års riksdag⁵² redogjorde departementschefen för processlagberedningens förslag och för de kritiska erinringar som gjorts mot detsamma. Han påpekade vidare bl. a. att beredningen ännu icke tagit ståndpunkt till frågan om de särskilda, från den allmänna rättegångsordningen avvikande processformer som föreläge i fråga om vissa grupper av mål, bland dessa handelsmål.⁵³ Det kunde alltså motses att denna fråga skulle upptagas till behandling vid det fortsatta lagstiftningsarbetet. Med hänsyn härtill och då även enligt departementschefens mening vägande anmärkningar kunde göras mot beredningens förslag i den utformning vari det nu förelåg ansåg han att förslaget icke borde upptagas i lagstiftningen.

Såsom ett led i det fortsatta lagstiftningsarbetet upprättade *processlagberedningen år 1943* en »P.M. angående handläggning av handels- och sjöfartsmål».⁵⁴ Promemorian utmynnade i ett lagförslag enligt vilket särskilda avdelningar för handläggning av handels- och sjöfartsmål skulle anordnas vid rådhusrätterna i Stockholm, Göteborg och Malmö. Avdelningarna skulle bestå av två lagfarna och tre handels- eller sjöfartskunniga domare. De sistnämnda skulle tagas ur en krets av personer som, efter förslag av sammanslutningar inom

⁵² Proposition nr 5, s. 457 ff.

⁵³ Här åsyftades bl. a. den numera upphävda lagen av år 1905 om särskild sammansättning av vissa rådstuvurätter, se ovan s. 52.

⁵⁴ Promemorian är tryckt i SOU 1944: 10, s. 449 ff.

handel och sjöfart, erhållit förordnande av Konungen. Mål av ifrågavarande typer — särskilt specificerade i promemorian — skulle alltid, såvida icke parterna vore ense om annat, behandlas på vederbörande speciella rådhusrättsavdelning. Den i RB 49: 1 och 54: 1 givna möjligheten till bindande utfästelse att ej fullfölja talan skulle med avseende på handels- och sjöfartsmål gälla även såvitt anginge framtida tvist, härflytande ur angivet rättsförhållande, dock endast under den förutsättningen att utfästelsen vore skriftlig.

Även detta förslag mötte kritik i remissutlåtandena,⁵⁵ en kritik som emellertid hade mycket varierande karaktär. Det invändes bl. a. att lekmannabisittare över huvud taget ej borde förekomma i handels- och sjöfartsmål, att sådana bisittare väl borde förekomma i sjöfartsmål men icke i handelsmål, och att, även om det vore av värde att lekmän deltog i rättskipningen, det dock kunde befaras att tillräckligt kvalificerade lekmannadomare ej skulle komma att ställa sig till förfogande. I flertalet yttranden framställdes alternativa önskemål: i en del fall förordades inrättande av specialdomstolar, i andra fall påyrkades att särskilda handels- och sjöfartsavdelningar skulle inrättas vid hovrätterna.

Med hänsyn till kritiken ansåg sig processlagberedningen ej böra vidhålla sitt i promemorian gjorda förslag.⁵⁶ Ej heller ansåg sig beredningen i sakens dåvarande läge böra framställa något alternativt förslag. Tanken på specialdomstolar, fristående från de allmänna domstolarna, avvisades uttryckligen. Av övriga tänkbara utvägar borde enligt beredningens uppfattning dess tidigare förslag om ett eninstansförfarande vid hovrätterna, eventuellt i förening med en till prejudikatfrågor begränsad fullföljdsrätt, i första hand vara förtjänt av övervägande.

Vitt skilda reformförslag har sålunda lagts fram, kritiserats och förkastats. Detta kan dock ej ge skäl för någon förmodan om att i berörda kretsar belåtenhet skulle råda med den nuvarande ordningen. De myndigheter och sammanslut-

⁵⁵ En sammanställning av dessa återfinns i SOU 1944: 10, s. 472 ff.

⁵⁶ Se SOU 1944: 10, s. 3 ff.

ningar som yttrat sig över de olika förslagen har vanligen vitsordat behovet av nya processuella arrangemang. Deras avbøjande uttalanden måste i allmänhet ses mot bakgrund av att de ej ansett sig stå i valet mellan blott två alternativ: å ena sidan status quo, å andra sidan det konkreta reformförslag varöver de i det särskilda fallet haft att yttra sig. De har vanligen ansett sig oförhindrade att mot sistnämnda förslag ställa upp vilket som helst annat som de funnit mer beaktansvärt.

Vidare är att märka att remissinstanserna ofta utgått ifrån en tämligen optimistisk uppfattning om rättegångsreformens betydelse. Exempelvis yttrade kommerskollegium i sitt utlåtande över 1943 års P.M.:

»Det huvudargument, som framförts för behovet av särskilda handelsdomstolar, har varit kravet från näringslivets sida på skyndsam prövning av rättstvisterna, och det är att hoppas, att just detta krav kommer att i önskvärd omfattning tillgodoses genom det reformerade processförfarande, som är beslutat.»⁵⁷

Sedan nu rättegångsbalken tillämpats några år i praktiken måste det konstateras att sådana förhoppningar ej till fullo infriats.⁵⁸ Den ordinära processen är allttjämt för långsam, och det är tvivelaktigt om någon mera avsevärd förbättring är att motse härvidlag.

Det finns följaktligen goda skäl att fortsätta debatten. Med hänsyn till det rättspolitiska läget är det därvid angeläget att i första hand undersöka om det vore möjligt att genomföra en mindre genomgripande reform som vore så beskaffad att den kunde tillgodose vissa förekommande önskemål utan att fördenskull behöva hindra en eventuell framtida, radikalare omgestaltung. En sådan möjlighet har skymtat redan i framställningen här ovan: man skulle i dispositiva mål (eller eventuellt i vissa grupper av dispositiva mål) kunna tillerkänna rättsverkan åt en utfästelse att ej fullfölja talan mot underrätts eller hovrätts avgörande även då en sådan utfästelse avsåge framtida tvist. En sådan reform ter sig, åtminstone vid första påseendet, tilltalande ur vissa synpunkter. Den skulle lagtekniskt sett vara synnerligen enkel: den skulle

⁵⁷ SOU 1944: 10, s. 495.

⁵⁸ Se AHRNBORG i SvJT 1950 s. 496.

blott behöva föranleda till en justering av RB 49: 1, tredje stycket, och 54: 1, tredje stycket. Reformen skulle tillgodose deras intresse som önskar få tillgång till ett eninstansförfarande inför underrätt eller till tvåinstansförfarande inför underrätt och hovrätt. Om prorogationsregeln i RB 10: 16 bibehölles oförändrad skulle vilken underrätt som helst kunna utväljas till första — och, om så önskas, enda — instans. Någon rubbning av instansordningen bleve det ej fråga om. Frågan om lekmäns deltagande i rättsskipningen kunde tills vidare lämnas öppen. Om reformen ej finge någon större praktisk betydelse, så kunde därav dras vissa slutsatser som kunde utnyttjas vid ett eventuellt fortsatt reformarbete (samtidigt som man finge anse att ingen skada vore skedd). Om reformen finge stor praktisk betydelse utan att dock visa sig leda till lämpliga resultat så kunde dock ett gott utgångsläge därigenom ha skapats för nya lagstiftningsåtgärder — eventuellt i anslutning till något av de förslag som framlagts av processkommissionen och processlagberedningen.

Att jag valt att närmare granska denna reformtanke sammanhänger dessutom med att jag i bokens tredje kapitel skall undersöka möjligheterna att begagna rättsmedel mot skiljedom. Såsom en bakgrund till denna undersökning har det syntts mig av vikt att ta ställning till vissa problem som har avseende på eninstansförfaranden i allmänhet och som särskilt aktualiseras av det motsatsförhållande som råder mellan å ena sidan RB 49: 1 och 54: 1, å andra sidan SkmL:s 1 §, enligt vilken skiljeavtal kan avse även »framtida tvist, härflytande av visst rättsförhållande, som angives i avtalet».

C. Speciell reformfråga: Bör utfästelse att ej fullfölja talan mot underrätts eller hovrätts dom tillerkännas giltighet även om utfästelsen gjorts innan »tvist uppkommit»?

Såsom tidigare nämnts föreslog processlagberedningen att rättegångsbalken skulle innehålla en bestämmelse (förslagets 2: 2, 2 punkten) om att hovrätt skulle såsom första domstol

kunna upptaga tvistemål under bl. a. den förutsättningen att »parterna skriftligen överenskommit, att tvisten⁵⁹ skall upptagas omedelbart av hovrätt och att vid hovrättens prövning skall bero». Beredningen förutsatte sålunda att ett avtal, varigenom parterna utfäst sig att icke fullfölja talan, skulle ha giltighet i detta sammanhang. Däremot ställde sig beredningen avvisande till att sådana utfästelser i andra sammanhang skulle få processuell verkan. Beredningen uttalade bl. a. följande:

»Beträffande de mål, i vilka förlikning är tillåten, innebär ofta ett avstående från rätten att klaga, som göres efter det domen meddelats, ett förfogande över den materiella rätten. Utfästelse, som göres tidigare, torde vara av ringa praktisk betydelse.»⁶⁰

Lagrådet, däremot, ansåg att avtal om förbud mot fullföljd borde tillerkännas giltighet — såväl beträffande fullföljd mot underrätts dom som beträffande fullföljd mot hovrätts dom — även i sådana fall då avtalet ingåtts före domens meddelande. Emellertid var lagrådet såtillvida ense med beredningen att lagrådet icke ansåg sig kunna förorda några bestämmelser som tillerkände giltighet åt ett avtal som träffats innan »tvist uppkommit».⁶¹

Departementschefen och riksdagen gick på lagrådets linje.⁶² I RB 49: 1, tredje stycket, och 54: 1, tredje stycket, finns sålunda nu bestämmelser av följande lydelse:

»Har part, sedan tvist uppkommit angående sak, varom förlikning är tillåten, utfäst sig att ej fullfölja talan mot domen, lände det till efterrättelse; utfästelse, som gjorts före domen, vare dock ej gällande, med mindre motsvarande utfästelse gjorts av motparten.»

Den begränsning som åstadkommits genom uttrycket »sedan tvist uppkommit» torde ha stor praktisk betydelse.⁶³ Vid

⁵⁹ PLB framhöll särskilt (s. 90) att här avsågs »mellan parterna redan uppkommen tvist».

⁶⁰ PLB s. 510.

⁶¹ Proposition nr 5/1942, s. 233 f. Jfr här till de ovan å s. 54 omnämnda uttalandena av justitieråden EKLUND och LAWSKI.

⁶² Proposition nr 5/1942, s. 523.

⁶³ PLB hade, såsom nyss framgått av texten, annan åsikt på denna punkt. Märk emellertid 1913 års diskussion inom Sveriges advokatsamfund över

tidpunkten för ingående av ett vanligt affärsavtal kan ej parterna med bindande verkan utfästa sig att låta eventuella framtida tvistemål stanna i underrätten (49: 1) eller i hovrätten (54: 1). Och vanligen måste det betraktas såsom ovissst om en ömsesidig utfästelse kan påräknas sedan väl tvist uppkommit.⁶⁴ Kan då denna begränsning, som har uppenbara processekonomiska nackdelar och som ingalunda är allmänt vedertagen,⁶⁵ anses sakligt välmotiverad? Frågan skall belysas genom diskussion av vissa skäl som har anförts eller skulle kunna anföras till stöd för ifrågavarande begränsning.

a) Ett argument som tycks ha spelat en viss roll under lagstiftningsarbetet kan uttryckas så: *Förfoganden över »processuella rättigheter» bör i allmänhet anses otillåtna.*

Lagrådet gör till beredningens förslag den kommentaren att förslaget ansluter sig till »härskande uppfattning», enligt vilken utfästelse att ej fullfölja talan icke skulle vara bindande, samt tillägger: »Denna uppfattning lär vara grundad på att avtal i processuella frågor över huvud taget anses vara ogiltiga, om ej motsatsen uttryckligen stadgas.»⁶⁶ Jag förmodar att man med »härskande uppfattning» bör, här som så ofta eljest, förstå den uppfattning som KALLENBERG gjort sig till tolk för. Kallenberg har i sitt arbete »De ordinära devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen» gjort åtskillnad mellan »den processuella befogenheten till ändringsökande» och »disposition över den materiella rätten». De lege ferenda är Kallenberg beredd att godta utfästelser om att ej vädja. Han anser att det icke föreligger någon avgöran-

ämnet: »Lagändring för befästande av parts rätt att med bindande verkan på förhand avsäga sig rätten att gå till högre instans i och för vinnande av samma snabbhet i rättskipningen som vid skiljedomsförfarandet». (Tryckt i Förhandlingarna vid Sveriges advokatsamfunds årsmöte i Stockholm den 7 juni 1913, s. 36 ff.)

⁶⁴ Jfr, beträffande »clause compromissoire» inom det franska skiljerättsliga systemet, ROBERT, *Traité de l'arbitrage*, s. 90 f. samt CUCHE, *Précis de procédure*, s. 78 f.

⁶⁵ I den norska tvistemaalovens § 361, de två första punkterna, stadgas: »Retten til at anke kan gyldig frafaldes. Det kan ogsaa gjøres paa forhaand, naar frafaldelsen er gjensidig.»

⁶⁶ Proposition nr 5/1942, s. 233.

de betänklighet av praktisk natur som kunde böra avhålla en lagstiftare från att godkänna dylika utfästelser. »Tvärtom vore sådant tvivelsutan lämpligt.» Enligt Kallenberg kan emellertid denna synpunkt ej vara avgörande, de lege lata: »Befogenheten att föra talan är riktad mot staten, mot dess organ domstolarna, och icke mot vederparten.» — »Enligt svensk rätt kan man ej anse för giltig en utfästelse att icke hänskjuta tvist till domstol, och man synes ej kunna annorlunda bedöma en utfästelse att icke gå till högre instans.»⁶⁷

Uppenbarligen har Kallenberg fog för sitt konstaterande om den svenska rättens inställning till utfästelser att icke hänskjuta tvister till domstol. Senare rättspraxis ger ytterligare stöd härför.⁶⁸ Likaså förefaller det motiverat att i enlighet med Kallenegrs åsikt utgå från att särskilt stöd i lagen bör fordras för att en utfästelse att ej gå till högre rätt skall kunna tillerkännas juridisk betydelse. Men finns det skäl att tillmäta sådana omständigheter någon vikt i ett läge där det just är ett lagstiftningsproblem som står under debatt?

Såsom motivering för ett jakande svar på sistnämnda fråga skulle möjligen kunna sägas följande: En utfästelse att ej gå till högre instans är påtagligt likartad med en utfästelse att ej hänskjuta tvist till domstol. I båda fallen avstår man ifrån en »processuell rättighet» som staten i rättssäkerhetens intresse tillerkänner medborgarna. Om man nu utgår ifrån att en utfästelse att ej hänskjuta tvist till domstol skall vara ogiltig så kan det knappast vara lämpligt att godtaga en utfästelse om att fullföljd ej skall få ske, i varje fall ej om denna utfästelse gjorts innan tvist uppkommit.

Kan då ett sådant resonemang som det i sista stycket återgivna anses beaktansvärt? För att den frågan skall kunna besvaras måste vi först söka komma till klarhet om orsakerna till att en utfästelse att ej gå till domstol bör anses ogiltig.

Detta kan ur vissa synpunkter tyckas förvånansvärt. En affärsman har ju full frihet att uppges sin »materiella rätt».

⁶⁷ KALLENBERG, De ordinära devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen, s. 111 ff.

⁶⁸ Se rättsfallet SvJT 1950 s. 277 samt WELAMSONS kommentar härtill i SvJT 1953 s. 686.

Han kan exempelvis överlåta alla sina rättigheter enligt visst kontrakt; lagen skyddar honom därvid icke, annat än i mycket speciella fall, mot oförstånd. Om en sådan överlåtelse skett saknar affärsmannen möjlighet att föra talan angående de prestationer som nämns i kontraktet; likaså saknar han talerätt i förhållande till tredje man. Antag nu att affärsmannen i stället skulle — utan att uppge sin »materiella rätt» — förbinda sig att icke inför domstol eller skiljenämnd föra talan angående de prestationer som kontraktet avser. Innebörden härav skulle då vara att vederbörande skulle sakna talerätt i förhållande till viss person, nämligen avtalskontrahenten, under det att han skulle vara bibehållen vid sin talerätt i förhållande till tredje man (exempelvis en utomstående person som orsakat skada). Tydligt skulle det här vara fråga om en mindre vittgående eftergift än i det nyssnämnda fallet. Hur kan det då motiveras att en sådan, mindre vittgående, eftergift anses sakna juridisk betydelse?

Motiveringen måste vara denna: Utfästelser varigenom en talerätt uppges kan ej anses tjäna något beaktansvärt samhällsintresse.⁶⁹ Det måste sålunda anses obehövt att tillerkänna sådana utfästelser juridisk betydelse. Därtill kommer att sådana utfästelser ofta skulle kunna leda till att en svagare part bleve utlämnad åt en starkare parts godtycke — och detta utan att den svagare parten vid avtalets ingående vore klart medveten om de risker han iklädde sig. Han skulle säkerligen ofta utan vidare överväganden falla till föga för motpartens förespeglingar om att inga friktioner i avtalsförhållandet behövde befaras och att det vore onödigt att »blanda in domstolarna» i saken. — Det är sålunda icke blott obehövt utan vore även ur rättssäkerhetssynpunkt betänkligt att anse utfästelser av sådant slag för giltiga.

Det kan nu konstateras att ingen av dessa betänkligheter med ens tillnärmelsevis samma styrka gör sig gällande såvitt angår utfästelser varigenom en fullföljdsrätt uppges. Det kan ej råda något tvivel om att sådana utfästelser kan bäras upp av ett påtagligt samhällsintresse. Vidare är det uppenbart att riskerna för missbruk här är långt mindre än då det

⁶⁹ Se HJELTE, Foreningsvoldgift, s. 56.

gäller utfästelser om utesluten talerätt. Möjligheten till rättegång i en instans⁷⁰ torde vara fullt tillräcklig såsom korrektiv mot illegitima bruk av privata maktmedel. Och risken för missförstånd om konsekvenserna av ett avtal om utesluten fullföljdsrätt är obetydlig.

Under sådana förhållanden måste det konstateras att det ej finns någon orsak att betrakta den svenska rättens inställning till avsägelser av talerätt såsom något argument för en försiktig rättspolitik då det gäller avsägelser av fullföljdsrätt. Det mycket oklara talet om processuella rättigheter och om förbud mot förfoganden över sådana bör, i den mån det avser annat än sådana realiteter som de nu nämnda, anses sakna intresse för diskussionen.

b) Lagrådet synes vid sitt ställningstagande ha lagt särskild vikt vid *risken för att utfästelser, gjorda innan tvisten uppstått, sker av oförstånd*.⁷¹ Om man skall granska detta argument måste man till en början ta ställning till följande fråga: Under vilka förutsättningar kan en utfästelse av ifrågavarande slag karakteriseras såsom »oförståndig»?

En möjlighet vore att man såsom oförståndig skulle beteckna en utfästelse som, sedan väl tvist uppkommit, framstode såsom oförmånlig för vederbörande part. Men detta kan icke vara riktigt. I så fall skulle man såsom förståndiga kunna beteckna endast onödiga utfästelser, d. v. s. utfästelser som lika gärna skulle ha kunnat anstå tills tvisten aktualiserats, eftersom det endast kunde vara fråga om fall där det på detta stadium låge i båda parternas intresse att processa i blott en instans. Om man över huvud taget skall kunna tänka sig att tillerkänna juridisk betydelse åt ett avtal av ifrågavarande slag måste man såsom en självklarhet acceptera att avtalet kan komma att medföra olägenheter för den ena eller den andra parten. Om det skall vara någon mening i att söka bedöma huruvida kontrahenterna handlade förståndigt eller oförståndigt då de ingick avtalet, så måste

⁷⁰ Jag bortser i det närmast följande från möjligheten till förhandsöverenskommelse om att fullföljd icke skall få ske mot *hovrätts* dom och tar sålunda sikte endast på det fall som aktualiseras av RB 49: 1.

⁷¹ Proposition nr 5/1942, s. 234.

bedömningen uteslutande ta sikte på den situation som förelåg vid avtalstillfället.

Men under vilka förutsättningar kan en person sägas vid avtalstillfället ha handlat oförståndigt? Att märka är att ett avtal om utesluten fullföljdsrätt ej, då det är ömsesidigt, kan anses innebära att den ena parten på något sätt underkastar sig den andra parten. Det finns nämligen ingen anledning att antaga att just underrätterna skulle ha någon särskild benägenhet att ge favörer åt den ena eller den andra parten. I så fall måste man med oförstånd avse en relativ underskattning av det intresse som parten kan ha av att särskilt starka rättssäkerhetsgarantier står till buds eller en relativ över-skattning av det intresse han kan ha av att ett snabbt och någorlunda billigt avgörande kan åvägabringas. Men om vilka situationer kan det utan tvekan sägas att en sådan felbedömning skett?

Det kan vara av intresse att reflektera över följande typfall.

Ett företag säljer i stor skala en artikel till enskilda köpare. Företaget anser sig ha ett betydande intresse av att ej behöva kalkylera med att eventuella tvistigheter mellan köpare och säljare skall behöva förorsaka tidsödande, vidlyftiga rättegångar i två eller tre instanser. Risken för att oriktiga, för säljaren oförmånligen underrättsdomar i vissa fall kommer att meddelas och vinna laga kraft bedöms såsom mindre väsentlig med hänsyn till affärsverksamhetens stora omfattning. Köparen föreläggs ett standardkontrakt, innehållande en klausul av följande lydelse: »Tvister i anledning av detta avtal skall hänskjutas till Stockholms rådhusrätt. Rådhusrättens dom får ej överklagas.»

Handlar köparen oförståndigt därest han godtar denna klausul (som här förutsättes vara giltig)? Möjligen skulle det kunna sägas att så är fallet. Det skulle nämligen kunna göras gällande att köparen borde resonera på följande sätt: »För mig är det inte fråga om någon affärsverksamhet av stor omfattning. Om en oriktig, för mig ofördelaktig underrättsdom ges, så kan jag inte slå ut den därav föranledda förlusten på något större antal fall. Jag har därför betydligt starkare skäl än säljareföretaget att gardera mig mot risken av att en underrättsdom kan bli felaktig. Och jag behöver inte ha så stora betänkligheter mot att en eventuell process skulle

bli tidsödande, ty processen skulle säkerligen bli en engångsföreteelse i mitt liv och den skulle inte behöva hindra mig i min yrkesverksamhet.»

Otvivelaktigt kan en köpare mången gång göra klokt i att resonera på detta sätt och därför avböja att ge efter på rätts-säkerhetsgarantierna. Men det vore säkerligen att gå för långt om man skulle säga att det här föreläge en typisk intresse-motsättning mellan storföretagen och den enskilde köparen. Mången gång kan just den senare ha särskilt intresse av att en vidlyftig rättegång icke skall behöva befaras — han kan exempelvis ha skäl att räkna med att han ej, ens om han skulle vinna processen, skulle komma att få kompensation för den tidsförlust och det besvär som processen vållat honom.⁷² Över huvud taget måste man säga att det här är fråga om ett avvägningsspörsmål som är så subtilt att det knappast någonsin kan vara skäl att tala om något mera kvalificerat oförstånd. Det är därför tvivelaktigt om det finns anledning för lagstiftaren att just i detta fall rycka till de oförståndigas undsättning.

Men än vidare: Låt oss trots allt utgå ifrån att man här hade att göra med en betydande och beaktansvärd risk för oförståndiga utfästelser. Då uppkommer frågan: finns det skäl att anse risken för oförstånd mer beaktansvärd i detta sammanhang än då det gäller utfästelser om att framtida tvist skall överlämnas till skiljemäns avgörande?

En sådan åsikt kan knappast anses befogad. Många skäl talar tvärtom för att risken för oförståndiga skiljeklausuler är långt mer betydande än den risk som skulle kunna vara förenad med uppgivelser av fullföljdsrätt. En skiljeklausul kan innehålla — och innehåller faktiskt ofta — särskilda bestämmelser, exempelvis om skiljenämndens sammansättning, som uppenbarligen är till fördel för den ena parten och till

⁷² Det kan också tänkas fall där *företagaren* råkar i en prekär situation till följd av förbudet mot överklagande. Exempelvis kan det tänkas att Stockholms rådhusrätt i en hel serie fall begagnar en praxis som är till nackdel för företagaren och som han skulle ha stort intresse av att få underkastad prövning i överrätt. Emellertid är att märka att företagaren i en sådan situation ofta kan förmå någon köpare att avstå från att göra invändning om rättegångshinder varigenom rådhusrättens praxis trots kontraktsbestämmelserna kan komma under högre rätts bedömande.

nackdel för den andra; det kan ofta utan tvekan fastslås att sistnämnda part redan vid avtalstillfället borde, om han hade varit förståndig, ha insett detta.⁷³ Visserligen skulle det kunna sägas att en skiljeklausul såtillvida ställer parten i ett bättre läge som han har möjlighet att i vissa fall få en skiljedom försatt ur spel (enligt 20 och 21 §§ SkmL), men dessa möjligheter är snävt begränsade och deras förefintlighet kan ej jäva helhetsintrycket av att skiljeförfarandet är förenat med mer betydande risker för en oförståndig part. Det kan f. ö. förtjäna påpekas att, sedan en skiljedom givits, någon möjlighet till begagnande av extraordinära rättsmedel ej står till buds⁷⁴ under det att sådan möjlighet finge förutsättas kvarstå i det fallet att parten, innan tvist aktualiserats, förklarat sig avstå från rätten till ordinär fullföljd.⁷⁵

Det finns heller ingen anledning att tro att processlagberedningen eller lagrådet skulle ha hyst den åsikten att skiljeavtal vore mindre riskabla än avsägelser av fullföljdsrätt.⁷⁶ Men i så fall är det icke oförståndet i och för sig som är det centrala utan den omständigheten att oförståndet skulle ge upphov till en fullföljdsbegränsning som avsåge just det ordinarie förfarandet. Och därmed aktualiseras andra argument.

c) Möjligen kan lagrådet ha ansett det vara olämpligt eller åtminstone *onödigt att låta fullföljdsreglerna korrespondera med de skiljerättsliga reglerna* i nu aktuellt hänseende. En sådan åsikt skulle kunna uttryckas på exempelvis följande sätt: »Det ordinära domstolsförfarandet bör i särskilt hög

⁷³ Exempel härpå torde kunna hämtas särskilt från föreningsrätten. Se härom HJELLES båda arbeten *Frivillig Voldgift och Föreningsvoldgift* samt BERGLUNDS uppsats i SvJT 1942 s. 193 ff.

⁷⁴ Se GÄRDE i SvJT 1945 s 292. Jfr, såsom exempel på avvikande anordning, den tyska ZPO § 1041.

⁷⁵ Att avtal enligt nu gällande RB 49: 1 icke bör anses avskära parterna från rätten att begagna extraordinära rättsmedel har framhållits av lagrådet i dess kommentar till RB 49 kap. (Proposition nr 5/1942, s. 234). Se även HASSLER, *Den nya rättegångsbalken, Förra delen*, s. 348.

⁷⁶ Se särskilt följande uttalande av PLB (s. 47): »... skiljemannaförfarandet ... torde med hänsyn till garantierna för avgörandets tillförlitlighet i många fall vara underlägset ett domstolsförfarande».

grad präglas av rättssäkerhetsgrundsatser. Parterna har att välja mellan att utnyttja detta domstolsförfarande och att begagna sig av ett alternativt förfarande av privat karaktär. Staten har icke något ansvar för detta privata förfarandes gestaltning: om en person av oförstånd underkastar sig detta, så är intet att göra häråt; om han däremot av oförstånd förfogar över en 'processuell rättighet' som staten garanterar sina medborgare så kan det inte tas för givet att förfogandet skall få juridisk betydelse.»

Av skäl som berörts tidigare⁷⁷ kan emellertid ett sådant resonemang ej utan vidare godtagas. Skiljeförfarandet måste accepteras såsom en samhälleligt nyttig institution. Att förfarandet i vissa avseenden har en mer privat karaktär än den ordinära processen beror på uppenbara lämplighetsskäl. Dessa skäl talar dock ingalunda för att skiljeförfarandet i alla avseenden skulle vara undandraget från statlig kontroll; något sådant vore en ren absurditet. Det vore ur principiell synpunkt icke någon orimlighet om en lagstiftare skulle deklarerat att skiljeavtal, avseende framtida tvister, vore att betrakta såsom ogiltiga.⁷⁸ Det förhåller sig helt enkelt på det sättet att en sådan anordning av flera skäl vore praktiskt olämplig. Om man nu menar att problemet om eftergift av fullföljdsrätt i den ordinära processen bör lösas enligt en annan modell så räcker det ej såsom skäl för denna åsikt att hänvisa till generella omdömen om olikheter mellan process och skiljeförfarande. Frågan är om en olikhet i regelsystemet är motiverad just i detta fall.

Emellertid skulle följande, mera preciserade, argument kunna skjutas fram: »Det har mindre samhällelig betydelse om en skiljedom blir oriktig än om detsamma inträffar med en domstolsdom. I senare fallet kommer nämligen icke blott domstolsledamöternas personliga anseende utan även i viss mån domstolssystemets prestige att ställas på spel. Detta gör att man inte utan vidare kan acceptera att en part på förhand uppger sin rätt att fullfölja talan mot en domstolsdom under det att man gott kan anse det vara partens ensak hur han

⁷⁷ Ovan, s. 41 f. och 59 ff.

⁷⁸ Detta skulle innebära en återgång till ett system som tidigare varit rådande bl. a. i Frankrike. Se DILLÉN, Bidrag till läran om skiljeavtalet, s. 83 f.

vill förhålla sig då det gäller en skiljedom.» Lagstiftaren skulle alltså hindra parterna från att träffa en överenskommelse, varigenom ett framtida missnöje bleve utan relevans. Och detta skulle ske i syfte att sådant missnöje skulle kunna utnyttjas som en regulator och därigenom bidra till att höja rättsordningens anseende! Resonemanget kan tyckas en aning långsökt och en smula cyniskt, men det kanske inte kan frångämnas all betydelse. Dock må man märka att redan gällande rätt ger parterna möjlighet att träffa avtal före domen om att överklagande ej skall få ske — nämligen under förutsättning att »tvist uppkommit». En utvidgning av möjligheten till förhandsavtal skulle sålunda ej i detta sammanhang öppna några nya principiella perspektiv. Utvidgningen skulle förmodligen medföra att det oftare komme att inträffa att en oriktig underrättsdom bleve bestående. Men om en underrätt givit en felaktig dom så kan naturligtvis detta ge anledning till kritik helt oberoende av om domen kan överklagas eller icke. Att felaktigheten ej kan rättas till är naturligtvis än mer betänkligt men om detta uteslutande beror på att parterna avstått från rätten att överklaga så vore det mycket kortsynt att ytterligare lasta staten eller »domstolssystemet» härför.

Naturligtvis är det dock tänkbart att en eller annan kortsynt person faktiskt skulle komma att kverulera över staten eller domstolssystemet av nu antydda skäl. Och möjligt är att detta i och för sig skulle kunna minska allmänhetens aktning för domstolarna. Men i gengäld kanske man kan räkna med att underrätterna skulle vinna ökad prestige genom att i viss mån upphöra att fungera såsom passagedomstolar för att i stället bli definitivt dömande domstolar.

d) Ett annat argument som förtjänar uppmärksamhet är följande: Därest överenskommelser om att ej vädja tillerkändes giltighet och bleve ofta förekommande så bleve konsekvensen att man i framtiden *ej i lika hög grad som nu kunde utnyttja rättspraxis* såsom vägledande för handlingsvanorna inom affärslivet.⁷⁹

⁷⁹ Se Överläggningar inför chefen för justitiedepartementet den 5—10 juni s. 206, LINDHAGENS inlägg.

Det synes mig emellertid diskutabelt om argumentet är beaktansvärt. Kan det vara rimligt att tvinga två parter att avstå från en ur bådas synpunkt fördelaktig förhandsöverenskommelse blott därför att deras fall kan — därest möjligheten till överklagande hålles öppen — komma att bli av vägledande betydelse för andra? Borde icke överdomstolarna i stället inrikta sig på att ge vägledning åt affärslivet genom mer utförliga principuttalanden i anknytning till de mål som parterna enats om att underställa dem?⁸⁰ Borde icke över huvud taget överrättsjuristernas arbetskapacitet i större omfattning än nu tagas i anspråk för behandling av teoretiska rättsproblem? — Detta är frågor som här blott kan ställas. Men redan den omständigheten att det finns skäl att ställa dem visar, tycks det mig, att det åsyftade argumentet har tvevelaktigt värde.

Vidare är det uppenbart att argumentet alls icke har något avseende på de fall där parterna blott står i valet mellan att ingå ett skiljeavtal och att sluta en överenskommelse om att ej vädja. Dessa fall kan under inga omständigheter komma att få prejudikatvärde. Argumentet har endast relevans för sådana — ur prejudikatsynpunkt intressanta — fall i vilka situationen är sådan att parterna under alla förhållanden skulle ha valt domstolsvägen, att parterna innan tvist uppstod önskade ingå avtal om att fullföljd ej skulle få ske och att åtminstone den ena parten, sedan väl dom givits, var benägen att överklaga. Sådana fall kan förvisso ej sägas sakna praktisk betydelse, men de kan knappast antagas få så stor frekvens att hänsynen till dem borde få bli av dominerande betydelse i detta sammanhang.

e) Gentemot processkommissionens och processlagberedningens förslag om att hovrätt i vissa fall skulle tjänstgöra såsom första instans för handelsmål hävdades, från många

⁸⁰ Denna fråga sammanhänger med den större frågan om »viktningen» av skilda delar av det kunskapsmaterial som står till förfogande vid rättsskipningen. Se härom närmare nedan s. 89 ff. Det i just detta sammanhang mest aktuella spørsmålet är följande: Borde man icke acceptera en ordning, enligt vilken domstolsuttalanden tillmäts vägledande betydelse även i den mån de faller utanför ramen för »ratio decidendi»?

håll med stor skärpa, att det vore ödesdigert om underrätterna förvandlades till bagatelldomstolar.⁸¹ En rubbning av instansordningen i fråga om handelsmålen skulle, menade man, innebära ett steg i den riktningen. — Mot bakgrund härav framstår följande invändning såsom väsentlig: Den diskuterade reformen skulle stöta på vissa motsvarande betänkligheter. Ty om det bleve vanligt att handelsmål hänskötas till eninstansförfarande vid de större rådhusrätterna så skulle *övriga underdomstolar i betydande mån försättas ur spel*.⁸²

Det är svårt att bilda sig en uppfattning om vikten av denna invändning. Prorogationsavtal kan redan nu (enligt RB 10: 16) ingås med avseende på framtida tvister, »härflytande ur angivet rättsförhållande». Sådana avtal skulle säkerligen bli vanligare om de kunde förenas med avtal om fullföljdsförbud, men det är knappast möjligt att avgöra hur mycket vanligare de skulle bli. Lika svårt är det att ge svar på följande frågor: Om nu prorogation till de stora rådhusrätterna bleve vanligare, i vad mån skulle detta komma att innebära att mål rycktes bort från övriga underrätter? Och i vad mån skulle det komma att innebära att mål rycktes bort från skiljedomstolarna?

Försiktigtvis skall jag fortsätta resonemanget utifrån den förutsättningen att ifrågavarande invändning är tungt vägande. Vilka konsekvenser bör i så fall följa?

En möjlighet vore att man finge säga sig: Under sådana förhållanden måste reformtanken falla! I så fall finge man förmodligen acceptera skiljeförfarandet såsom det i framtiden dominerande medlet för lösning av handelstvisterna. Nackdelarna härav har tidigare berörts. En annan möjlighet vore att man skulle resonera på följande sätt: Då det nu visar sig att även en sådan reform som denna kan beräknas leda till att underrätterna i stor omfattning försätts ur spel — och då man därjämte utgår ifrån att läget är sådant att en reform av ena eller andra slaget är starkt motiverad — så borde man ånyo överväga huruvida icke den lämpligaste lös-

⁸¹ Jfr ovan s. 52 ff.

⁸² Se Överläggningar inför chefen för justitiedepartementet den 5—10 juni 1939, s. 211, EKEBERGS inlägg.

ningen vore att ge möjlighet till ett eninstansförfarande i hovrätt.⁸³ Ett dylikt förfarande skulle i så fall kunna anordnas exempelvis på det sätt som processlagberedningen föreslagit, dock med den förändringen att man tillerkände giltighet även åt avtal om utesluten fullföljdsrätt vilka träffats innan tvist uppkommit.

Detta resonemang tycks mig ha goda skäl för sig. Emellertid skulle jag vilja påpeka följande. Om man nu godtar resonemanget så följer ej nödvändigtvis därav att man behöver ställa sig kritisk till tanken på att förhandsöverenskommelser skulle kunna träffas om eninstansförfaranden vid underrätterna. Ty varför skulle man icke kunna låta underrätterna åtminstone konkurrera med hovrätterna i detta sammanhang? Antag exempelvis att två köpmän, bosatta långt från närmaste hovrättsort, skulle vilja i ett avtal inrycka en bestämmelse om att eventuella framtida tvister i anledning av avtalet blott finge prövas i en instans. Antag vidare att parterna vore ense om att den närmast belägna härads- eller rådhusrätten vore lämpligt forum. Varför skulle de då tvingas att antingen avstå från tanken på domstolsförfarande och i stället ingå skiljeavtal eller att såsom behörig domstol utpeka hovrätten som kanske är belägen tiotals mil därifrån?⁸⁴ Jag kan icke finna några bärande skäl härför.

Det tycks mig sålunda finnas gott fog för den åsikten att en reform, avseende RB 49: 1 och 54: 1, skulle vara motive-rad även för den händelse att ett särskilt förfarande med hovrätt såsom första instans bleve ställt till affärslivets förfogande. Och om så är fallet borde det otvivelaktigt vara lämpligast att, om en radikal reform ej nu kan genomföras, såsom ett första steg genomföra den mer begränsade reform som här debatterats. Man skulle i så fall kunna låta den framtida händelseutvecklingen få bli avgörande för om det borde stanna vid denna reform eller om nya utvägar sedermera borde prövas.

⁸³ Se EKEBERGS i föregående not omnämnda inlägg. Se även PLB:s uttalanden i SOU 1944: 10, s. 10.

⁸⁴ Hovrättsting utom hovrättens förläggningsort (RB 2: 5) kan naturligtvis ej hållas i så stor utsträckning att frågan om avstånden kommer att förlora praktisk betydelse.

Om man anser att ömsesidig avsägelse av fullföljdsrätt bör kunna med avsedd verkan ske även på detta tidiga stadium — innan »tvist uppkommit» — så återstår följande fråga: I vilka typer av mål borde en sådan ordning gälla?

Till en början är att märka att diskussionen endast rör sig om de dispositiva tvistemålen.⁸⁵ Beträffande sådana mål framstår — mot bakgrund av gällande lag och med hänsyn till de av processkommissionen och processlagberedningen framställda förslagen — följande alternativ såsom liggande närmast till hands:

1) Reformen kunde avse alla slags dispositiva tvistefrågor, »härflytande ur angivet rättsförhållande».

2) Reformen kunde avse alla slags frågor av nyssnämnd typ utom sådana för vilka särskilda forumregler uppställts.⁸⁶

3) Reformen kunde avse vissa särskilt angivna typer av tvistefrågor.⁸⁷

Många skäl tycks mig tala för att det första alternativet skulle vara det mest tillfredsställande. RB 49: 1 och 54: 1 gör för närvarande ingen skillnad — såvitt angår utfästelser »sedan tvist uppkommit» — mellan olika typer av dispositiva mål: den i nämnda paragrafer gjorda begränsningen tar sikte på tidpunkten för utfästelsen, ej på tvistefrågans typ. Ej heller görs i SkmL någon åtskillnad inom de dispositiva tvistemålens grupp. Om man verkligen skulle åsyfta att ge domstolarna möjlighet att konkurrera med skiljeförfarandet så borde det ligga närmast till hands att låta konkurrensen gripa in över hela fältet.

Ett eventuellt val mellan alternativen 2) och 3) — som skulle aktualiseras därest man ansåge det första alternativet oantagbart — bleve beroende av hur man ansåge sig böra bedöma intresset av att lagsystematiken är enkel och överskådlig. Alternativet 2) skulle medge en enklare systematik än alternativet 3). Å andra sidan skulle alternativet 3) erbjuda större möjligheter till särskilt beaktande av de rättssäkerhetsintressen som det här kan vara fråga om. Dessa intressen är

⁸⁵ Beträffande indispositiva tvistemål se PLB s. 509.

⁸⁶ Se PLB:s motivering (s. 90) till den föreslagna bestämmelsen 2: 2, andra punkten.

⁸⁷ Se SOU 1944: 10, s. 9, 461 f., 469 och 471.

endast delvis identiska med de intressen som lagstiftaren haft att beakta vid konstruktionen av forumreglerna i RB:s 10 kapitel.

Slutsatsen av det här (under rubriken C) förda resonemanget blir att RB 49: 1, tredje stycket, och 54: 1, tredje stycket, borde ändras. Det förstnämnda lagrummet borde — om anknytning skall ske till den gällande bestämmelsens språkbruk — erhålla förslagsvis denna lydelse:

»Har part, med avseende på uppkommen tvist eller med avseende på framtida tvist, härflytande ur angivet rättsförhållande, utfäst sig att ej fullfölja talan mot underrättens dom, och angår tvisten sak, varom förlikning är tillåten, vare utfästelsen gällande; utfästelse, som gjorts före domen, vare dock ej gällande med mindre den skett skriftligen⁸⁸ samt motsvarande utfästelse gjorts av motparten.»

RB 54: 1, tredje stycket, kunde erhålla samma lydelse, dock med den förändringen att ordet »underrättens» finge utbytas mot ordet »hovrättens».

D. Antydningar beträffande andra reformfrågor.

Affärsmännens obenägenhet att hänskjuta tvister till ordinär rättegång sammanhänger ej blott med risken för tidsförluster, även om denna orsak säkerligen är den mest betydelsefulla.⁸⁹ Om man skulle vilja öka domstolarnas konkurrenskraft i förhållande till skiljeförfarandet borde man därför möjligen överväga att genomföra även andra reformer än sådana som berörts i föregående avsnitt. Det kan ej här bli fråga om att närmare granska olika problem som i detta sammanhang ak-

⁸⁸ I 8 § av förslaget till lag om handläggning vid vissa rådhusrätter av handels- och sjöfartsmål (SOU 1944: 10, s. 471) upptog PLB ett krav på att, såvitt anginge »framtida tvist, härflytande ur angivet rättsförhållande», endast skriftlig utfästelse skulle gälla (jfr prorogationsbestämmelsen i RB 10: 16). Inga nämnvärda olägenheter torde vara förenade med att bestämmelsen om skriftlighet i likformighetens intresse göres tillämplig på varje utfästelse som sker före domen.

⁸⁹ Se t. ex. kommerskollegii uttalande, återgivet ovan å s. 56.

tualiseras — varje problem för sig skulle tarva en diger undersökning. Blott några antydningar skall göras.

Såsom understrukits av bl. a. DILLÉN⁹⁰ och AHRNBORG⁹¹ kan *rättegångens offentlighet* vara till stor nackdel för affärsman-
nen. Gällande lag (RB 5: 1) ger möjlighet till rättegång inom stängda dörrar blott i vissa undantagsfall — det i detta sammanhang viktigaste är det fallet att »anledning förekommer, att till följd av offentligheten yrkeshemlighet skulle röjas».

Man kan då fråga sig om det icke vore önskvärt att en reform genomfördes enligt vilken dispositiva tvistemål — eller vissa typer av sådana — skulle kunna, om parterna vore överens därom, handläggas inom stängda dörrar. Frågan är utan tvivel värd allvarligt övervägande.⁹² Påpekas bör att processlagberedningens argument för den av beredningen föreslagna, nu gällande, anordningen är föga övertygande. Beredningen säger: »Av den muntliga processen följer förhandlingens offentlighet.»⁹³ Mot detta uttalande kan invändas att blott vissa av de skäl som bär upp muntlighetsprincipen tillika kan anses utgöra skäl för att rättegången skall vara offentlig. Det kan ingalunda tas för givet att en sammankoppling av de båda frågorna är motiverad. Vidare må man märka att ett eventuellt tillgodoseende av partsönskemålen i fråga om hemlig rättegång ej nödvändigtvis skulle behöva innebära att även rättegångshandlingarna bleve hemligstämplade. Förmod-

⁹⁰ DILLÉN, Bidrag till läran om skiljeavtalet, s. 3.

⁹¹ SvJT 1950 s. 495.

⁹² Se EKELOF, Kompendium I, s. 95 f. Ekelöf förklarar sig icke kunna se några olägenheter av »att offentlighetsprincipen vore dispositiv i förmögenhetsrättsliga mål». — Man kan fråga sig om en överenskommelse om hemlig rättegång borde kunna ingås innan tvist uppkommit. Det kan möjligen sägas att skälen häremot är starkare än de skäl som kan anföras mot tillåtligheten av förhandsavsägelser av fullföljdsrätt (se ovan under C). Måhända förhåller det sig nämligen så att det ofta är blott den ena parten som har intresse av att förhindra offentlighet. Å andra sidan förefaller det knappast tilltalande att hot om offentlighet skall kunna utnyttjas såsom påtryckningsmedel. — Skulle icke behovet av skiljeförfarande i hög grad minskas, därest en klausul av följande lydelse vore giltig: »Tvister i anledning av detta avtal skall hän- skjutas till Stockholms rådhusrätt. Rättegången skall hållas inom stängda dörrar. Rådhusrättens dom får ej överklagas.»

⁹³ PLB s. 24. Se även PLB s. 109.

ligen skulle mycket vara att vinna även med en reform som begränsades därtill att själva förhandlingen droges undan från allmänhetens insyn. Ty den offentliga förhandlingen enligt vår nya rättegångsbalk kan förvisso vara påfrestande:

»Allt det som skrämmar bort affärsmannen från domstolen framträder nu i skärpt relief: offentligheten, som förr i avsevärd utsträckning neutraliserades av skriftligheten, kastar nu sitt strålkastarljus över den stora föreställning huvudförhandlingen är. I det drama, som utspelas på scenen, skall parten själv regelmässigt uppträda i en huvudroll, vars klimax nås i en utsaga under sanningsförsäkran...»⁹⁴

Man skulle emellertid kunna gå längre och ställa följande fråga: Vore det icke rimligt att parterna i den dispositiva civilprocessen finge större möjlighet att gestalta det processuella förfarandet efter egna, samstämmiga, önskemål? Kunde man icke, för att ta några evempel, beakta deras önskemål vid valet mellan muntlig och skriftlig förberedelse, vid ställningstagandet till huruvida parterna skall åläggas personlig inställelse och vid bedömningen huruvida vittnesattest skall få godtagas såsom bevismedel?

Här har vi kommit in på farligt område. Det kan te sig frestande att falla till föga för det argumentet att parterna borde ha möjlighet att anordna ett processuellt förfarande som i stor utsträckning präglas av deras samstämmiga önskemål. Men detta argument bör ej tillåtas spränga sönder den relativt enhetliga och för det stora flertalet fall lämpliga byggnad som den ordinära processen utgör. Det är bl. a. här som det visar sig att skiljeförfarandet har ett berättigande såsom alternativ.

E. I vad mån skulle reformer av här berört slag inverka på skiljeförfarandets gestaltning?

Låt oss nu förutsätta att den ordinära processen bleve reformerad i viss utsträckning, exempelvis såtillvida att den härövan under C) berörda reformen genomfördes. Vilka konsekvenser skulle detta få för skiljeförfarandets del?

⁹⁴ AHRNBORG i SvJT 1950 s. 495.

Reformen skulle naturligtvis, åtminstone i någon mån, inverka på skiljeförfarandets praktiska betydelse. Hur stor inverkan det kunde bli fråga om är svårt att bedöma, men låt oss beakta den i detta sammanhang intressantaste möjligheten: att en väsentlig minskning kunde konstateras i fråga om antalet tvister som överlämnades till skiljemäns avgörande.

Denna minskning skulle naturligtvis ej fördela sig lika på alla de slags fall som för närvarande hänskjuts till skiljemän. Intresset av att genom skiljeförfarande få möjlighet till snabba avgöranden skulle i framtiden bli mindre dominerande. Det skulle bli relativt vanligare att parternas motiv för valet av skiljeförfarande vore exempelvis en önskan om merkantil sakkunskap inom domstolen, en önskan om skriftligt förfarande eller en önskan om rättstillämpningsmetoder som avveke från de ordinära.

Särskilt sistnämnda eventualitet är av intresse med hänsyn till denna avhandlings huvudämne. Ty möjligt vore att frågan om skiljemännens rättstillämpningsmetoder finge andra aspekter i och med att man hade anledning förutsätta att partsönskemål om alternativa sådana metoder bleve relativt vanligare.

Jag betvivlar dock att det finns skäl för en sådan bedömning som den sist nämnda. Ty, såsom påpekats tidigare,⁹⁵ det kan icke vara fråga om att ange någon rättstillämpningsmetod som skulle kunna vara lämplig, helt generellt, för skiljeförfarandet såsom om detta utgjorde en enhetlig processform. Man kan icke resonera exempelvis på följande sätt: »Frågan är om skiljemännen skall döma efter gällande rätt eller om de skall döma efter 'billighet'; då man nu kan utgå ifrån att önskemål om billighetsavgöranden kommer att bli relativt vanligare i framtiden så utgör detta ett starkt skäl mot att skiljemännen skulle döma efter gällande rätt.» Ej heller tycks det mig finnas skäl att låta önskemålets relativa frekvens bli avgörande för valet av någon slags huvudprincip. Ty visserligen är en huvudprincip — en princip att följa där — est ej partsinstruktioner ger anledning till annat — behövt, men det kan ingalunda tas för givet att just frekvensförhål-

⁹⁵ Ovan, s. 21.

landena borde vara avgörande för valet av en sådan huvudprincip. — Min uppgift i det följande måste bli att förutsättningslöst angripa frågor sådana som dessa: Vilka olika rättstillämpningsmetoder skulle kunna tänkas vara ändamålsenliga i skilda slags situationer? Under vilka förutsättningar borde den ena eller den andra av dessa metoder begagnas av skiljedomstolarna?

KAPITEL II

VILKEN RÄTTSSKIPNINGSMETOD BÖR SKILJEMÄNNEN BEGAGNA?

§ 1. INLEDANDE ANMÄRKNINGAR

När man i litteraturen diskuterat vilken rättsskipningsmetod som skiljemännen bör begagna har man ofta ställt frågan på följande sätt: »Är skiljemännen bundna av den materiella rätten?»¹ Talet om »bundenhet» i detta sammanhang skulle lätt kunna framkalla en förmodan att problemet avsåge huruvida något slag av juridiska sanktioner (straff, skadestånd, skiljedomens ogiltighet eller hävbarhet) skulle stå till buds för den händelse att skiljemännen skulle ha dömt i strid mot den materiella rätten. Så har emellertid icke doktrinen sett saken. Man har genomgående diskuterat problemet om skiljemännens val av rättsskipningsmetod såsom fristående från sanktionsproblemet.² Detta torde också vara helt i sin ordning. Debatten bör i första hand syfta till att klarlägga vilka skäl som kan anföras för och emot olika slag av rättsskipningsmetoder; det kan betraktas såsom en fråga för sig vilka rättspolitiska medel som kan och bör begagnas för att få till stånd en faktisk ordning som svarar mot debattens resultat.

Men vad har man då avsett med att begränsa diskussionen till den »materiella» rätten? — Man har tydligen anknutit till den sedvanliga distinktionen mellan materiell rätt å ena sidan och processuell eller formell rätt å andra sidan. Denna

¹ Se t. ex. CONRADYS monografi »Ist der Schiedsrichter bei der Entscheidung eines Rechtstreits an das materielle Recht gebunden?» samt DILLÉNS uppsats i SvJT 1933 s. 15 ff.: »Äro skiljemän vid sitt avgörande bundna av den materiella rätten?». Se även följande uttalande av SCHÖNKE (Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 194): »Auch bis in die Gegenwart dauert der uralte Meinungsstreit darüber fort, ob und wie weit der Schiedsrichter an das materielle Recht im geschriebenen Gesetz gebunden sei.»

² Se t. ex. CONRADY, a. a. s. 7 och 13, samt DILLÉN, SvJT 1933 s. 26 ff.

distinktion är särdeles problematisk³ och kan ej utan närmare analys godtagas i förevarande sammanhang. Emellertid skall jag låta det anstå med en sådan analys⁴ och tills vidare nöja mig med att fastslå att det åtminstone i viss utsträckning är möjligt att betrakta frågan om tillämpning av materiell rätt — i en speciell mening — såsom fristående från frågan om tillämpning av processuell (eller formell) rätt. Antag exempelvis att skiljemän har att pröva en tvist som avser ett köpeavtal och att därvid uppkommer dels det spörsmålet huruvida skiljemännen bör följa vissa bestämmelser i köplagen och avtalslagen, dels det spörsmålet huruvida skiljemännen bör anpassa förfarandet efter vissa regler i rättegångsbalken. Sådana spörsmål kan åtminstone i viss utsträckning åtskiljas. Det är nämligen tydligt att ett skiljeförfarande kan anordnas på ett sätt som avviker från ordinära processformer utan att betingelserna för tillämpningen av köplagen och avtalslagen nödvändigtvis behöver bli förändrade — den processuella avvikelserna kan exempelvis bestå blott däri att man icke gör någon åtskillnad mellan förberedelse och huvudförhandling eller däri att man vidtar speciella åtgärder i samband med bevisupptagningen.

En antydning om nu berörda förhållande — och om min inställning till det huvudproblem som skall behandlas i den följande framställningen — har jag gjort redan tidigare, nämligen i den preliminära tes som framlades i början av första kapitlet:

»Huvudregeln bör vara att skiljemännen utför strikt rättstillämpning. Denna huvudregel bör frångås endast i två fall: dels det fallet att parterna samfällt instruerat skiljemännen om att någon alternativ, tillåtlig, rättsskipningsmetod skall begagnas, dels det fallet att parterna träffat överenskommelse om något processuellt arrangemang som omöjliggör eller väsentligen försvårar strikt rättstillämpning.»

Denna tes måste nu till en början preciseras i flera hänseenden. Därvid vore det möjligt att gå förbi det fundamentala problemet, problemet om innebörden av »strikt rättstill-

³ Problemet har ingående behandlats av OLIVECRONA i arbetet *Bevisskyldigheten och den materiella rätten*.

⁴ Se nedan, s. 153 ff.

lämpning», med den motiveringen att detta problem hör till den allmänna rättsläran och ej kan anses ha särskilda aspekter i detta sammanhang. I så fall skulle jag kunna nöja mig med att säga att skiljemännen, därest ej partsöverenskommelser föranledde till annat, borde använda samma rättsskipningsmetoder som de vilka de ordinära domstolarna förutsättes skola begagna.⁵ Och undersökningen skulle under sådana förhållanden kunna inriktas uteslutande på frågor sådana som dessa: Hur skall skiljemännen förfara därest parterna träffat avtal om annan sorts rättstillämpning än den som skulle brukas enligt huvudregeln: vilka typer av instruktioner skulle kunna tänkas ha praktisk betydelse och under vilka förutsättningar borde skiljemännen följa dessa instruktioner? Vilka rättsskipningsmetoder bör begagnas då skiljedomstolen helt eller delvis består av lekmän? Hur skall förfaras om parterna instruerat skiljemännen om att dessa skall avkunna dom inom så kort tid att omsorgsfulla rättsliga överväganden ej hinns med?

Emellertid är det tydligt att sådana frågor som dessa ej kan behandlas på ett tillfredsställande sätt annat än mot bakgrund av en klart fixerad ståndpunkt till vissa av den allmänna rättslärans grundproblem. Och jag har på denna punkt ej ansett mig kunna stanna vid att blott hänvisa till någon av de skiftande åsikter som framställts i litteraturen. Det sätt varpå jag sökt bestämma innebörden av skilda slags alternativa rättsskipningsmetoder skulle nämligen framstå såsom godtyckligt därest jag icke gäve åtminstone en summarisk redovisning för mina åsikter om innebörden av det som jag kallar »strikt rättstillämpning».

§ 2. STRIKT RÄTTSTILLÄMPNING KRÄVER ATT DOMAREN BASERAR AVGÖRANDET PÅ ETT KUNSKAPSMATERIAL VARS OLIKA DELAR HAN »VIKTAT» ENLIGT EN BESTÄMD METOD

Låt oss i det följande förutsätta att vi har att göra med en skiljeman som saknar juridisk utbildning och som där-

⁵ Jfr följande uttalande av AUGDAHL (Norsk civilprosess, s. 410): »Er intet annet avtalt, må voldgiftsavtalen forståes derhen at voldgiftsmennene skal holde sig til lov og rett på samme måte som en virkelig domstol.»

för har anledning att ställa en del frågor som kan tyckas tämligen elementära från juridisk synpunkt. Låt oss vidare utgå från att denne skiljeman har en bestämd motvilja mot alla andra argument än sådana som han finner acceptabla utifrån en naturvetenskapligt präglad verklighetsuppfattning.

Denne skiljeman har nu ställts inför uppgiften att fungera såsom domare⁶ i en tvist som angår en invecklad affärstransaktion. Och han har blivit uppmanad att lösa sin uppgift genom att utföra »strikt rättstillämpning». Han reflekterar över vad som närmare bestämt kan avses med denna anvisning.

Hans första fundering kanske rör sig om uttrycket »tillämpning». Antag att han resonerar på följande sätt: »Att jag skall 'tillämpa' strikt rätt måste vara liktydigt med att jag vid lösandet av min uppgift skall *låta mig ledas av kunskap* om 'rätt'. Och att det är just 'strikt' rättstillämpning som jag skall utföra måste innebära att jag skall förskaffa mig så grundliga kunskaper som möjligt och att jag så omsorgsfullt som möjligt skall låta dessa kunskaper inverka på mitt handlande.»⁷

Är då detta en rimlig utgångspunkt? Kan det vara riktigt att betrakta frågan om strikt rättstillämpning såsom en fråga om kunskap samt om vilja och förmåga att låta sig ledas av kunskap? — Till en början måste fastslås att detta naturligtvis är riktigt *åtminstone delvis*. Och under sådana förhållanden tycks det mig som om det skulle vara av intresse att fullfölja skiljemannens resonemang ända fram till den punkt — om en sådan punkt påträffas — där resonemanget ej längre kan anses tillfyllest.

Skiljemannen framställer då vidare följande fråga: »Vad avses med 'rätt' i detta sammanhang; vari består närmare bestämt det kunskapsmaterial som jag skall beakta?» — På denna fråga kan han av en jurist få exempelvis det svaret att

⁶ Jag kommer i det följande att, där icke annat framgår av sammanhanget, med »domare» avse även skiljemän.

⁷ Se OLIVECRONA, Bevisskyldigheten och den materiella rätten, s. 149 ff., där han framhåller att »rättsreglerna» måste vara »regler för domarens handlande».

med »rätt» i detta sammanhang skall avses vad som inom juridiken kallas »gällande rätt»: det är de i gällande rätt ingående »rättsreglerna» som skiljemannen skall tillämpa! — Men är detta verkligen ett svar som skiljemannen från sin utgångspunkt kan godtaga?

Om denna fråga skall kunna besvaras måste det först fastställas vad som skall menas med gällande rätt. Därmed råder delade meningar. Låt oss emellertid till en början begagna uteslutningsmetoden och ange vissa sakförhållanden som under inga omständigheter bör kunna åsyftas med en utsaga om att gällande rätt har visst innehåll. Med en sådan utsaga bör icke kunna åsyftas det förhållandet att gällande lag (lag som blivit promulgerad och icke blivit upphävd) har viss språklig lydelse. Det förutsättes nämligen att det skall kunna finnas gällande rätt även på sådana områden som lämnats öppna av lagen;⁸ det förutsättes t. o. m. att lagen skall kunna ha försatts ur spel av gällande rätt. Vidare bör icke kunna åsyftas det förhållandet att högsta domstolen eller någon annan myndighet i något tidigare fall eller i en serie av tidigare fall företagit vissa åtgärder eller gjort vissa uttalanden. Sådant förutsättes nämligen kunna ha skett i strid mot gällande rätt; därtill kommer att gällande rätt förutsättes kunna ha ett annat innehåll just vid den tidpunkt då uttalandet om gällande rätt göres än vad som var fallet då vederbörande myndighet företog sin åtgärd eller gjorde sitt uttalande.⁹ Självklart är slutligen att man icke kan åsyfta det förhållandet att

⁸ Det förekommer ofta att »gällande rätt» användes såsom synonym till »gällande lag». Så synes exempelvis vara fallet i följande uttalande (SOU 1955: 19, s. 10): »De sakkunniga ha verkställt ingående undersökningar av gällande rätt och praxis på det område deras uppdrag avser . . .». Likaså torde det vara vanligt att med »rättsregel» åsyftas »lagregel» eller, närmare bestämt, viss text i en lag. Exempelvis karakteriserar SCHMIDT i visst sammanhang 8 § skuldebrevslagen såsom en rättsregel (Festskrift tillägnad Nils Herlitz, s. 265). I en diskussion av här ifrågakvarande slag måste emellertid en åtskillnad göras.

⁹ Det torde förekomma (se t. ex. ett amerikanskt rättsfall, omnämnt av ECKHOFF i *Rettsvesen og rettsvitenskap* i U. S. A., s. 74) att man uppfattar prejudikat såsom *bevis* för vad »rätten är». Detta är uppenbarligen en helt orealistisk tanke.

någon juridisk författare framställt en åsikt om vad som är gällande rätt.¹⁰

Så mycket synes framgå av det sagda som att man med gällande rättsregler måste avse någonting i nuet. Men detta »någonting», vad är det? Är det kanske en ren fantasiföreställning som icke bygger på något verklighetsunderlag?¹¹ — Kanske följande svar kan ges?: En utsaga om gällande rätt har god mening om den utgör en förutsägelse om hur en domare skulle komma att handla därest han vid den tidpunkt varom fråga är hade att träffa ett avgörande i ett fall av den typ som utsagan åsyftar.¹²

Låt oss tills vidare förutsätta att sistnämnda definition är godtagbar. Skulle vår skiljeman i så fall kunna hämta någon ledning av gällande rätt? Nej, det vore orimligt att tänka sig att skiljemannen skulle kunna såsom vägledande för sitt handlingssätt utnyttja någon slags kunskap om hur en domare skulle kunna beräknas döma om motsvarande fall vid samma tidpunkt vore förelagt honom. För en sådan beräkning skulle skiljemannen inte kunna ha något annat faktiskt underlag än det som stod honom till buds då han reflekterade över sin egen belägenhet:¹³ han kan ej vinna ökad kun-

¹⁰ Se härtill GIERL, *Studier i internationell rätt*, s. 289.

¹¹ Se exempelvis uttalanden av LUNDSTEDT i Obligationsbegreppet, senare delen, s. 91 f., samt i Gundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Band II: 2, s. 123 ff. Se även OLIVECRONA, *Om lagen och staten*, s. 47 ff., där den tesen utvecklas, att en regel endast förefinnes »som innehåll i intermittent uppdykande föreställningar hos olika individer» (s. 48).

¹² Se ROSS, *Om ret og retfærdighed*, s. 54.

¹³ Här bör uppmärksammas den teori om *rättsnormer* som framlagts av ROSS i hans i föregående not nämnda arbete. ROSS tar sin utgångspunkt i vissa jämförelser mellan rättsnormer och de normer som gäller för en schackspelare. Om dessa senare normer yttrar han sammanfattningsvis: »*Skaknormerne* er . . . det abstrakte ideindhold (af direktivisk karakter) der er fælles for spillerne og gør det muligt, som tolkningsskema, at forstå *skakfænomenerne* (trækhandlingerne og handlingsforestillingerne) som en menings- og motivationssammenhæng, et spil skak; og, sammen med andre faktorer, at forudsige spillets forløb indenfor visse rammer» (s. 26). Och rättsnormerna är, enligt den av ROSS uppställda arbetshypotesen, »det abstrakte normative ideindhold der, anvendt som tydningskema, gør det muligt at forstå retsfænomenerne (retslivet) som en meningsfuld sammenhæng af retshandlinger og indenfor visse grænser at forudsige retslivets forløb» (s. 41). Att normerna är i stand att

skap genom att länka sig en annan person försatt i samma belägenhet.

Är det då över huvud taget orealistiskt att tänka sig att det är en kunskapsfråga som skiljemannen ställts inför då han uppmanats att strikt tillämpa gällande rätt? Det förefaller som om en sådan slutsats skulle vara motiverad. För en sådan slutsats kan man också finna stöd i litteraturen. Ett intressant uttalande har gjorts av STRAHL:

»Det är . . . att fasthålla, att rättsreglerna icke existera i egentlig mening och att domarens verksamhet därför icke kan gå ut på att konstatera dem på samma sätt som naturforskaren söker konstatera det verkliga eller lagarna för detta. Däremot äro själfvallet uttrycken för rättsordningen, t. ex. lagens ord och förarbeten, tillgängliga för ett konstaterande av samma art som naturforskarens. Domaren måste emellertid sedan han sökt reda på dessa uttryck därav sluta sig till rättsreglerna och däri ligger det för hans verksamhet specifika. Han är därvid . . . mer eller mindre bunden, och på den grund är det försvarligt och kanske till och med lämpligt att kalla hans verksamhet för ett finnande av rättsreglerna.»¹⁴

Den i detta uttalande gjorda jämförelsen mellan domaren och naturforskaren tycks mig erbjuda åtskilligt av intresse. Låt oss emellertid, för att få tillfälle till mer preciserade jämförelser, förutsätta att det är fråga om att jämföra domaren med en naturvetenskapligt utbildad person som har

fungera som tydningschema beror enligt Ross därpå, »at de tilsvarende handleforestillinger opleves som forbindende i menneskers sind og effektivt dirigerer deres handlinger» (s. 42). Normerna efterleves »fordi de opleves som socialt forbindende» (s. 47).

Antag nu att vi skulle säga till skiljemannen att den till honom givna instruktionen om »strikt rättstillämpning» närmare bestämt innebär att han skall *efterleva* vissa rättsnormer. Skiljemannen skulle kunna anmärka: »Jag har, liksom alla andra människor, ett heterogent föreställningsinnehåll; jag kan icke annat än på ett tämligen godtyckligt sätt utdifferentiera vissa föreställningar som skulle ha egenskapen av rättsnormer.» — Det svar som Ross har att ge på denna anmärkning är, om jag uppfattat honom riktigt, följande: Det finns vissa »retlige fænomener» som utgör normernas »reale modstykke», nämligen »retsanvendelsen ved domstolene» (s. 47) — »Det er her den effektivitet må soges der definerer rettens gælden.» (s. 47). — Men om detta är det enda svar som kan ges, blir då icke konsekvensen att skiljemannen saknar anledning att över huvud taget bekymra sig om normerna?

¹⁴ STRAHL i SvJT 1941 s. 329.

till uppgift att omsätta sina kunskaper i praktiskt handlande. Låt oss exempelvis tänka oss att vi har att göra med en civilingenjör som har ställts inför uppgiften att lösa ett byggnadstekniskt konstruktionsproblem.¹⁵ Och antag att denne ingenjör fått följande uppmaning: »Ni skall tillämpa 'gällande byggnadstekniska principer'!» Kan det då icke sägas, om dessa principer lika väl som om rättsreglerna, att de »icke existera i egentlig mening»? Jo, det förefaller uppenbart att ett sådant uttalande är lika väl motiverat här som i det nyssnämnda fallet. Men antag då att vi fortsätter med parallellen och säger följande: »Civilingenjören har att skaffa sig kunskap om vissa faktiska omständigheter (t. ex. olika byggnadsmaterialiers hållfasthet); därav skall han sluta sig till 'gällande byggnadstekniska principer'.» — Civilingenjören skulle säkerligen reagera mot detta. Han skulle förmodligen säga: »Jag skall alls inte sluta mig till några gällande byggnadstekniska principer'. Jag skall sluta mig till hur konstruktionsproblemet bör lösas!» — Men skulle då icke domaren kunna resonera på motsvarande sätt? Det skulle i så fall innebära att han uttalade exempelvis följande: »Sedan jag skaffat mig kunskap om det som Strahl kallar 'uttrycken för rättsordningen', d. v. s. lagtext, rättsfall, uttalanden i doktrinen m. m., så skall jag icke ställa mig som uppgift att därav sluta mig till någon 'rättsregel'; jag skall ställa mig som uppgift att därav sluta mig till vilket innehåll domen bör få! Det är lika onödigt för mig att skjuta in 'gällande rätt' eller 'gällande rättsregler' mellan fakta och dom som vad det vore för ingenjören att skjuta in 'gällande byggnadstekniska principer' mellan fakta och ställningstagande.»

Vad skall man då säga om detta domarens uttalande? Det kan tyckas som om resonemanget måste vara bristfälligt i något hänseende. Men vari kan ett eventuellt fel bestå? Ligger felet däri att utgångspunkten för resonemanget — skiljeman-
nens ståndpunkt till innebörden av »tillämpning» — är ohållbar? Är det definitionen av gällande rätt som är felaktig? Eller består felet i att jämförelsen mellan domaren och civilingenjören är haltande i något hittills icke berört avseende?

¹⁵ Jfr EKELÖFS exempel i Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, s. 6 f.

Jag tror att vi kan vinna klarhet härom genom att ägna mer ingående uppmärksamhet åt vår skiljeman och åt beskaffenheten av hans dilemma. Vi har redan förutsatt att skiljemannen saknar juridisk utbildning. Vi bygger nu vidare på den självklara ytterligare förutsättningen att skiljemannen besitter — och har möjlighet att införskaffa — vissa kunskaper som från en förutsättningslös common sense-synpunkt kan te sig relevanta för honom i hans speciella belägenhet.

Skiljemannen har — eller kan skaffa sig — kunskaper om samhället och om däri förekommande handlingsvanor och värderingar. Han kan göra sig förtrogen med lagtexter som är »gällande» i den meningen att de promulgerats på vedertaget sätt och ej sedermera upphävts. Han kan vidare skaffa sig upplysningar om innehållet i domar som givits tidigare och om uttalanden som gjorts i lagmotiv, handböcker och annan juridisk litteratur och som avsett problem, likartade med det som han själv har att ta ställning till.¹⁶ I vissa fall kan skiljemannen utan tvekan säga sig att det kunskapsmaterial, som han på detta — enligt förutsättningen tämligen osystematiska — sätt förskaffat sig, ger skäl för att domen bör ha visst innehåll och ej ger skäl för att den borde ha något annat innehåll. Antag exempelvis att tvisten endast gäller huruvida ett avtal skall anses vara giltigt eller ogiltigt samt att det framstår såsom tydligt att den part som yrkat att avtalet skall ogiltigförklaras blivit, av den person som nu är hans motpart, tvingad medelst hot till livet att skriva under den handling varom fråga är. Skiljemannen måste då, oavsett om han beaktar hela det nyssnämnda kunskapsmaterialet eller blott någon — likgiltigt vilken — del därav, komma till den slutsatsen att avtalet bör förklaras ogiltigt. Hans situation kan jämföras med vilken som helst annan situation som karakteriseras därav att det är lätt att, på grundval av ett förefintligt kunskapsmaterial, välja den ena av två tänkbara handlingslinjer.¹⁷

¹⁶ Med termen »rättskällor» i vidaste mening kommer jag i det följande att beteckna hela det kunskapsmaterial varom här är fråga. Jfr termen »rätts-tillämpningsfakta» hos EKELOF, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 256.

¹⁷ Jfr härtill uttalanden av LUNDSTEDT i Grundlinjer i skadeståndsrätten.

Antag nu vidare att skiljemannen i ett sådant fall faktiskt har givit en dom vari det sägs att avtalet skall vara ogiltigt. Hur skall man karakterisera det som har skett i och med detta? Ett så vitt jag kan förstå alldeles adekvat uttrycks-sätt vore att säga att »skiljemannen handlat på ett sätt som framstår såsom odiskutabelt riktigt mot bakgrund av det kunskapsmaterial som stått honom till buds». Men kan man också säga att skiljemannen i detta fall tillämpat lagen? Ja, en sådan karakteristik är i varje fall riktig om man därmed avser att domen faktiskt överensstämmer med det handlings-mönster som givits i lagen, i detta fall särskilt 28 § avtals-lagen. Däremot är det ej säkert att skiljemannen tillämpat lagen i den meningen att han låtit kunskapen om lagtextens lydelse utgöra ett avgörande motiv för sitt handlingssätt:¹⁸ domen skulle ha kunnat få samma innehåll t. o. m. om skilje-mannen varit ovetande om avtalslagens existens.¹⁹ Ja, t. o. m. ett förfaringssätt bestående i att skiljemannen singlat slant om utgången skulle ha kunnat resultera i en dom, överens-stämmande med lagtexten. — Men kan då skiljemannen i detta fall sägas ha tillämpat »gällande rätt» eller ha utfört »strikt rättstillämpning»? — Man har på känn att även den-na fråga borde besvaras jakande om man avsåge det förhål-landet att domen faktiskt fått det ifrågavarande innehållet, eftersom varje rimlig definition av gällande rätt måste vara sådan att den stämmer in på ett fall sådant som det här avsedda. Men samtidigt är det klart att skiljemannen från sin utgångspunkt ej kan säga att han tillämpat gällande rätt. Skiljemannen har icke utnyttjat någon särskild kunskapskäl-la som skulle kunna äsyftas med uttrycket gällande rätt; fal-let är så okomplicerat att frågan om innebörden av gällande rätt över huvud taget ej kommit att framstå såsom något pro-

Senare delen. Strikt ansvar. Band II: 2. S. 135 ff.: »Så kallade regler för rätt-skipningen fullt analoga med regler för vilken verksamhet som helst.»

¹⁸ GIHL (Studier i internationell rätt, s. 281 ff.) skiljer mellan »afterlevnad» och »tillämpning» av rättsregler.

¹⁹ OLIVECRONA ger i Bevisskyldigheten och den materiella rätten (s. 111) följande drastiska illustration: »En vansinnig som fått hand om en automobil tillämpar . . . icke de för honom okända trafikreglerna, blott därför att han vid möte med en annan automobil råkar styra till vänster.»

blem. Låt oss då fortsätta resonemanget genom att anknyta till ett fall av mer komplicerad beskaffenhet.

Antag att det i stället förhåller sig så att det kunskapsmaterial som skiljemannen har till förfogande är sammansatt på sådant sätt att någon del därav — likgiltigt vilken del — ger skäl för en annan handlingslinje än vad materialet i övrigt ger. Vi kan exempelvis förutsätta att lagtexten och lagens förarbeten ger skäl för en lösning och att konstateranden rörande åsikter och handlingsvanor i samhället ger skäl för en annan lösning. Teoretiskt sett skulle man kunna länka sig skilda metoder som vore ägnade att leda ut ur detta dilemma; vi kan hålla oss till följande tre möjligheter.

1) Skiljemannen skulle kunna bedöma hela kunskapsmaterialet såsom en helhet och låta sitt handlingssätt framgå utav en sammanfattande uppskattning av kunskapsmaterialets bärkraft såsom stöd för den ena eller andra av de tänkbara handlingslinjerna. Detta skulle innebära att han utnyttjade lagtexten — liksom litteraturen i övrigt — endast såsom en källa varur han kunde hämta anvisningar om argument som skulle kunna anses beaktansvärda — argument som han skulle ha kunnat förbise därest han varit hänvisad uteslutande till egna överväganden. Han skulle i så fall vara försvarad med att negligera lagen på varje punkt där han icke ansåge den hava skäl med sig.²⁰ Om skiljemannen skulle handla på detta sätt skulle hans verksamhet i stort sett motsvara den verksamhet som en civilingenjör bedriver då han efter studier i litteratur av skilda slag och efter egna uppskattningar bestämmer sig för hur han skall lösa ett konstruktionsproblem. Det finnes ingen anledning att teckna in »gällande rätt» i bilden — lika litet som det finnes anledning att i ingenjörens fall tala om »gällande byggnadstekniska principer». Men samtidigt är det uppenbart att den arbetsmetod som här skildrats måste vara mycket äventyrlig såsom metod för skiljemannen. Detta beror åtminstone del-

²⁰ Jfr den nionde domareregeln: »Det rätt och skäl icke är, det kan icke heller vara lag; för de skäl som lagen haver med sig, gillas hon.» Jfr emellertid även den sjätte domareregeln (». . . lagen skall vara honom för en rättelse») och den tolfte (». . . akte i all lag, vad hans uppsåt var som lagen gjorde . . . »).

vis²¹ därpå att det kunskapsmaterial som står till skiljemannens förfogande kan vara synnerligen bräckligt: den ena handlingslinjen kan ofta te sig lika rimlig som den andra.

2) En annan möjlighet vore att skiljemannen skulle betrakta endast någon eller några delar av kunskapsmaterialet såsom relevant — och sålunda bortse från de skäl som kunde hämtas från kunskapsmaterialet i övrigt. Han skulle exempelvis kunna begagna en princip enligt vilken lagen finge anses som det enda rättesnöret. En sådan princip finge förses med en viktig modifikation: eftersom lagen ofta lämnar skiljemannen helt utan vägledning finge principen sägas gå ut på att lagen skulle, i sådana avseenden där det vore möjligt att därav hämta vägledning, betraktas såsom det enda direktivet för skiljemannens verksamhet. Emellertid är principen icke brukbar ens i denna modifierade form. Skiljemannen måste — liksom varje annan domare — ha möjlighet att stundom döma i strid mot en otvetydlig formulering i lagen: det räcker att exemplifiera med de fallen att lagen är obsolet eller uppenbarligen felredigerad. Än mer tydligt är att ej någon annan typ av »rättskälla» (t. ex. praxis eller lagens motiv) kan upphöjas till rangen av uteslutande relevant direktiv. Domaren kan icke begagna någon metod enligt vilken det skulle kunna dras en gräns mellan relevanta och irrelevanta grupper inom det kunskapsmaterial som från common sense-synpunkt kan förefalla ha betydelse för hans verksamhet. En parallell erbjuder sig även här: för ingenjören skulle det helt säkert framstå såsom alldeles orimligt om han skulle låta sig ledas av blott vissa av de kunskaper — exempelvis blott av kunskaper förmedlade genom något byggnadstekniskt standardverk — som han funnit ha relevans för sitt ställningstagande.

3) De under 1) och 2) berörda möjligheterna kan anses såsom två kontrasterande ytterligheter. Det ligger i öppen dag att den arbetsmetod som skiljemannen bör begagna måste kunna beskrivas såsom något slags mellanting mellan dessa båda ytterligheter. Till en början är det uppenbart att lagen måste tillmätas betydelse icke blott såsom en upplysnings-

²¹ Jfr nedan, s. 114 ff., angående betydelsen av domarens värderingar.

källa utan såsom en kunskapsfaktor av primär betydelse.²² Förekomsten av en gällande lagtext bör, såsom nyss under 2) framhölls, icke anses ha den betydelsen att all annan kunskap blir överflödigt men måste åtminstone inverka på det sättet att särdeles starka skäl måste krävas för att en dom skall kunna ges i strid mot lagtextens ordalydelse.²³ All lagstiftningsverksamhet vore meningslös om icke en konvention härom upprätthålles av de rättsstillämpande organen: om lagen blott skulle tjäna till upplysning om argument, vilkas betydelse domaren hade att fritt uppskatta, så kunde lagen ersättas med handböcker eller litteratur av vilket slag som helst. Att det faktiskt förhåller sig så att en dylik konvention upprätthålles av funktionärerna i vårt samhälle, därom råder inte minsta tvekan.

Motsvarande konventioner skulle kunna upprätthållas i fråga om vilka som helst andra, klart avgränsbara kunskapsfaktorer. Vi har också i verkligheten att räkna med vissa konventioner — säkerligen dock föga enhetliga — utöver dem

²² Antag att en civilingenjör givit direktiv till en arbetsförmän om hur ett konstruktionsproblem skall lösas. Naturligtvis bör icke förmannen avvika från detta direktiv blott av det skälet att han anser direktivet vara mindre välbeträkt. Förmannens relation till sin direktivgivare (civilingenjören) är sålunda likartad med skiljemannens relation till lagstiftaren. Sätillvida befinner sig emellertid förmannen i en gynnsammare belägenhet som han kan inhämta kompletterande direktiv — likvärdiga med det ursprungliga direktivet — genom en hänvändelse till direktivgivaren. — Att i sådana sammanhang som dessa tala om »direktiv» är enligt min åsikt motiverat uteslutande av det i texten berörda skälet att det är fråga om utsagor vilka förutsättes skola tillmätas större betydelse än annat kunskapsmaterial. På skäl som utvecklats av Ross (Om ret og retfærdighed, s. 18, not 3) och av STRAHL (SvJT 1955 s. 296) föredrar jag termen »direktiv» framför termen »(fristående) imperativ» som OLIVECRONA begagnat i ett flertal av sina arbeten. Mot Olivecronas imperativteori skulle jag i övrigt vilja rikta den anmärkningen att teorien icke gör någon tillräckligt tydlig åtskillnad mellan olika slags kunskapsmoment. Se t. ex. Lagens imperativ, s. 32 f., där Olivecrona förklarar hur »sedvanereglerna» kan få karaktären av »fristående imperativ» utan att ingå på frågan om sedvanereglernas vikt i jämförelse med andra »fristående imperativ». Jfr nästa sida, not 25.

²³ Jfr SCHMIDT (Festskrift tillägnad Nils Herlitz, s. 285): »Ordalagen utgör en väsentlig motivfaktor, domstolen äger dock att välja en annan lösning om särskilt starka skäl skulle tala därför.» Detta anses enligt Schmidt vara »den allmänna lagtolkningsprincipen» Se härtill nedan, s. 95 ff.

som avser lagtexten. Uttalanden gjorda av högsta domstolen och av hovrätterna (i den mån dessa uttalanden publicerats), uttalanden gjorda i de officiella lagmotiven, i särskilt auktoritativa handböcker etc., allt sådant tillmäts otvivelaktigt — möjligen efter en glidande skala — större betydelse än sådant kunskapsmaterial som ej kan hämtas ur källor av någon officiell eller officiös karaktär.

Väsentligt för resonemanget tycks mig nu vara att fastslå följande: En anvisning till skiljemannen om att han skall utföra »strikt rättstillämpning» eller »tillämpa gällande rätt» måste, om anvisningen över huvud taget skall kunna anses fylla en förnuftig funktion, innefatta ett direktiv om att skiljemannen skall — på ett sätt som ej har någon motsvarighet inom ingenjörens verksamhetsområde — tillmäta olika vikt²⁴ åt olika delar av det kunskapsmaterial som han förfogar över.

Om detta är riktigt har vi kommit fram till en möjlig precisering av vad som skall avses med uttrycket »tillämpning av gällande rätt (sregler)»: därmed skall avses en verksamhet som baseras på ett underlag bestående *dels av* kunskapen om sådana faktorer som vanligen brukar betecknas såsom »rättskällor», *dels av* kunskapen om att dessa rättskällor skall tillmätas olika vikt enligt ett visst system — hur detta system närmare bestämt är uppbyggt kan här lämnas öppet; det må räcka med att fastslå att systemet i vart fall måste gå ut på att främst lagen, därefter HD:s praxis, skall tillmätas särskilt stor betydelse.²⁵ Vidare följer den konsekvensen att vi måste definiera »gällande rätt» på ett annat sätt än vad vi hittills antagit. En utsaga om att gällande rätt har visst innehåll måste referera till ett kunskapsmaterial som står till buds vid det tillfälle då uttalandet göres; det tycks mig som om följande tes skulle vara motiverad: Uttalandet »gällande rätt har in-

²⁴ Jag kommer i det följande att stundom begagna den från naturvetenskaperna lånade termen »viktning» (»weighting»). Det i texten sagda kan med denna term uttryckas så att metoderna för kunskapsmaterialets viktning är beskaffade på annat sätt inom juridiken än inom naturvetenskap och på naturvetenskap baserad teknologi.

²⁵ Jag kan sålunda icke ansluta mig till ALMÉN då han uttalar följande (Om köp och byte av lös egendom, s. 30): »... sedvanerätten är en verklig rättskälla *av samma rang* som lagstiftningen...» (kurs. här).

nehållet X» (synonym: »rättsregeln²⁶ X gäller») har god mening om X framkommer såsom resultat av en beräkning, utförd på grundval av ett material bestående dels av kunskap om relevanta rättskällor, dels av kunskap om ett system enligt vilket skilda typer av rättskällor skall tillmätas olika vikt.

Låt oss konfrontera denna definition med några exempel. Om definitionen är acceptabel måste det anses motiverat att komma till slutsatsen »gällande rätt har innehållet X» i vart och ett av följande fall:

a) Lagtexten ger tydlig anvisning om att X skall ske. Rättspraxis är vacklande. I samhället finns en viss opinion för att icke-X är en lämpligare lösning. Domarens egen åsikt överensstämmer med denna opinion. Om han vore lagstiftare skulle han anvisa lösningen icke-X.²⁷

b) Lagtexten ger tydlig anvisning om att icke-X skall ske. Högsta domstolen har i ett flertal fall på senare tid dömt i strid mot lagen och därvid åberopat att lösningen X bättre tillgodoser de huvudsakliga syften som lagstiftaren avsett att främja.

c) Lagtexten ger tydlig anvisning om att icke-X skall ske. Rättspraxis ger ingen ledning. Domaren konstaterar att lagtexten tillkom vid en tid då samhället hade en helt annan struktur än nu och att viktiga samhällsintressen, som i andra avseenden främjas medelst lagstiftning, ofrånkomligen kräver lösningen X.

d) Lagtexten ger ingen vägledning. Högsta domstolen har otvetydigt uttalat sig för lösningen X. I doktrinen har påvisats att

²⁶ Det bör här observeras att termen »rättssats» stundom begagnas såsom havande en speciell betydelse. LUNDSTEDT (Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Band II: 2. S. 127 ff.) begagnar termen rättssats såsom åsyftande skrivna eller oskrivna stadganden: »Termen rättssats tages endast och allenast i mening av ett uttalande eller en formulering i skriven lag eller vad som kan betraktas som oskriven lag, mestadels kallad sedvanerätt.» (s. 127). Se även, såsom ett exempel på hur termen rättssats begagnas i doktrinen, HELLNER, Om obehörig vinst, s. 54. Det förefaller mig vara av stor betydelse att termen ifråga icke nyttjas på sådant sätt att skilda typer av formuleringar, exempelvis å ena sidan formuleringar i lag, å andra sidan formuleringar som ger uttryck för iakttagelser rörande sedvänjor, kommer att behandlas såsom likvärdiga.

²⁷ Se här till THORNSTEDT i Festskrift tillägnad Nils Herlitz, s. 351 f. — Det är av intresse att observera den konsekvensen av det i texten härovan sagda att en »kodifiering av gällande rätt» kan få stor praktisk betydelse: viktningssmetoden kan efter kodifieringen komma att ge andra utslag än tidigare.

lösningen icke-X har vissa — dock ej särdeles markanta — företräden ur samhällelig synpunkt.

e) Lagtexten ger ingen vägledning. Högsta domstolen har otvetydigt uttalat sig för lösningen icke-X. Mot högsta domstolens praxis har riktats en kritik som måste anses vara sakligt sett synnerligen välmotiverad.

f) Varken lagtext eller rättspraxis ger någon vägledning. Lösningen X ter sig mot bakgrund av domarens kunskap om rättsordningen i samhället såsom lämpligare än lösningen icke-X.²⁸

Men om man accepterar en sådan definition av gällande rätt, följer därav att det med god mening kan sägas, såsom STRAHL hävdar, att domarens verksamhet består i ett »finnande av rättsreglerna»? Detta förefaller tveksamt, ty man kan ifrågasätta om icke en sådan beskrivning av domarens verksamhet innefattar en sakligt sett onödig komplikation. Kan man icke genomgående utbyta satsen »gällande rätt har innehållet X» mot satsen »domaren bör ge domen innehållet X»? Låt oss anknyta till ett uttalande som vi tidigare låtit domaren göra:

»Sedan jag skaffat mig kunskap om det som Strahl kallar 'uttrycken för rättsordningen', d. v. s. lagtext, rättsfall, uttalanden i doktrinen m. m., så skall jag icke ställa mig som uppgift att därav sluta mig till någon 'rättsregel'; jag skall ställa mig som uppgift att därav sluta mig till vilket innehåll domen bör få!»

Är icke detta uttalande godtagbart om det blott förses med det tillägget att domaren utöver kunskapen om rättsskällorna därjämte måste beakta kunskapen om att rättsskällorna skall viktas enligt ett visst system? Och följer i så fall icke därav att man bör kunna dela den åsikten att gällande rätt »icke finns»?

På dessa frågor tycks det mig som om man skulle ha

²⁸ Det kan förefalla egendomligt att tala om »gällande rätt(sregel)» i detta fall. Jag tror emellertid att det är nödvändigt att se fallen a) — f) under en enhetlig synpunkt (jag accepterar den kritik som EKELOF i SvJT 1952 s. 217 riktat mot vissa uttalanden i min avhandling Bevisbördan och den juridiska tekniken), och jag tror att det är viktigt att hålla fast vid att termen gällande rätt alls icke behöver referera till lag eller rättspraxis. Det är emellertid att märka att domaren aldrig är helt fri. »Han måste hålla sig inom gränserna för den allmänna grundsyn, från vilken landets lagstiftning utgår.» (HULT, Juridisk debatt, s. 29.)

skäl att svara följande: Gällande rätt, definierad på det sätt som här föreslagits, är beteckningen för ett resultat av en tankeoperation. Domaren har för sin del ingen anledning att, sedan han väl utfört tankeoperationen, laborera med beteckningen. Han kan nöja sig med att låta resultatet av tankeoperationen komma till uttryck i domen. Men i många andra sammanhang är det nödvändigt att man har tillgång till en term som avser det förhållandet att en viss lösning av ett problem är »riktig» i viss mening, riktig på det sättet att en domare borde, om han i nuvarande stund hade att ta ställning till problemet, lösa det på just det sätt som avses.

Men innebär då icke detta att vi är tillbaka vid den definition av gällande rätt som vi tidigare förkastat (»En utsaga om gällande rätt har god mening om den utgör en förutsägelse om hur en domare skulle komma att handla därest han vid den tidpunkt varom fråga är hade att träffa ett avgörande i ett fall av den typ som utsagan åsyftar.»)? — Nej, så förhåller det sig icke. Det gemensamma för den först diskuterade definitionen (i det följande = A) och den här slutligt accepterade definitionen (B) består blott däri att det i båda fallen tas sikte på en bestämd situation, nämligen domarens situation i nuvarande tid. Skillnaden består däri att definitionen B i motsats till definitionen A ger ett kriterium — låt vara föga preciserat — enligt vilket kan avgöras om domaren i visst fall handlat riktigt eller icke. Skillnaden skall illustreras med ett drastiskt exempel.

Antag att samtliga våra domare hade träffat en allvarligt menad överenskommelse om att i rättspraxis sänka myndighetsåldern från 21 till 20 år samt att de också under någon tid handlat i enlighet med denna överenskommelse.²⁹ Om man definierar gällande rätt enligt alternativet A så finge man ofrånkomligen under sådana omständigheter säga att myndighetsåldern »enligt gällande rätt» är 20 år, detta till trots av att 9 kap. 1 § i föräldrabalken ger otvetydig anvis-

²⁹ Naturligtvis kan det ha betydelse hur länge och i vilken omfattning en felaktig praxis ägt rum. Många i gällande rätt ingående regler — t. ex. preskriptionsreglerna — baseras ju på den tanken att man efter en viss tids förlopp måste, med hänsyn till tryggheten i samhället, acceptera status quo utan hänsyn till förhållanden som ligger längre tillbaka i tiden.

ning om en 21-årsgräns. Om man däremot definierar gällande rätt enligt alternativet B så skulle man ha fog för följande resonemang: »Lagen ger otvetydigt besked om en 21-årsgräns. Även om det möjligen kunde anföras vissa skäl för en sänkning av denna gräns så är det dock uppenbart att dessa skäl absolut icke har sådan styrka att lagen bör kunna frångås.³⁰ Följaktligen måste det sägas att domstolarnas praxis — den må vara aldrig så enhetlig och kvantitativt omfattande — i detta fall strider mot gällande rätt. Så länge lagen är oförändrad måste gällande rätt sägas vara: myndighetsåldern är 21 år!»

Detta exempel synes mig visa att man genom att acceptera definitionen B kommer ifrån den stötesten som den oriktiga domen ansetts utgöra³¹: att en dom — t. o. m. en dom av högsta domstolen — kan sägas strida mot gällande rätt är ingalunda egendomligt, ej heller kan det ligga något underligt i att en förskjutning av den gällande rätten i vissa fall uppstår genom att en första, såsom felaktig karakteriserbar, dom följes av en serie liknande domar: det ligger intet egendomligt däri att en i rättspraxis accepterad handlingslinje tillmätts större vikt i samma mån som antalet givna domar ökar. — Om definitionen B accepteras kan man också såsom ointressant avfärda frågan hur det kan komma sig att ett i doktrinen gjort uttalande om gällande rätt i sin tur kan inverka på gällande rättens struktur. Detta synes på intet sätt märkvärdigare än att ett uttalande i en lärobok i byggnadsteknik kan inverka på handlingsvanorna inom byggnadstekniken. I båda fallen ges helt enkelt ett tillskott till det kunskapsmaterial som framtiden får att förfoga över.

I det följande skall jag utgå ifrån att den här förordade definitionen (B) är acceptabel. Vår skiljeman har därmed

³⁰ Till jämförelse kan vi tänka oss det fallet att det vore fråga om en ålderdomlig lag som framstode såsom uppenbart ohållbar — exempelvis en lag som stadgade att myndighet uppnås först vid fyllda 30 år. Om domstolarna med frångående av en sådan lag skulle ha tillämpat en 20-årsgräns så skulle det finnas gott fog för påståendet: »Myndighetsåldern är enligt gällande rätt 20 år.»

³¹ Se HEDENIUS, Om rätt och moral, s. 102.

fått ett svar på sin fråga: »...vari består närmare bestämt det kunskapsmaterial som jag skall beakta?» Svaret är emellertid föga exakt. Särskilt är att märka att talet om lagens fundamentala betydelse såsom kunskapskälla måste preciseras i vissa hänseenden. Här yppar sig betydande svårigheter.

En svårighet består däri att man ej kan utgå från att varje typ av lagtext skall anses ha lika dominerande betydelse som varje annan. Bl. a. är att märka att § 84 i regeringsformen innehåller en bestämmelse som speciellt avser grundlagarna: »Grundlagarna skola efter deras ordalydelse i varje särskilt fall tillämpas.»³² Men även om man bortser från förhållandet mellan grundlag och annan lag så kan möjligen distinktioner anses påkallade. Det kan exempelvis ej tas för givet att ordalagen i en hastigt tillkommen kristidsförfattning skall tillmätas samma betydelse som ordalagen i någon av de lagar vilka omsorgsfullt fin slipats av våra lagstiftningsexpenter. — En annan svårighet ligger däri att det förutsättes att lagen skall »tolkas» utan att det dock föreligger enighet om på vilket sätt detta skall ske. Vad är det närmare bestämt som skall anses utgöra ett så fundamentalt argument, är det lagtexten sådan den kan uppfattas vid en språklig analys, är det lagtexten sådan den framträder i belysning av »lagens ändamål» eller är det något annat? Om ej sådana frågor kan besvaras entydigt måste varje tal om att lagen skall ha fundamental betydelse vara oklart tal.

§ 3. KRÄVER STRIKT RÄTTSTILLÄMPNING ATT DOMAREN »TOLKAR LAGEN»?

Ordet »tolkning» begagnas inom juridiken på ett varierande sätt. Bl. a. är att märka att det förekommer skilda bestämmningar av tolkningens objekt: såsom objekt för tolkning brukar anges exempelvis en rättsregel, en lag(text), ett rättsfall, ett uttalande i en dom eller ett uttalande i förarbetena till en lag. Om det skall vara möjligt att vinna klarhet om den juridiska tolkningens innebörd är det emellertid nödvändigt att göra vissa distinktioner.

³² Se härom WESTERBERG, RF § 84.

Till en början skall frågas: Är det möjligt att med god mening säga att »gällande rätt» eller »(gällande) rättsregler» görs till föremål för tolkning?³³ — Naturligtvis måste svaret vara avhängigt av hur man definierar gällande rätt och rättsregler. Såsom påpekats tidigare³⁴ förekommer det ofta att man begagnar termen gällande rätt såsom synonym till gällande — d. v. s. promulgerad och icke upphävd — lag och att man begagnar ordet rättsregel såsom synonym till »text i lagen»; i den mån så sker måste naturligtvis detsamma kunna sägas om tolkning av gällande rätt och rättsregler som om tolkning av en lag och av en viss text i en lag. I en sådan mer preciserad diskussion varom just nu är fråga kan det emellertid icke anses rekommendabelt att begagna termerna gällande rätt och rättsregel i en dylik betydelse. Låt oss då utgå från att de definitioner av gällande rätt och rättsregel som framlades i föregående avsnitt är acceptabla. Är det förenligt med en sådan utgångspunkt att tala om tolkning av gällande rätt eller av rättsregler? — Svaret måste bli nej. I och med att man utgår ifrån att sagda termer utgör beteckningar för slutsatsen av en tankeoperation, vilken avses att leda fram till en ståndpunkt till ett problem, så är det klart att det icke i något fall med god mening kan talas om tolkning av gällande rätt eller av rättsregler. Den slutsats, som innefattas i ett uttalande om gällande rätt(sregler), är att betrakta såsom definitiv, vilket med logisk nödvändighet måste innebära att någon ytterligare tankeoperation ej kan ifrågakomma.

I det följande skall jag särskilt uppehålla mig vid frågan om tolkning av lagtext. Varje lagtext består i en utsaga och en utsaga, skriftlig eller muntlig, är ofta sådan att behov av tolkning synes föreligga.³⁵ Men vad är det då som sker när en domare säges tolka en utsaga i en lagtext? Helt allmänt torde kunna påstås att en tolkning av en utsaga alltid innebär att tolkaren beaktar ett ytterligare kunskapsmaterial utöver det som han fått sig serverat genom den utsaga, sedd isolerad, var-

³³ Se t. ex. AGGE i Festskrift tillägnad Nils Herlitz, s. 7.

³⁴ Ovan, s. 81 not 8.

³⁵ Även annat än utsagor kan »tolkas». Inom vittnespsykologien talar man exempelvis ofta om tolkning av åtbörder o. d.

om det är fråga.³⁶ Vidare tycks det mig som om man skulle kunna fastslå att det syfte som är bestämmande för tolkarens verksamhet också måste vara bestämmande för beskaffenheten av det kunskapsmaterial som tolkaren ytterligare har anledning att ta i beaktande.³⁷ När en domare tolkar en lagtext så synes detta under sådana förhållanden innebära att domaren i syfte att lösa ett rättstillämpningsproblem beaktar visst kunskapsmaterial som synes honom vara av betydelse vid sidan av ett uttalande i en lagtext.

Men om detta är riktigt så har man skäl att fråga vilken skillnad som kan förefinnas mellan det fallet att en domare tolkar en lagtext och det fallet att en domare, sedan han konstaterat att lagen »lämnat ett problem öppet», löser rättstillämpningsproblemet med beaktande av kunskapsmaterial som ej lagen tillhandahåller. I båda fallen är det ju fråga om att hämta ledning av annat än lagen; skillnaden skulle väl bestå däri att lagen i det förra fallet ger åtminstone någon vägledning under det att lagen i det senare fallet kan lämnas helt åsido. Men vad finns det för skäl att i förra fallet säga att lagen »tolkas»? Är icke detta en otillbörligt förenklad beskrivning av den tankeoperation som domaren utför då han med ledning dels av lagtexten, dels av annat kunskapsmaterial bestämmer sig för en lösning av ett problem? Finns det över huvud taget skäl att laborera med lagtolkning såsom en speciell typ av juridisk verksamhet?

Låt oss utgå från ett enkelt exempel. Antag att en domare har att ta ställning till huruvida ägaren till a) en automobil, b) en motorcykel, c) en beväpnad pansarbil skall göras ansvarig för skada å tredje man som vållats av en förare, vilken med ägarens samtycke brukat dessa fordon. Antag vidare att domaren resonerar på följande sätt:

³⁶ Hur mycket tolkaren får sig serverat enbart genom utsagan är naturligtvis delvis beroende av tolkarens kunskaper. Det skulle därför kunna tyckas vara erforderligt att komplettera det i texten gjorda uttalandet med en hänvisning till ett utgångsvärde i form av någon slags normal kunskapsstandard. Om de åsikter som utvecklas i det följande är riktiga kan emellertid denna fråga lämnas öppen.

³⁷ Exempelvis kan en litteraturhistoriker, en etymolog och en domare ha anledning att beakta helt skilda kunskapsfaktorer då de, var och en efter sitt yrkes krav, tolkar en äldre lagtext.

a) i bilansvarighetslagens 2 § står klart utsagt att ägare till automobil skall vara skadeståndsskyldig i ett sådant fall som detta. Jag skall därför utdöma skadestånd.

b) I bilansvarighetslagens 2 § talas om »automobil». I lagens 1 § sägs att med automobil skall avses bl. a. »motordrivet fordon, som är inrättat huvudsakligen för att självständigt nyttjas till person- eller godsbefordran». En motorcykel är ett sådant fordon. Jag skall således utdöma skadestånd.

c) Lagtexten kan ej anses utsäga något om en pansarbil sådan som denna. Högsta domstolen har emellertid i tidigare avdömda mål ansett Kronan, såsom ägare till stridsvagnar, skadeståndsskyldig i motsvarande fall.³⁸ En pansarbil kan, med större fog än en stridsvagn, sägas vara inrättad för »personbefordran». Jag bör följaktligen utdöma skadestånd.

I resonemanget under a) aktualiseras intet problem som skulle kunna karakteriseras som ett problem om tolkning. I fallen b) och c) ligger det däremot nära till hands för domaren att före slutsatsen skjuta in följande led i resonemanget: »Alltså bör ordet 'automobil' tolkas såsom avseende även motorcykel (pansarbil).» Kan det då sägas att det är en brist i resonemanget om icke ett sådant led ingår däri? Jag kan icke finna något skäl för en sådan uppfattning. I fallet b) tycks det mig förhålla sig så att domarens slutsats framgår av en helhetsbedömning av en text i vilken båda de aktuella lagrummen ingår. Om man säger att 2 § tolkats med ledning av 1 § så kan detta knappast ha någon annan motivering än den att det är 2 §:s text som synes utgöra det viktigaste argumentet.³⁹ Å andra sidan förefaller det uppenbart att det icke kan vara på något sätt betänkligt att här tala om att 2 § tolkas,⁴⁰ ty

³⁸ NJA 1946 s. 209, 257 och 554.

³⁹ Är det då fråga om »tillämpning» av både 1 § och 2 § eller av endast 2 §? — Se härtill GIHL, Studier i internationell rätt, särskilt s. 285 f. Att döma av Gihls här gjorda uttalanden skulle han vara benägen att besvara denna fråga med nej. En sådan åsikt kan jag icke dela. I det kunskapsmaterial som domaren behöver för att kunna ta ställning till det förevarande problemet måste båda lagbestämmelserna ingå; därmed tycks mig ett uttömmande svar vara givet.

⁴⁰ Jag skulle dock vilja ifrågasätta om icke det försvar som GIHL (a. a. s. 314, jfrd med s. 271, noten) byggt upp gentemot en av Ross framställd kritik måste anses genombrutet därest det av Gihl förda tolkningsresonemanget måste överges.

klart är att lagtexten sådan som den är utformad bör tillmätas alldeles lika stor betydelse såsom argument i det förevarande fallet som om den aktuella passussen i 1 § hade varit inryckt i 2 §:s text.⁴¹ — I fallet c) däremot tycks det mig icke blott överflödigt utan även i viss mån vilseledande att skjuta in tolkningen i resonemanget. Ty den kunskapsfaktor som här tillkommer utöver 2 §:s text är icke av samma valör som denna text själv: att högsta domstolen givit domar vari stridsvagnar i här aktuellt hänseende behandlats såsom likvärdiga med automobiler kan ej anses ha samma betydelse som om ett motsvarande direktiv givits i lagtexten.

Detta exempel är emellertid av särdeles enkel beskaffenhet. Ordet »automobil» är visserligen icke entydigt men har dock, i likhet med många andra termer av i viss mån »teknisk» karaktär, ett tämligen väl avgränsat språkligt betydelseomfång. Det förhåller sig helt annorlunda med många av de i lagtexterna ingående ord som hämtats från det mera inexakta vardagliga språkbruket: ord sådana som de i avtalslagens 3 kapitel förekommande »tvång», »svikligt förledande», »oförstånd», »lättsinne» o. d. Vidare är att märka att det i exemplet blott varit fråga om att beakta ett fåtal omständigheter. Ofta nödgas domaren penetrera ett vidlyftigt material vari ingår en mängd heterogena kunskapsfaktorer. Domaren måste då på ett eller annat sätt »gruppera» materialet, och det ter sig då ofta naturligt för honom att låta någon lagtext, som synes ha särskilt stor relevans för problemet, tjänstgöra såsom en slags uppsamlingspunkt till vilken kunskapsmaterialet i övrigt kan föras hän.⁴² Det ligger nära till hands att då anse lagtexten utgöra föremål för tolkning. Ett sådant betraktelsesätt kan visserligen medföra en viss risk för att skilda slags argument på ett föga rationellt sätt blandas samman med varandra; man tänker sig lätt saken så som om lagtexten själv skulle förändra struktur i samma mån som nya ar-

⁴¹ Se härtill EKELOF i TfR 1945 s. 229.

⁴² GULDBERGS uppsats »Om bristande förutsättningar vid avtal» i SvJT 1953 s. 1 ff. tycks mig vara av intresse i detta sammanhang. Se särskilt uttalandena på s. 11 om »pedagogiska» fördelar som enligt Guldbergs mening kunde vinnas genom en »pressad» tolkning.

gument förs in i den grupp vars stomme lagtexten är.⁴³ Emellertid kan man fråga sig om icke behovet av att kunna gruppera materialet är så starkt att man måste acceptera en sådan risk.

En annan omständighet som bör beaktas i detta sammanhang är att det av praktiska skäl är nödvändigt att man inom juridiken skall kunna i korta ordalag antyda arten av ett förekommande problem och ange resultatet av problemets bedömning. Exempelvis kan man svårigen undvara uttrycksmöjligheter sådana som följande: »Målet gällde tolkning av begreppet 'automobil' i bilansvarighetslagen.»⁴⁴ Man måste ha möjlighet att utnyttja lagen såsom ett systematiskt och uttryckstekniskt hjälpmedel bl. a. på det sättet att man genom hänvisning till lagen kan antyda den ungefärliga arten av ett problem. Termen »tolkning» ter sig väl användbar för detta syfte.

Låt oss då tills vidare utgå från att det finns vissa skäl att

⁴³ Jfr följande uttalande av CONRADY (Ist der Schiedsrichter bei der Entscheidung eines Rechtsstreits an das materielle Recht gebunden?, s. 10 f.): »... in einer Zeit, in der den Quellen (den Motiven, Entwürfen, Protokollen) von der Rechtslehre und der Rechtsprechung bei der Auslegung eines Gesetzes eine überragende, wenn nicht gar ausschliessliche Bedeutung beigelegt wurde, konnte es nicht ausbleiben, dass man auf die in der Begründung des Entwurfes vertretene Ansicht griff und *diesen Standpunkt in das Gesetz hineininterpretierte*. Diesem Einfluss der Motive zur Z. P. O. ist es zuzuschreiben, dass in Deutschland und Oesterreich dann die Lehre von der Ungebundenheit des Schiedsrichters zur Herrschaft gelangte. Die Ehrfurcht vor dem Standpunkt der Motive war so gross, dass die Vertreter der neuen herrschenden Lehre es nicht einmal für notwendig erachteten, die Richtigkeit der in den Motiven vertretenen Meinung nachzuprüfen; ein Hinweis auf die Motive wurde als ausreichende Begründung erachtet und musste die eigene Begründung ersetzen.» (Kurs. här.) — Jfr även följande uttalande av HÄGERSTRÖM (Inquiries into the nature of law and morals, s. 258): »Although the judge, in order to be able to perform his functions, must supplement the letter of the law in accordance with legal or juridic analogy, the principles of equity, the spirit of the laws, and so on, he is considered to be bound to apply only the *positive law* which he has to administer. This presupposes that the supplementation of the letter of the law, which is constantly needed, belongs to the positive law itself *before* the judgement is made, although it cannot possibly have existed in the consciousness of the legislator.»

⁴⁴ Jfr rättsfallshänvisningen i lageditionen under 2 § bilansvarighetslagen: »Ang. tolkning av begreppet förare.»

acceptera termen lagtolkning såsom beteckning för en viss slags verksamhet som utövas av juridiska funktionärer. Efter vilka linjer skall då lagtolkningen anses avgränsad från andra slag av verksamhet som brukar anses höra till juristernas arbetsuppgifter? Vad är karakteristiskt för lagtolkning i jämförelse med exempelvis »lagtillämpning», »tillämpning ex analogia (e contrario)» och »tillämpning av grunderna för» ett lagrum?

För att vi skall kunna bilda oss en uppfattning härom kan vi förslagsvis anknyta resonemanget till ett praktiskt exempel, konstruerat med ledning av vissa teorier som framställts i litteraturen. Antag att vi har att göra med en typiskt »svårtolkad» formulering i lagen sådan som den i 30 § avtalslagen förekommande: »svikligt förledande». Låt oss vidare förutsätta att denna formulering kan sägas stå i viss relation till tre skilda klasser av fall som domaren kan få att göra med i sin rättstillämpande verksamhet:

1) Klassen av fall som betecknas av lagorden enligt konventionellt språkbruk,

2) Klassen av fall som betecknas av lagorden efter deras — genom teleologisk eller annan metod fastställda — »innebörd».

3) Klassen av fall som ryms inom lagordens »tillämpningsområde».

Låt oss slutligen till jämförelse betrakta även följande klass:

4) Klassen av fall som, ehuru de icke hör hemma i någon av klasserna 1) — 3), bör, vid rättsföljdens bestämmande, behandlas på motsvarande sätt som de till dessa klasser hörande fallen — vi kan exempelvis tänka oss ett fall där det icke kan sägas vara fråga om svikligt förledande men väl om begagnande av annans »trångmål» (avtalslagens 31 §).

En åsikt om innebörden av tolkning tycks mig nu kunna beskrivas på det sättet att åsikten ställs i relation till dessa klasser av fall. Till en början kan det fastslås att det ofrånkomligen är nödvändigt att upprätthålla minst en gräns⁴⁵

⁴⁵ Det bör observeras att här måste bli fråga om områden som i viss mån skär in i varandra. Eventuella gränsdragningar måste avse ett utmärkande av områden som åtminstone till någon del skiljer sig från andra områden.

inom den kategori som omfattas av klasserna 1)—4). Det vore nämligen under alla omständigheter absurt att tänka sig att de fall som ryms inom klassen 4) skulle kunna sägas utgöra fall av »tolkning av 30 § avtalslagen». Men är det behövt att dra mer än en gräns? I så fall hur många? Och vilken sträckning bör gränsen eller gränserna ha? I det följande skall jag granska några skilda möjligheter att besvara dessa frågor.

En möjlighet vore att man skulle svara följande (alternativ a): »Orden 'svikligt förledande' har en så vag språklig betydelse att de är praktiskt taget intetsärande. Domaren bör inrikta sig på att fastställa lagordens 'tillämpningsområde'. I och med att han gör detta kan han också sägas ange lagordens 'språkliga betydelse' och 'innebörd'. Någon gräns behöver följaktligen icke dras inom den grupp som omfattar klasserna 1)—3); endast en gräns är behövlig, nämligen gränsen mellan de tre första klasserna å ena sidan och klassen 4) å andra sidan.»⁴⁶

Detta svar kan omöjligen accepteras. Om domaren förfore på detta sätt så innebure detta att han kunde utnyttja lagtexten såsom ett skenargument för nästan vilken problemlösning som helst som han kunde finna motiverad. Domaren får uppenbarligen icke betrakta saken så som om hans egen verksamhet hidroge till den språkliga preciseringen av lagtexten. Ej heller vore det rimligt om domaren skulle anse det konventionella språkbruket bestämt genom det sätt varpå man inom rättspraxis eller i doktrinen angivit lagtextens innebörd eller tillämpningsområde: skillnaderna mellan de olika rättskällorna bleve i så fall på ett ytterst betänkligt sätt utsuddade.⁴⁷ Det tycks sålunda som om den slutsatsen skulle vara

⁴⁶ Jfr härtill AHLANDER, Om rätt och rättstillämpning, s. 129 ff., samt — mot Ahlander — MALMSTRÖM, SvJT 1952 s. 664 f.

⁴⁷ Se exempelvis följande passus i ett uttalande av KARLGREN (Skadeståndsrätt, s. 204 f.): »... regeln i tredje stycket avser nämligen, såsom med stöd av förarbetena fastslagits i rättspraxis ...» Se även följande yttrande av AGGE (Festskrift tillägnad Gösta Eberstein, s. 31) beträffande attributet »allmän» i strafflagen: »I varje särskild förbindelse där uttrycket förekommer har det sin specifika juridisk-tekniska betydelse, som endast kan förstås med utgångspunkt från brottsbeskrivningen i övrigt och lagstiftarens mening ävensom i förekommande fall med ledning av rättspraxis.» — Man kan med

motiverad att klassen 1) måste kunna avgränsas från klasserna 2)—4). — Om detta är riktigt så uppkommer frågan huruvida det finns skäl att därjämte dra gränser såväl mellan klasserna 2) och 3) som mellan klasserna 3) och 4).

Vi har då att konstatera förekomsten av ett betraktelsesätt (alternativ b) enligt vilket båda dessa gränser skulle vara behövliga: man skulle ej nöja sig med den vaga betydelse som lagtexten har enligt vanligt språkbruk — här förutsätts tydligen att en gräns kan dras mellan klasserna 1) och 2) — utan skulle fastställa lagtextens speciella »innebörd»; samtidigt borde man — här kommer gränsen mellan klasserna 2) och 3) — skilja mellan lagtextens innebörd och dess »tillämpningsområde» (detta tillämpningsområde finge naturligtvis i sin tur avgränsas från det till klassen 4) hörande området).⁴⁸ Om vi anknyter till det valda exemplet skulle det alltså kunna sägas att termen »svikligt förledande» har en — otvivelaktigt synnerligen vag — betydelse enligt vanligt språkbruk, en annan betydelse, eller »innebörd», som kan bestämmas medelst en viss, exempelvis teleologisk, tolkningsmetod samt slutligen ett »tillämpningsområde» som ej behöver motsvara någon av nyssnämnda betydelser. — Vad som kan synas förbryllande är främst detta: varför skall det vara nödvändigt att skilja mellan den — genom tolkning fastställda — »juridiskt-tekniska» innebörden å ena sidan och tillämpningsområdet å andra sidan? Finns det någon anledning att göra lagtexten till föremål för en tankeoperation som ej direkt syftar till att skapa klarhet om ett tillämpningsproblem? Klart är

EKELÖF (Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, s. 33) fråga: »... hur skall strafflagen kunna fungera som en 'brottslingens Magna Charta' om de ord som lagen begagnar sig av, ha en speciell juridisk-teknisk betydelse i varje särskild brottsbeskrivning?»

⁴⁸ Se EKELÖF, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, s. 23 jfrd med s. 32 och s. 50. — I förordet till GÄRDES m. fl. kommentar Nya rättegångsbalken sägs (s. 7) att kommentaren tillkommit i syfte att »på grundval av lagens förarbeten belysa och närmare klarlägga de nya processreglernas innebörd, tolkning och tillämpning» (kurs. av mig). Emellertid behöves detta uttalande naturligtvis icke uppfattas såsom ett ställningstagande till det här debatterade problemet. Det förefaller mig icke som om något försök skulle ha gjorts att i kommentaren genomföra en systematik efter de berörda linjerna.

att domaren, som har att döma i det enstaka fallet, ej har någon anledning härtill. Men det skulle kunna sägas att rättsvetenskapen, som skall stå bl. a. domaren till tjänst, borde ägna sig åt sådana tankeoperationer. Även detta tycks mig emellertid tivelaktigt. Såvitt jag kan förstå skulle den enda anledningen till sådana operationers företagande kunna vara den att många av de i lagen begagnade termerna förekommer på flera ställen: domarens arbete skulle möjligen kunna underlättas genom att domaren finge tillgång till vissa precisrande definitioner som vore baserade på argument vilka finge anses beaktansvärda i alla de sammanhang vari vederbörande termer förekommer.⁴⁰ Definitionerna borde, skulle det kunna tyckas, vara av värde för domaren därigenom att han kunde bygga på dem och i övrigt blott utföra en kompletterande undersökning avseende omständigheter som aktualiserades vid tillämpningen av det speciella lagrum varom vore fråga i visst mål. Detta kan synas rimligt. Emellertid förefaller det mig som om en definition av det ifrågavarande slaget skulle kunna vara till gagn för domaren endast under den förutsättningen att domaren skulle vara berättigad att omedelbart »läsa» lagtexten på samma sätt som om den innehölle den uppställda definitionen. Och enligt min mening måste denna förutsättning anses brista. Rättsvetenskapsmannen har ej behörighet att ge ett direktiv som skulle kunna anses likvärdigt med lagens ord, och domaren har i alla tveksamma fall anledning att själv bilda sig en uppfattning om de skäl som föranlett rättsvetenskapsmannen att uttala en åsikt. Det tycks mig under sådana förhållanden vara lämpligast att rättsvetenskapsmannen direkt riktar domarens uppmärksamhet på sådana systematiska och andra skäl som han finner beaktansvärda. Beteckningar sådana som »lagtextens innebörd» eller »lagtextens juridiskt-tekniska betydelse» bör sålunda

⁴⁰ Se härtill rättsfallet NJA 1954 s. 254, särskilt riksåklagarämbetets uttalanden på s. 259 f. angående förhållandet mellan RB 45: 5 3 st. och RB 30: 3. Kontentan av resonemanget, såvitt det här är av intresse, synes vara följande: Begreppet »gärning» i dessa lagrum kan »tolkas» på samma sätt: domstolens prövningsbefogenhet enligt 30: 3 måste emellertid för ses med en särskild inskränkning (*tillämpningen* skulle tydligen icke behöva följa *tolkningen!*). — Se vidare EKELÖFS kommentarer till rättsfallet i Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 50.

med fördel kunna undvaras i detta sammanhang. Det saknas över huvud taget enligt min mening anledning att dra en gräns mellan klasserna 2) och 3).⁵⁰

Sedan vi förkastat alternativen a) och b) skall vi nu närmast granska ett alternativ (alternativ c) som går ut därpå att gränser borde dras dels mellan klassen 1) å ena sidan samt klasserna 2) och 3) å andra sidan, dels mellan sistnämnda båda klasser å ena sidan samt klassen 4) å andra sidan. Termen »svikligt förledande» finge enligt detta alternativ sägas dels ha en viss betydelse enligt vanligt språkbruk, dels ha en viss (juridisk) innebörd eller — likvärdigt — ett visst (juridiskt) tillämpningsområde. Alternativet tycks mig väl svara mot vissa betraktelsesätt som man möter i rättspraxis och i den juridiska litteraturen,⁵¹ ehuru det väl endast sällan förekommer att man håller de ifrågavarande skiljelinjerna skarpt i sikte. Men om man nu skall acceptera detta alternativ, när skall man då säga att det är fråga om »tolkning» av lagtexten? Är det fråga om tolkning då man fastställer en lagtexts betydelse enligt vanligt — eller eventuellt speciellt juridiskt — språkbruk? Eller skall tolkning anses föreligga endast i det fallet att texternas innebörd fastställs genom att de »avpressas besked, för vilka de språkligt icke ge täckning»?⁵² Eller skall man anse tolkning föreligga såväl i det ena som i det andra fallet? — Vi står här inför ett problem som tycks mig vara av fundamental betydelse.⁵³ Å ena

⁵⁰ För den händelse min i detta stycke framförda argumentation skulle anses sakna bärkraft så kvarstår följande problem: Kan det med god mening sägas att en lagtext »tillämpas» i det fallet att man kommit utanför ramen för dess »innebörd»? Bör icke konsekvensen i stället bli att klassen 3) sammanföres med klassen 4)? Se vidare i texten.

⁵¹ Se t. ex. följande uttalande av processkommissionen (SOU 1926: 33, s. 129): »Till rättsfrågan hör naturligtvis också undersökningen av innehållet i de rättsregler, som äro tillämpliga, och tolkningen av dessa.»

⁵² Formuleringen är STRAHLs, se SvJT 1955 s. 298.

⁵³ Problemet fick en intressant belysning i fallet »Monica Smith». I ett sakkunnigutlåtande yttrade HULT (»Monica Smith»domen, s. 103): »Det spörs-mål som föreligger till bedömande kan måhända i första hand synas utgöra en tolkningsfråga. En sådan syn på saken är emellertid knappast välgrundad. Kontraktets 11 § är i de omtvistade delarna så tydlig, att den icke kan lämna rum för olika meningar om vad den utsäger. Någon fråga om dess *tolkning*

sidan har vi att beakta vissa hänsyn — tidigare antydda — som kräver att man skall kunna tala om tolkning även i sådana fall då man avlägsnar sig från området för en texts språkliga betydelse. Å andra sidan har vi att beakta vikten av att icke skilda typer av argument blandas samman genom att man på ett oklart sätt tänker sig rättstillämpningens problem såsom i huvudsak utgörande ett problem om fastställande av just lagens betydelse. — Vid lösningen av detta problem tycks det mig som om man borde ta fasta på att de förstnämnda hänsynen är av sådan art att de ej påfordrar någon större exakthet i språkbruket. Det bör vara möjligt att antyda arten av ett juridiskt problem genom ett uttalande sådant som det att »problemet avsåg innebörden (betydelsen, tolkningen, tillämpningen) av termen 'svikligt förledande'», trots att detta uttalande egentligen endast ger en vag antydning om vari problemet består. Ja, det synes rentav förhålla sig så att det i detta sammanhang är till fördel att de åsyftade termerna har en vag innebörd. Ty det vore opraktiskt om man skulle behöva tvinga sig till stor exakthet i sådana fall då man endast avser att ge en beskrivning i korta ord och på ett helt allmänt sätt.

Under sådana förhållanden kan följande möjlighet förtjäna diskuteras: Man skulle kunna acceptera att termen tolkning har två skilda betydelser. Den ena betydelsen skulle vara tämligen vag — det skulle vara möjligt att säga att lagtolkning aktualiserades så snart det problem, varom fråga vore, hade någon likhet med det problem som beskrivits i lagtexten sådan denna kunde läsas efter vanligt språkbruk.⁵⁴ Den andra betydelsen skulle vara mer exakt — om tolkning i denna betydelse finge blott talas i sådana fall då det gällde att fastställa lagtextens värde såsom argument vid prövningen av ett rättstillämpningsproblem.

Det kunde synas som om vi i och med detta hade kommit

kan därför i själva verket icke uppkomma.» — Jfr härmed skiljenämndens uttalande (a. a. s. 30): »Den tolkning skiljenämnden sålunda funnit bäst överensstämma med innehållet i § 11 medför . . .»

⁵⁴ Tolkning i denna betydelse skulle icke behöva avgränsas från »dragande av analogislut», från »utfyllnad» e. d. Det vore blott fråga om ett bekvämt sätt att antyda det förevarande problemets ungefärliga art. Jfr ovan, s. 100.

fram till ett nytt, sista alternativ (alternativ d), nämligen följande: Tolkning — i den mera exakta betydelsen — är att uppfatta såsom en verksamhet varigenom man bestämmer omfattningen av klassen 1) i det tidigare uppställda schemat. Emellertid begagnade jag följande beteckning för klassen 1): »Klassen av fall som betecknas av lagorden efter konventionellt språkbruk.» Kan det med god mening sägas att ett fastställande av »lagtextens värde såsom argument vid prövningen av ett rättstillämpningsproblem» är liktydigt med ett angivande av vad som »betecknas av lagorden efter konventionellt språkbruk»? — Detta problem kvarstår nu såsom det centrala problemet.

Det tycks mig klagörande att på denna punkt återknyta till den tidigare gjorda jämförelsen mellan civilingenjören och domaren. Antag att civilingenjören, vilken står inför uppgiften att lösa ett konstruktionsproblem, rådfrågar en handbok och där finner en anvisning om att ämnet »plast» är lämpligt såsom konstruktionsmaterial. Antag vidare att civilingenjören är oklar om vad som här skall avses med plast. Naturligtvis har han då anledning att ta reda på hur handbokens författare definierar detta ord eller — om författaren blott hänvisar till en språklig konvention — vilket språkbruk som handboken baserar sig på. Möjligen säger sig ingenjören, sedan han utfört denna efterforskning, att han nu har fått fram en »tolkning» av ordet plast.⁵⁵ Men antag att handbokens författare varken har givit någon definition eller kunnat bygga på något fast språkbruk. Vilka möjligheter står då civilingenjören till buds? — Han skulle naturligtvis kunna utnyttja andra kunskapskällor än handboken (exempelvis andra skrifter av samme författare) för att få klarhet i vad författaren faktiskt har avsett med sin anvisning i handboken, men det skulle säkerligen ej falla ingenjören in att göra detta. Han skulle säkerligen inskränka sig till att konstatera: »Uttalet i handboken säger mig ingenting!» Han skulle där efter inrikta sig på att lösa problemet med hjälp av annat kunskapsmaterial. Och det skulle säkerligen icke falla honom in att, sedan han så gjort, tänka sig saken på det sättet som

⁵⁵ Jfr resonemanget under b) ovan å s. 98 f.

om han i och med detta hade åstadkommit en precisering, en »tolkning», av handbokens anvisning. Jag tror att det skulle väcka förstämning om ingenjören i en fackmannakrets yttrade följande: »Genom en teleologisk tolkning av ordet plast i handboken har jag fått fram att detta material är lämpligt såsom byggnadsmaterial.»

Vilka omständigheter skulle då kunna motivera att domaren borde bruka lagen på ett annat sätt än det varpå ingenjören brukar handboken? — En möjlighet vore att man skulle ta fasta på den tidigare berörda omständigheten att lagen skall utgöra icke blott en kunskapskälla för domaren utan även ett direktiv. Denna omständighet torde emellertid sakna betydelse i detta sammanhang. Lagtexten kan icke anses bli tydligare (ge mer fullständigt besked) av det skälet att lagtexten skall tillmätas särskilt stor betydelse såsom argument.⁵⁶ — En annan omständighet som skulle kunna anses beaktansvärd är att ingenjören och författaren till hans handbok kan utnyttja ett språkbruk som är i högre grad exakt än vad det språkbruk är som domaren och lagstiftaren har att bygga på. Detta måste få till följd att lagtexten blir långt mer mångtydig än texten i en teknisk handbok.⁵⁷ Men icke heller denna omständighet kan i och för sig ge domaren anledning att betrakta sitt tolkningsproblem med andra ögon. Ty även om det för domaren oftare än för ingenjören skulle komma att inträffa att den text som står till förfogande ej ger klart besked om hur han skall lösa sitt problem så kan det frågas varför icke domaren i detta läge skulle kunna förfara på motsvarande sätt som ingenjören, dvs. på det sättet att han omedelbart inriktade sig på att åstadkomma en komplettering av kunskapsförrådet. Det förefaller tydligt att en sådan metod vore icke blott möjlig att begagna utan även ur vissa synpunkter särdeles rekommendabel: metoden skulle ge största möjliga garantier för att domaren icke »intolkade» en del främmande element i lagen och därigenom gäve dessa element — måhända godtyckligt utvalda — alltför stor dominans.

⁵⁶ Jfr exempelvis det fallet att en arbetsförman av civilingenjören fått anvisningen: »Följ handboken!»

⁵⁷ Se härom närmare Ross, Om ret og retfærdighed, särskilt s. 141.

Men skulle icke en sådan metod vara förenad med den nackdelen att domaren mycket ofta komme att ställas inför »luckor i lagen»? Härpå torde kunna svaras att metoden varken skulle öka eller minska antalet luckor i lagen, den skulle blott leda till att domaren oftare finge anledning att öppet erkänna förekomsten av sådana luckor. Och en lucka i lagen är icke, brukar det sägas, liktydig med en »lucka i rätten»⁵⁸; domaren är icke lämnad i sticket blott därför att lagen ej ger honom besked, han har även annat kunskapsmaterial att utnyttja. Emellertid är att märka att metoden skulle kunna leda till en olämplig deklassering av vissa argument som van-

⁵⁸ Det förekommer att man talar om »Füllung von Rechtslücken». Så t. ex. WESTERMANN (s. 30) i det nyligen utkomna arbetet *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*. Westermanns syn på domarens uppgift sammanfattas (s. 40) på följande sätt: »Dem Richter obliegt es, die im allgemein wirkenden und bindenden Gesetz konkretisierte Gerechtigkeitsidee streitentscheidend auf den Einzelfall anzuwenden . . .». I sin verksamhet måste domaren begagna sig av »Auslegung» och »Analogie»: »Diese Möglichkeiten öffnen die Wege zur fortwährenden Anpassung des Rechts an die wandelbare soziale Wirklichkeit.» (s. 30). »In der Berufung zum Richter liegt auch die Delegation zur Rechtsschöpfung.» (s. 31). »Die richterliche Rechtsschöpfung wird in erster Linie geeignet sein, einen rechtsfreien Raum zu füllen.» (s. 32). Domaren får icke tillgripa »eine Zweckmässigkeitsentscheidungen». Sistnämnda ståndpunkt motiveras bl. a. därmed(!) att dylika avgöranden skulle erfordra »eine nicht am Recht und der Gerechtigkeit ausgerichtete Methode und Ausbildung, sondern eine von dem betreffenden Lebensgebiet gespeiste Erfahrung.» (s. 39). — Detta resonemang aktualiserar många frågor. Först kan spörjas hur tanken på att domaren skulle vara »rättsskapande» går ihop med den eljest ofta framförda åsikten att rätten saknar luckor. Härpå skulle jag tro att man bör svara följande: Ett uttalande om att rätten saknar luckor måste uppfattas såsom ett missvisande uttryck för det förhållandet att domaren är skyldig att ge dom över varje honom förelagt fall oberoende av om han därvid kan såsom kunskapsunderlag begagna sig av någon lagtext eller icke; ett uttalande om att domaren är »rättsskapande» måste åsyfta samma förhållande; skillnaden mellan de båda uttalandena måste under sådana förhållanden hänföra sig till det sätt varpå man begagnar sig av termen »rätt»; i den förra utsagan begagnar man denna term såsom beteckning för alla sådana kunskapsfaktorer som domaren kan få att göra bruk av, i den senare utsagan däremot låter man termen få en mer inskränkt betydelse (man tänker sig kanske att vissa »icke-rättsliga» faktorer får »rättslig» valör först genom att de tagits i bruk såsom underlag för en dom). Jfr härtill ovan, s. 92. — Beträffande Westermanns uttalanden om »Gerechtigkeit», jfr LUNDSTEDT, *Grundlinjer i skadeståndsrätten*. Senare delen. Strikt ansvar. Band II: 2. S. 106 ff. samt passim.

ligen anses kunna hämtas från lagtexten sådan denna kan »tolkas». Detta framträder tydligast om vi riktar uppmärksamheten på förhållandet mellan lagbestämmelser av kasuistisk typ och generellt avfattade lagbestämmelser. Lagbestämmelser av det förstnämnda slaget måste bygga på den förutsättningen att det som sägs i lagtexten skall kunna anses med samma styrka gälla beträffande även vissa andra problem än det som lagtexten refererar till enligt vanligt språkbruk. Och generellt avfattade lagbestämmelser måste ofta anses innefatta ett — i fråga om styrka likvärdigt — direktiv om att »tillämpning ex analogia» ej får ske. Tydligen måste man utgå från att det finns vissa systematiska hänsyn, bl. a. sammanhängande med lagskrivningstekniken, vilka är i lika hög grad beaktansvärda som själva lagtexten. Om man med tolkning skulle avse blott ett fastställande av lagordens betydelse enligt konventionellt språkbruk så finge man följaktligen medge att man icke genom tolkningsverksamhet kan få fram samtliga de argument som rimligtvis bör anses utgöra argument av högsta rangen.

Vore det då icke — hit synes hela resonemanget leda fram — både enklast och metodiskt mest klargörande att beakta hela den under benämningen »lagtolkning» vanligen åsyftade problematiken såsom en integrerande del i en metodlära som avsåge *sättet att kalkylera fram gällande rätt* och att i övrigt släppa kravet på att ordet tolkning skulle behöva ha en fixerad betydelse?^{58a} — Om man begagnar denna utväg — och om man accepterar den i föregående avsnitt framlagda teorien om innebörden av gällande rätt⁵⁹ — så blir konsekvensen att följande kan sägas: Ett karakteristikon för »tillämpning av gällande rätt» är att domaren utför en beräkning som bl. a.

^{58a} Ordet »tolkning» förekommer ofta i *skiljeavtal*. Ett skiljeavtal kan exempelvis avse »tolkningen och tillämpningen» av ett kontrakt. Naturligtvis är det angeläget att man med så stor exakthet som möjligt skall kunna fastställa ett sådant skiljeavtals räckvidd. Jag tror emellertid att det problem som därvid aktualiseras har helt andra aspekter än problemet om *lagtolkningens* innebörd. Det tycks mig tvivelaktigt om det finns anledning att göra åtskillnad mellan å ena sidan ett skiljeavtal som avser »tolkning och tillämpning» av ett kontrakt och å andra sidan ett skiljeavtal som avser »tvister i anledning av» ett kontrakt.

⁵⁹ Se ovan, s. 90 f.

utmärks därav att domaren tillmäter olika vikt åt skilda slags argument efter en viss bestämd rangskala; såsom argument av högsta rangen bör därvid betraktas dels lagtexten sådan denna kan uppfattas efter konventionellt språkbruk, dels vissa systematiska hänsyn⁶⁰ som, ehuru icke uttryckligen framhåvda i lagtexten, måste anses ha fundamental betydelse såsom givande lagtexten ett menings- och motivationssammanhang⁶¹; att laborera med begreppet lagtolkning såsom ett preciserat begrepp är onödigt och vilseledande; de s. k. »tolkningsdata» bör ej inordnas i samma kategori som lagtexten utan bör beaktas såsom fristående kunskapsfaktorer av lägre valör.⁶²

Det kan emellertid förefalla som om en sådan ståndpunkt skulle vara svår att förena med vissa aktuella åsikter inom den allmänna rättsläran. Enligt det nyss beskrivna betraktelsesättet skulle det icke vara behövt att begagna skilda juridiska principer å ena sidan för fall beträffande vilka en lagtext kunde synas ha relevans (lagtolkningsprinciper) och å andra sidan för fall beträffande vilka lagen kunde anses iaktta tystnad.⁶³ I båda dessa kategorier av fall kunde domaren

⁶⁰ Se HELLNER i SvJT 1956 s. 11.

⁶¹ Det är uppenbarligen i högsta grad tveksamt om, och i så fall var, en gräns kan dras mellan två sådana kategorier som de under »dels . . . dels . . .» angivna. Jfr, såsom exempel på skiftande åsikter, HULTS uppsats »Lagens bokstav och lagens andemening» i SvJT 1952 s. 579 ff. samt ROSS' utredning i Om ret og retfærdighed, s. 132 ff. (Enligt ROSS, s. 141, är »kontekst og situation de fundamentale hjælpemidler for den juridiske fortolkning, og den synonymisk-systematiske metode spiller kun den samme mere beskedne rolle som i anden ikke-videnskabelig sprogbrug».) Jag kan självfallet icke här ingå närmare på detta problem. Jag skulle emellertid vilja ifrågasätta om icke det i texten föreslagna betraktelsesättet kan medföra den fördelen att svårigheterna med den nyssnämnda gränsdragningen i viss mån förlorar praktisk betydelse.

⁶² I framställningen nedan å s. 211 ff. har jag försökt begagna mig av en metod sådan som den här föreslagna.

⁶³ Jfr härtill THORNSTEDTS uppsats »Legalitet och teleologisk metod i straffrätten» i Festskrift tillägnad Nils Herlitz. Thornstedt framhåller (s. 363) att han icke har befattat sig med »rättstillämpningen beträffande frågor, som icke äro lagreglerade, och på sådana områden, där skriven lag saknas» samt tillägger: »Det är självfallet, att där finnes betydligt större utrymme för teleologiska överväganden än vid ren tolkning av strafflag.» — När kan det då

få tillräcklig vägledning genom att begagna principen för beräkning av gällande rätt. Sistnämnda princip finge över huvud taget anses brukbar helt oberoende av beskaffenheten av det kunskapsmaterial som i det förevarande fallet stode domaren till buds. — Kan då detta betraktelsesätt förenas med de åsikter som framställts i debatten kring »lagtolkningsmetoderna»?

Det förefaller mig som om detta skulle vara möjligt. Ja, det tycks mig rentav som om man genom att omfatta det betraktelsesätt som här varit på tal skulle kunna nå ökad klarhet rörande de realiteter som sagda debatt sysslar med. Jag skall försöka illustrera detta genom att knyta an till följande båda uttalanden: a) »Domaren bör begagna en subjektiv lagtolkningsmetod (tolka lagen efter lagstiftarens intentioner).» b) »Domaren bör begagna en teleologisk lagtolkningsmetod.» — Först skulle jag vilja fråga: Skall dessa båda skilda rekommendationer anses gå ut på att domaren bör i ena fallet på ett sätt, i andra fallet på ett annat sätt fastställa lagordens språkliga betydelse? Nej, det finns ingen anledning att uppfatta saken så. En andra fråga: Finns det någon typ av kunskapsmaterial som skall anses relevant enligt metoden a) men icke enligt metoden b) eller vice versa? Det-

sägas att en fråga icke är »lagreglerad»? Och när kan det sägas att »skriven lag saknas»? Thornstedt synes icke ha preciserat sig närmare på denna punkt. Så mycket synes emellertid vara klart som att han med »tolkning» avsett även en sådan verksamhet som jag härovan beskrivit såsom ett beaktande av kunskapsfaktorer av lägre valör. Men antag att vi befinner oss på ett område där skriven lag odisputerligen saknas. Med vilken mening kan det sägas att det på detta område finns större utrymme för »teleologiska» överväganden (ordet »teleologisk» har jag i min framställning avsiktligt undvikit därför att jag har en känsla av att ordet ej passar särdeles väl in i ett tanke-system vars huvudpelare är »kunskapsmaterial» — »ställningstagande»)? Härpå skulle jag vilja svara följande: Det finns i båda fallen — jag förutsätter att det är fråga om svåravgjorda fall — lika god anledning att reflektera över vilka verkningar i samhällslivet som det ena eller det andra lösningsalternativet kan beräknas få. Skillnaden är blott den att resultatet av sådana överväganden kan, om skriven lag saknas (och om ej heller andra rättskällor av högre valör kräver beaktande), omedelbart läggas till grund för domen, under det att i det motsatta fallet resultatet måste konfronteras med lagtexten, vilket kan få till följd att ett annat lösningsalternativ slutligen måste väljas.

ta kan kanske anses mer tvivelaktigt. Möjligen skulle det kunna hävdas exempelvis att rekommendationen under a) skulle anses innebära att domarens kunskaper om samhället och däri rådande värderingar borde anses irrelevanta samt att rekommendationen under b) skulle anses innebära att lagens förarbeten icke finge tillmätas någon betydelse. Men detta vore en orimlig förenkling av problemet. Även den mest renodlade subjektiva lagtolkningsmetod måste inrymma viss möjlighet för domaren att ta hänsyn till sin egen kunskap om samhället, och även en avancerad teleologisk lagtolkare måste medge att förarbetena kan anses av intresse såsom givande anvisning om argument vilka eljest skulle ha kunnat förbises. Under sådana omständigheter tycks det mig som om de båda rekommendationernas innebörd skulle mest adekvat och tydligt kunna anges om rekommendationerna formulerades såsom utsagor om vilken rangplats såsom argument som borde tillerkännas de särskilda kunskapsfaktorer som åsyftas med rekommendationerna.⁶⁴ Om man betecknar problemet såsom ett problem om att välja mellan skilda lagtolkningsmetoder löper man risk att förenkla — och i onödan tillspetsa — problemet: man kan lätt tycka sig stå inför ett val där det gäller att upphöja den ena eller den andra av två slags kunskapsfaktorer till rangen av något med lagtexten likvärdigt.

Med den i detta och närmast föregående avsnitt redovisade undersökningen har jag åsyftat att fixera en utgångspunkt från vilken det skulle vara möjligt att studera, och i viss mån systematisera, vissa tänkbara slag av »icke-strikt» rättstillämpning. Genom acceptering av den teori rörande innebörden av gällande rätt som jag skisserade i föregående avsnitt och av det betraktelsesätt som det nu fullbordade avsnittet gi-

⁶⁴ Jfr Ross (Om ret og retfærdighed, s. 166): »Det der adskiller subjektiv og objektiv fortolkningsstil er i virkeligheden kun deres stilling til, hvorvidt lovens forarbejder kommer i betragtning som et fortolkningsdatum til belysning af lovens formål og nærmere mening i enkeltheder.» . . . »Egentlig beror forarbejdernes betydning på en ren og skær konvention.» — Se även SCHMIDTS påpekande (Festskrift tillägnad Nils Herlitz, s. 276) om att »direktiv genom förarbeten» betraktas som »direktiv av andra rangen».

vit en antydan om tycker jag mig ha funnit en sådan utgångspunkt. Innan jag övergår till de alternativa rättstillämpningsmetoderna skall jag emellertid nu till särskild granskning upptaga en invändning, tidigare blott omnämnd, som skulle kunna riktas mot stora delar av det hittills förda resonemang-
et: invändningen att jag betraktat rättstillämpningens problem endast såsom ett problem om att utnyttja kunskaper och att jag därigenom underskattat betydelsen av domarens värderingar.

§ 4. KRÄVER STRIKT RÄTTSTILLÄMPNING ATT DOMAREN »VÄRDERAR»?

Då en domare (skiljeman) skall träffa ett avgörande kan han naturligtvis icke stanna vid att blott tillgodogöra sig ett visst kunskapsmaterial. Han måste, som saken träffande kan formuleras på engelska, »act upon his knowledge». Men — den frågan är det som nu skall behandlas — är det icke så att därjämte även en *värdering* måste komma med i spelet?⁶⁵ Består icke det material, varpå domaren baserar sitt handlande, av såväl kunskaper som värderingar (»etiska», »sociala», »politiska» etc.)?

Spörsmålet måste till en början preciseras. Med »värdering» kommer jag i det följande att avse »ett sådant själs-läge, som normalt kan uttryckas med satser av typerna 'detta är gott', 'detta är rätt' eller 'detta bör ske'». ⁶⁶ — Till förtydligande av denna definition skall jag ange vissa sakförhållanden, ofta i litteraturen åsyftade med termen värdering, som jag icke kommer att debattera.

Utanför debatten faller den omständigheten att domaren — liksom var och en som står i handlingsberedskap — alltid nödgas välja mellan två eller flera möjligheter: denna omständighet finge anses axiomatiskt given även om det förhöl-

⁶⁵ Att så är fallet har i svensk litteratur särskilt hävdats av AHLANDER i de båda arbetena *Är juridiken en vetenskap?* och *Om rätt och rättstillämpning*.

⁶⁶ Denna definition har givits av HEDENIUS i arbetet *Om rätt och moral*, s. 24.

le sig så att en värdering i nyss angiven mening alltid ingår i det material som domaren hade att bygga på.

Utanför debatten faller likaså den omständigheten att ett komplicerat kunskapsmaterial ofta måste göras till föremål för en intellektuell bearbetning, en uppskattning eller, som det ofta uttrycks, en »värdering».⁸⁷ Om en domare exempelvis har inhämtat upplysningar om hur vissa köpmän har handlat i vissa situationer och om han därav har slutit sig till förekomsten av ett faktiskt, »normalt» beteende inom affärslivet så är det icke fråga om någon värdering i tidigare nämnd betydelse; det är fråga om en konstaterbart riktig eller konstaterbart oriktig tillämpning av sannoliketskalkylen; resonemanget skiljer sig ej i något avseende från sådana resonemang som brukar förekomma inom naturvetenskaperna.

Vidare tycks det mig vara av stor vikt att hålla i minnet att *kunskapen om i samhället rådande värderingar* är en kunskapsfråga, icke en värderingsfråga.⁸⁸ Exempelvis är det tydligt att ett uttalande om att viss lösning av ett problem skulle komma att⁸⁹ väcka irritation hos allmänheten är ett uttalande som kan vara sant eller falskt, ett uttalande som kan beläggas eller kritiseras med stöd av fakta, ett uttalande som över huvud taget alls ej behöver innefatta någon värdering. (En sak för sig är att det kan ligga mycket nära till hands att faktiskt låta ett sådant uttalande få en tendens som svarar mot sagesmannens egen värdering; detta är en fråga om vilja och förmåga till fördomsfritt tänkande och god observation.)

Efter denna terminologiska precisering kan såsom utgångspunkt för resonemanget konstateras att det kunskapsmaterial varav domaren skall betjäna sig vid rättstillämpningen ofta är i hög grad ofullständigt. Ofta förhåller det sig så att

⁸⁷ Jfr termen »bevisvärdering».

⁸⁸ Se HEDENIUS, Om rätt och moral, s. 37, samt LUNDSTEDT, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget, s. 84, där det hävdas att rättsvetenskapen bör låta sig omedelbart ledas »av sina kunskaper om samhället och vad detas intressen fordra enligt allmänt rådande värderingar».

⁸⁹ Att det här är fråga om en framtida händelse har icke någon principiell betydelse, se BOLDING, Bevisbördan och den juridiska tekniken, s. 57, noten. Annan åsikt: DANIELSSON i uppsatsen »Några anmärkningar till 35 kap. 5 § rättegångsbalken» (i Försäkringsjuridiska föreningens publ. nr 10), s. 15.

skilda lösningar av ett problem mot bakgrund av kunskapsmaterialet framstår såsom ungefär lika rimliga — ja, det kan t. o. m. i vissa fall te sig för domaren som om skilda lösningar vore alldeles lika rimliga. Under sådana omständigheter är det självfallet att domaren har möjlighet att i viss mån låta egna värderingar bli utslagsgivande utan att han fördenskull behöver riskera att träffas av sanktioner eller att få sitt anseende för objektivitet förminskat.^{69*} Men är även den slutsatsen motiverad att domarens egna värderingar *ofrånkomligen måste ha* utslagsgivande betydelse?

En nödvändig betingelse för riktigheten av en sådan tes tycks mig vara att domaren alltid skulle ha en — ytterst exakt — *värdering att skjuta in på varje punkt där kunskapsmaterialet brister*. Och jag kan inte förstå annat än att det är orealistiskt att räkna med en sådan betingelse. Jag skulle följaktligen vilja göra gällande att man gör sig skyldig till en otillbörlig förenkling av problemet om man karakteriserar domarens värdering såsom en nödvändigtvis förhandenvarande, utslagsgivande faktor. För att belysa detta påstående skall jag anknyta till ett exempel som är av sådan art att det ofrånkomligen synes aktualisera en värderingsfråga.

Antag att en domare skall pröva huruvida han skall från vittnesplikt befria en man som, därest han avgåve utsaga, kunde förmodas komma att röja att han haft sexuell förbindelse med en gift kvinna. Lagtexten (RB 36: 6) utsäger att mannen må vägra att yttra sig angående omständighet vars yppande skulle röja att han förövat »vanärande handling». De citerade orden ger ej mycken ledning. Och låt oss, för att ställa frågan på sin spets, förutsätta att alls ingen ledning stode att finna av rättspraxis.⁷⁰

Domaren ställs här inför flera svårigheter. Bl. a. är att märka att hans kunskap om de i samhället rådande värderingarna är mycket begränsad. Han kan utan tvivel konstatera att olika värderingar förekommer i olika samhällsgrupper och att hans egen värdering sålunda ej kan förutsättas vara rep-

^{69*} Jfr nedan, s. 147, om vikten av att rättstillämpningen följer ett formalistiskt mönster.

⁷⁰ Frågan har prövats bl. a. i rättsfallet NJA 1952 s. 262.

representativ. Sociologiska forskningar skulle kunna ge honom bättre besked, men han tvingas ta ställning till problemet utan att kunna begagna sig av sådana. Därtill kommer att han kan anse det tvivelaktigt huruvida kunskap om allmänhetens värderingar ens borde anses vara av relevans i målet och, därest så vore fallet, huruvida han borde inrikta sig på att finna ett genomsnittstal för värderingarna i samhället i dess helhet eller om han borde ta särskild hänsyn till värderingarna inom någon bestämd, på visst sätt avgränsad, social grupp. Ytterligare bör märkas att det ej är alldeles säkert att domarens egen värdering är fix och färdig. Visserligen är det här fråga om ett problem som väl för de flesta människor aktualiserar en bestämd tanke om gott eller ont, men när domaren sitter till doms är han vanligen angelägen om att förhålla sig kritisk till värderingar, även till sådana som han låter sig behärskas av i privatlivet.

Låt oss då granska några alternativa resonemang, starkt förkortade, som en domare skulle kunna lägga till grund för sitt avgörande i det nu berörda fallet:

1) (domaren låter en egen värdering bli helt avgörande) »Jag behöver inte bekymra mig om att ta ställning till vilka värderingar som råder i samhället. Min egen värdering är klar: köns- umgänge utanför äktenskap är ingenting att klandra. Någon inskränkning i vittnesplikten är ej motiverad.»

2) (domaren accepterar okritiskt en egen värdering såsom bevis för en »genomsnittlig» samhällelig värdering) »Min egen värdering är klar och delas säkert av de flesta människor: Karlen måste vittna.»

3) (domaren har en bestämd egen värdering samtidigt som han har en starkt misantropisk uppfattning om de i samhället rådande värderingarna) »Själv anser jag otrohet vara en styggelse. Men det är nog inte många människor i detta dekadanta moderna samhälle som delar den åsikten. Jag måste, tyvärr, böja mig för majoriteten. Alltså måste jag ålägga karlen att vittna.»

4) (domaren är särdeles obenägen för personliga engagemang och intar en utpräglad skeptisk attityd) »Själv har jag — oerfaren som jag är — ingen bestämd åsikt om vad man bör kunna tillåta sig i sexuella sammanhang. Ej heller vet jag något närmare bestämt om vad 'folk i allmänhet' har för uppfattning. Dessutom finner jag det högst tveksamt huruvida man bör anse det vara av betydelse vad 'folk i allmänhet' anser i denna fråga.

Hela problemet tycks mig därför vara så tvivelaktigt att jag egentligen lika gärna skulle kunna singla slant om saken som att — på alldeles lösa grunder — bestämma mig för den ena eller den andra utvägen. Men jag måste ju bestämma mig. Jag ålägger karlen att vittna: han besvarar sig nog inte över det, däremot är det mycket troligt att käranden skulle besvara sig om jag skulle befria från vittnesplikt.»

5) (en domare med utpräglade kunskapskritiska ambitioner) »Visserligen har jag en bestämd personlig värdering, men denna måste jag anse ovidkommande. Det avgörande måste vara att söka komma till klarhet om vilka värderingar som just nu 'genomsnittligt' råder i det svenska samhället, ty jag kan inte finna något som helst argument som skulle kunna tala för att värderingarna inom någon viss samhällsgrupp borde tillmätas speciell betydelse, ej heller kan jag finna något skäl att undersöka vilka värderingar som funnits under andra tider eller som finns i andra länder. Vilka värderingar råder då 'genomsnittligt' här i landet? Det vet jag inte mycket om. Jag måste emellertid ta ställning till problemet i målet, och jag måste grunda mitt avgörande på en hypotes om vilka värderingar som faktiskt råder. På basis av det kunskapsmaterial som jag besitter tycker jag mig kunna beräkna att det sannolikt förhåller sig så att en övervägande del av befolkningen i vårt land anser 'otrohet i äktenskapet' såsom något förkastligt. Jag bör under sådana förhållanden ta ställning till problemet på det sättet att jag icke ålägger mannen att vittna.»

Det tycks mig nu främst vara av intresse att ta fasta på det under 5) återgivna resonemanget. Inbegrips en domarens personliga värdering i detta resonemang? Ja, otvivelaktigt inrymmer resonemanget åtminstone värderingen »det är lämpligt att jag vid ställningstagandet till mitt problem såvitt möjligt låter mig ledas av mina kunskaper!». Att märka är emellertid att en sådan värdering måste anses utgöra en förutsättning för all verksamhet som man brukar kalla »vetenskaplig» eller »objektiv» och att denna värdering sålunda ej påkallar särskild uppmärksamhet i detta sammanhang. Kan då någon annan värdering anses implicerad i resonemanget? Möjligen skulle det kunna sägas att så är fallet; exempelvis skulle man kunna mena att det ligger en värdering dold bakom uttalandet om att domaren måste grunda sitt avgörande på en hypotes om vilka värderingar som faktiskt råder. Emellertid tycks det mig högst tveksamt om det behöver förutsättas att det härvidlag är fråga om någon ytterligare värdering.

Visserligen är det ofrånkomligt att domarens resonemang kan sönderdelas i ett flertal särskilda led vilka vart och ett utmärks av att domaren tar ställning till ett problem, men kan det verkligen med skäl sägas att en domarens personliga värdering måste fogas in i varje sådant led? Det kan betvivlas. Låt vara att någon faktor naturligtvis måste vara utslagsgivande i varje situation där kunskapsmaterialet ej kan ge tillräcklig ledning; det tycks mig dock saknas skäl att förutsätta att en sådan faktor alltid måste utgöras av en värdering.

Låt oss emellertid lämna det sist berörda problemet öppet och utgå från att domaren, även om han inriktar sig på att helt låta sig ledas av sina kunskaper, dock ofrånkomligen influeras även av andra faktorer, dessa må sedan utgöras av värderingar eller av något annat. I så fall ställs vi inför följande problem: Finns det någon anledning att inom juridiken arbeta med en metodlära som avser även dessa senare faktorer? Finns det, med andra ord, skäl att begagna en metod som ej tar sikte enbart på kunskapsmaterial utan även på värderingar (eller sådana andra faktorer som det vid sidan av kunskapsmaterialet kunde vara fråga om)? Det förefaller mig som om denna fråga borde besvaras med nej. Varje metodlära bör förutsätta att domaren har kunskapskritiska ambitioner och måste göra halt på den punkt där icke kunskapsmaterial längre kan vara till hjälp.

metodlära

§ 5. FÖRSÖK TILL PRECISERING AV ANDRA TÄNKBARA RÄTTS-SKIPNINGSMETODER ÄN DEN SOM I DEN FÖREGÅENDE FRAMSTÄLLNINGEN BETECKNATS SASOM »STRIKT RÄTTSTILLÄMPNING»

A. Inledande anmärkningar.

Problemet om skiljemännens »bundenhet av den materiella rätten» är, såsom tidigare framhållits, synnerligen omstritt. Beträffande vissa omständigheter råder emellertid enighet i nordisk och kontinentaleuropeisk rätt.^{70a} Klart är till en början att det under inga förhållanden skulle kunna sägas att skiljemännen *alltid* borde anse sig *förhindrande* att utföra

^{70a} Märk, beträffande engelsk och amerikansk rätt, not 4 nedan å s. 132.

strikt rättstillämpning: det man har debatterat har varit deras möjlighet, icke deras skyldighet, att frångå den »materiel-la rätten».⁷¹ Vidare kan fastslås att det vore oriktigt att tänka sig att skiljemännen under alla tänkbara omständigheter skulle vara skyldiga att utföra strikt rättstillämpning: man måste i varje fall göra undantag för situationer — förutsedda i SkmL — där parterna givit sådana anvisningar beträffande skiljedomstolens sammansättning eller beträffande förfarandet att skiljemännen saknar faktisk möjlighet att inhämta och utnyttja tillförlitlig kunskap om gällande rätt. — Debatten måste tydligen avse följande närmare bestämda fråga: Hur skall skiljemännen handla i det fallet att parternas föreskrifter beträffande skiljedomstolens sammansättning och beträffande förfarandet i och för sig icke är till hinders för strikt rättstillämpning: skall skiljemännen i detta fall utföra strikt rättstillämpning eller skall de begagna någon annan rättsskipningsmetod?

Denna fråga ger emellertid genast anledning till en motfråga: Varför förutsätts det att parternas föreskrifter blott skulle kunna avse skiljedomstolens sammansättning och förfarandet; varför skulle icke anvisningarna kunna avse även rättsskipningsmetoderna eller särskilt dessa? — Denna motfråga aktualiserar ett spørsmål som otvivelaktigt bör anses ha grundläggande betydelse för hela den debatt som det här gäller.

Det måste enligt min mening accepteras såsom en fast utgångspunkt att valet av rättsskipningsmetod — om det över huvud taget bör finnas utrymme för ett sådant val — måste ske med utgångspunkt från parternas, icke från skiljemännens, intresse. Och om man accepterar denna utgångspunkt borde man, tycks det mig, komma till följande slutsats: Val-

⁷¹ Enligt HJEJLE (Frivillig Voldgift, s. 162) skall skiljemännen »som Regel ikke følge Loven». Detta motiverar han med bl. a. följande påstående (s. 161): »Naar Folk *frivilligt* giver sig ind under en privat Persons Bedømmelse, betyder det netop, at de har en større Tillid til denne Persons Evne til at ramme den retfærdige Afgørelse end til den ordinære Domstols Bedømmelse efter Loven . . . » — LINDBOE (Privat rettergang, s. 124) har, enligt min mening träffande, anmärkt: »Formålet med voldgiftsavtalen må vel like meget søges i den prosessuelle framgangsmåte, som i prinsippene for realitetsavgjerden.» Jfr ovan, s. 21 ff.

frihet för skiljemännen — om sådan skall anses föreligga — måste förknippas med möjlighet för parterna att inverka på skiljemännens val.⁷² Denna slutsats står emellertid i viss strid mot åsikter som framförts i svensk doktrin.

BERGLUND har i sin gradualavhandling anslutit sig till den åsikten att skiljemännen icke skulle vara bundna av »sträng rätt» utan »ha att taga hänsyn till vad billigheten kräver».⁷³ Eftersom han naturligtvis icke därmed har velat bestrida deras behörighet att tillämpa gällande rätt så måste hans åsikt innebära att han godtar en viss valfrihet för skiljemännen.⁷⁴ Att parterna skulle kunna inverka på skiljemännens val tycks Berglund emellertid vilja förneka. Han hävdar nämligen att parternas föreskrifter blott kan avse skiljeförfarandets »formella sida». Om föreskrifterna går härutöver, t. ex. om de innehåller att skiljemännen skall döma »efter sträng lag», så föreligger enligt Berglund en omständighet vilken borde fattas som förbehåll om vidare klanderrätt än lagen medger, vilket skulle få till följd att SkmL finge anses otillämplig.⁷⁵ — Argumentationen tycks mig icke vara bärkraftig. Det är att märka att felaktig rättstillämpning från skiljemännens sida icke kan

⁷² I den finska lagen stadgas (18 §) att skiljemännen skall »grunda sitt beslut på vad de anse rätt och billighet fordra». TIRKKONEN (Skiljemannaförfarandet, s. 54) drar härav bl. a. den slutsatsen att »parterna hava rätt att överenskomma, vilka materiellrättsliga stadganden skiljemännen skola tillämpa vid sakens avgörande».

⁷³ Se BERGLUND, Om skiljeavtal och skiljedom, s. 134 ff. Samma åsikt har hävdats av TRYGGER som uttalar (TfR 1895 s. 271) att skiljemännen är berättigade att låta billigheten »öfva samma inverkan på deras domslut som lagens formella stadganden». — En historisk exposé och en översikt över de skiftande åsikterna i litteraturen har lämnats av DILLÉN i hans tidigare nämnda uppsats i SvJT 1933. Frågan är alltså »sehr streitig» (SCHÖNKE, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, s. 452). Se beträffande dansk rätt HJEJLE, Frivillig Voldgift, s. 160 ff., beträffande finsk rätt TIRKKONEN, Skiljemannaförfarandet, s. 54, beträffande norsk rätt LINDBOE, Privat rettergang, s. 123, beträffande tysk rätt SCHÖNKE, das Schiedsgerichtsverfahren, s. 194 ff. Se vidare nedan, särskilt s. 130 ff.

⁷⁴ En »metod» enligt vilken skiljemännen skall ha behörighet att döma efter billighet måste redan i sig inrymma ett flertal alternativ, se härom nedan, särskilt s. 134.

⁷⁵ BERGLUND, Om skiljeavtal och skiljedom, s. 113. Kritik häremot av DILLÉN, SvJT 1933 s. 30. Se även LINDBOE, Privat rettergang, s. 126.

— annat än möjligen i mycket flagrant fall⁷⁶ — godtagas som skäl för en skiljedoms hävande. Det finns under sådana förhållanden ingen anledning att utgå från att en instruktion avseende rättsskipningsmetoden också måste anses innefatta ett förbehåll om klanderrätt; parterna kan ha starkt intresse av att kunna säga följande till sina skiljemän: »Vi vill att Ni skall döma enligt 'sträng lag', men vi godtar samtidigt principen om att klandertalan icke skall kunna föras av den part som till äventyrs menar att sträng lag icke blivit följd!»

DILLÉN har i en tidskriftsuppsats⁷⁷ och i avhandlingen »Bidrag till läran om skiljeavtalet» uttalat sig till förmån för den, även i äldre svensk litteratur framförda, uppfattningen att skiljemännen »hade att döma efter gällande rätt, såvida icke parterna annorlunda bestämt». ⁷⁸ Härav förefaller det som om Dillén ville godtaga en viss rätt för parterna att inverka på skiljemännens val av metod. Emellertid har Dillén i nyssnämnda avhandling även hävdatt att parterna icke äger disponera över »rättssatserna». ⁷⁹ Om här icke en motsägelse skall anses föreligga så får väl Dilléns ståndpunkt uppfattas såsom varande den att skiljemännen borde ta hänsyn till partsföreskrifter vid valet mellan dömande efter gällande rätt och dömande efter »billighet» men att mer speciella anvisningar beträffande rättstillämpningsmetodiken borde lämnas utan avseende. För en sådan distinktion torde det emellertid, enligt vad jag hoppas kunna visa i det följande, icke vara möjligt att finna någon rationell motivering.

Om den nyss framställda tesen är acceptabel så kan problemet sägas avse ett val mellan följande båda alternativ: 1) Gällande rätt får frångås endast i den mån detta är en ofrånkomlig konsekvens av föreskrifter som parterna lämnat angående skiljedomstolens sammansättning och förfarandets utformning; partsönskemål i fråga om rättsskipningsmetoderna bör i övrigt anses ovidkommande. 2) Skiljemännen

⁷⁶ Se nedan, s. 234 f.

⁷⁷ SvJT 1933 s. 15 ff.

⁷⁸ DILLÉN, Bidrag till läran om skiljeavtalet, s. 15.

⁷⁹ DILLÉN, a. a. s. 75. Märk emellertid även s. 19, not 39.

skall följa parternas direktiv; parterna har frihet att bestämma huruvida gällande rätt skall tillämpas eller någon annan rättsskipningsmetod skall begagnas.

Preliminärt har jag redan tidigare tagit ståndpunkt i detta val och därvid uttalat mig för att alternativ 2) borde anses som det riktiga.⁸⁰ Vid detta ståndpunktstagande åberopade jag emellertid blott viss typ av argument, nämligen argument som kunde hämtas från allmänna iakttagelser rörande skiljeförfarandets samhällsfunktion. Sedan frågeställningen blivit i vissa hänseenden preciserad skall problemet nu belysas närmare. Finns det några argument som talar för att den preliminära ståndpunkten borde övergivas och att alternativet 1) borde anses som det riktiga?⁸¹

I främsta rummet är det då av intresse att konstatera att den svenska SkmL lämnar problemet öppet. I dess 13 §, den enda bestämmelse som här synes vara av intresse, stadgas:

»Under iakttagande av nedan givna bestämmelser om förfarandet hava skiljemännen att, i den mån hinder ej möter, tillämpa vad parterna därom må hava föreskrivit och att i övrigt handlägga saken opartiskt, ändamålsenligt och skyndsamt.»

Det förutsätts tydligen att parterna skall ha möjlighet att inverka på förfarandets utformning, men intet kan anses ut sagt om instruktioner som avser rättstillämpningen — det vore självfallet alldeles oriktigt om man skulle påstå exempelvis att det »av 13 § e contrario» skulle anses följa att instruktioner rörande rättstillämpningen finge anses otillåtna.

⁸⁰ Ovan, s. 23.

⁸¹ Mig veterligt finns det blott en författare som *uttryckligen* uttalat sig för alternativet 1, nämligen CONRADY i arbetet *Ist der Schiedsrichter bei der Entscheidung eines Rechtstreits an das materielle Recht gebunden?* Conrads åsikt måste emellertid ses mot bakgrunden av de terminologiska bestämmingar som han utgår ifrån, särskilt bestämningen av skillnaden mellan »Schiedsrichter» och »Schiedsgutachter». Genom »Bestellung des Schiedsrichters zugleich als Schiedsgutachter» kan parterna enligt Conrady åstadkomma »ein an das geltende Recht nicht gebundenes Schiedsgericht» (s. 82). Detta förefaller mig egendomligt. Den sakliga innebörden av att skiljemännen samtidigt skulle fungera såsom »Schiedsgutachter» vore väl i detta fall just den att de hade att rätta sig efter partsinstruktionerna. Skulle man ta hänsyn till partsönskemål endast om de framförts i form av anvisningar om att skiljemännen skulle fungera såsom både skiljemän och »Schiedsgutachter»?

Vidare torde kunna fastslås att svensk domstolspraxis ej ger skäl för någon slutsats vare sig i ena eller andra riktningen. Till följd av det sätt varpå vårt skiljerättsliga system fungerar — »materiell» klandertalan anses otillätlig — har domstolarna aldrig behövt direkt ta ställning till frågan om skiljemännens rättsskipningsmetoder. Ej heller synes något fall ha aktualiserats där domstolarna förutsättningsvis haft att uttala sig om valet mellan de här diskuterade alternativen. Såvitt jag kunnat upptäcka finns det icke ens några här relevanta *obiter dicta* att inregistrera — vilket väl får anses föga förvånande, eftersom sådana över huvud taget sällan förekommer i svensk praxis.⁸²

Det tycks alltså icke finnas några argument av högre valör att ta hänsyn till i detta sammanhang.⁸³ Uppgiften måste under sådana förhållanden bli att förutsättningslöst pröva de argument som har anförts eller skulle kunna anföras till stöd för den uppfattningen att alternativet 1) borde föredragas framför alternativet 2). Det tycks mig därvid vara av särskilt intresse att ställa följande frågor: Vilka närmare bestämda skäl kan anföras för den ofta hävdade uppfattningen att parterna inom den ordinära processen bör ha möjlighet till »materiella förfoganden» men icke till förfoganden över »rättssatserna»?⁸⁴ Bör icke dessa skäl tillmätas lika stor betydelse med avseende på skiljeförfarandet som med avseende på den ordinära processen?

För att dessa frågor skall kunna anses ha god mening måste det naturligtvis förutsättas att det kan göras en åtskillnad mellan materiella förfoganden och förfoganden över rättssatserna. Men är detta möjligt? Låt oss granska några exempel på partsinstruktioner:

1 a) »Om köparen vill göra gällande att varorna är bristfälliga skall han skriftligen reklamera; säljaren är fri från ansvar

⁸² Se ovan, s. 68.

⁸³ DILLÉN yttrar (SvJT 1933 s. 24 f.): »Under lagens tystnad och med hänsyn till bristen på en traditionell uppfattning torde spørsmålet om skiljemännens bundenhet vid gällande rätt få anses såsom en öppen fråga, för vars besvarande praktiska och teoretiska överbäganden få bli avgörande.»

⁸⁴ Se t. ex. KALLENBERG, Svensk civilprocessrätt, Band I s. 70 ff. och Band II s. 36 f.

för varornas beskaffenhet om reklamation icke kommit honom till handa inom fem dagar, räknat från den dag då varorna avlastats hos köparen.»

1 b) »I en eventuell blivande process mellan säljaren och köparen skall domaren lämna påståenden av köparen om bristfälligheter hos varorna utan avseende om icke domaren finner att skriftlig reklamation kommit säljaren till handa senast på femte dagen, räknat från den dag då varorna avlastats hos köparen.»

2 a) »I fråga om skyldighet att ... skall köparen rätta sig efter det uttalande som gjorts av högsta domstolens minoritet i rättsfallet ...»

2 b) »I händelse av process skall domaren, såvitt gäller köparens skyldighet att ... låta sig vägledas av det uttalande som gjorts av högsta domstolens minoritet i rättsfallet ...»

3 a) »Köparen och säljaren skall i alla sin förbindelser iakttä billighetens principer; de skall icke vara bundna av gällande rätt.»

3 b) »I händelse av process skall domaren döma efter billighetens principer; han skall icke vara bunden av gällande rätt.»

Först skulle jag vilja ställa följande fråga: Finns det något godtagbart skäl att göra en åtskillnad mellan å ena sidan de med a) betecknade klausulerna och å andra sidan de med b) betecknade klausulerna, en åtskillnad som skulle ta sig uttryck däri att väl de förra men icke de senare skulle tillmätas betydelse av domaren? — Som skäl för ett jakande svar på denna fråga skulle det möjligen kunna hävdas att a)-klausulerna *till skillnad från* b)-klausulerna skulle innefatta förfoganden över parternas rättigheter och skyldigheter. Detta vore emellertid en orimlig ståndpunkt, ty en utsaga om rättigheter och skyldigheter kan i det här aktuella sammanhanget ha god mening endast om utsagan refererar till ett kunskapsmaterial som förutsättes ha relevans såväl för parterna i deras mellanhavanden som för domaren i en situation där han har att ta ställning till parternas mellanhavanden. Under sådana omständigheter kan endast den skillnaden mellan a)-klausulerna och b)-klausulerna sägas föreligga att två skilda formuleringssätt kommit till begagnande. — Men kan det då sägas att den ena formuleringstekniken har så starka företräden framför den andra att det är rimligt att begagna formuleringarna som kriterier för en åtskillnad

i fråga om rättsföljderna? Det förefaller mig uppenbart att så icke kan anses vara fallet. Det vore högst besynnerligt om domaren, som uppenbarligen är skyldig att beakta en klausul av typen 1 a), samtidigt skulle vara skyldig att lämna utan avseende en klausul av typen 1 b) — han skulle vara skyldig att tillmäta betydelse åt direktiv som enligt ordalydelsen avsåge endast förhållandet mellan parterna under det att han skulle vara skyldig att anse sig obunden av sådana — i sak likvärdiga — direktiv som vore riktade till honom själv! — Det enda rimliga synes mig vara att acceptera en ordning enligt vilken språkliga lämplighetshänsyn får fritt utrymme vid valet mellan de skilda lagen av formuleringar.⁸⁵

Konsekvensen av det hittills sagda blir att domaren borde ta hänsyn till klausuler av typerna 1 a) och 1 b) samt att domaren borde anse klausulen 2 a) likvärdig med klausulen 2 b) och på motsvarande sätt jämställa klausulerna 3 a) och 3 b). Men den frågan kvarstår, om domaren över huvud taget borde fästa avseende vid sådana klausuler som de under 2 och 3 angivna. Vilka särskilda kännetecken har då dessa båda senare typer av klausuler jämförda med den första typen?

Först angående skillnaden mellan klausulerna av typen 1 och klausulerna av typen 2. — Denna skillnad synes icke avse något annat än att de senare klausulerna till skillnad från de förra innehåller *hänvisningar*. Men detta i och för sig kan naturligtvis icke åberopas såsom skäl för att klausulerna borde lämnas utan beaktande.⁸⁶ Om hänvisningarna är tydliga — och så är uppenbarligen förhållandet i detta fall — bör klausulerna rimligen tillmätas samma betydelse som om de utsagor, vartill hänvisning göres, hade varit intagna i klausulernas egna texter.

Däremot är det uppenbart att det föreligger en väsentlig skillnad mellan klausulerna under 1 och 2 å ena sidan samt klausulerna under 3 å andra sidan. De senare klausulerna ger

⁸⁵ Otivelaktigt är formuleringar av typen a) de oftast förekommande. Det ter sig väl i regel naturligast att formulera kontraktsbestämmelser såsom direktiv för parterna. Att märka är emellertid att saken ligger annorlunda till i sådana fall där det är fråga om *avslutade* transaktioner vilka parterna avser att underställa domstols prövning.

⁸⁶ Jfr nedan, s. 129, angående hänvisningar till främmande rätt.

över huvud taget icke någon tydlig anvisning om hur något förekommande problem skall lösas: de har en alltför vag utformning för att domaren skulle kunna begagna dem såsom direktiv för sin verksamhet.

När skall då en klausul av ifrågavarande slag anses vara i tillräckligt hög grad preciserad för att den ordinära domaren skall kunna tillmäta den betydelse? Denna fråga förefaller mig mycket tveksam. Emellertid skall jag ej närmare dryfta densamma. Jag kan nöja mig med att fastslå att de skäl som talar för att domaren i den ordinära processen bör bortse från partsinstruktioner rörande rättstillämpning *väsentligen avser instruktioner som har en vag karaktär*. Därmed är en utgångspunkt för den följande framställningen given: en av mina uppgifter måste tydligen bli att undersöka vilken grad av precisering som bör krävas för att en partsinstruktion skall kunna accepteras såsom direktiv för en *skiljedomstols* handlande.

Innan jag ger mig i kast med hithörande spörsmål bör jag emellertid ta ställning till ett särskilt problem: problemet om skiljemännens förhållande till *tvingande rätt*. Kan ett skiljeförfarande över huvud taget avse en fråga som aktualiserar tvingande rätt? Om så är fallet, bör skiljemännen följa partsdirektiv — ens de mest konkret utformade sådana — som innefattar avvikelser från den tvingande rätten? — Om någon av dessa frågor borde besvaras nekande så bleve konsekvensen att hela den följande diskussionen kunde begränsas till att avse instruktioner som icke kolliderar med tvingande rättsregler.

Enligt 1 § SkmL är det endast frågor »av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas»⁸⁷ som kan göras till föremål för skiljeförfarande; om en skiljedom givits beträffande en fråga av annan typ skall skiljedomen enligt SkmL 20 § anses ogill. Härav kan emellertid ej dras den slutsat-

⁸⁷ Paragrafens passus »... så ock fråga om ersättning för skada på grund av brott ...» saknar numera betydelse. En fråga av sistnämnda typ är nämligen enligt gällande RB att betrakta såsom havande »tvistemåls beskaffenhet»; se PLB s. 277 f.

sen att frågor avseende tillämpning av tvingande rätt ej skulle kunna tas upp inom ramen för skiljeförfarandet. En blick på avtalslagens regler om rättshandlingars ogiltighet kan åskådliggöra detta. Dessa regler kan i så måtto sägas vara tvingande som de icke kan åsidosättas genom förhandsavtal. Däremot är de icke tvingande i den meningen att parterna skulle vara förhindrade att träffa förlikning sedan väl den omständighet kommit i dagen som enligt lagen skulle göra ena parten berättigad att få rättshandlingen förklarad ogiltig.⁸⁸ Antag nu att två köpmän i ett kontrakt intagit en skiljeklausul enligt vilken »tvister angående avtalets giltighet och tillämpning» skall avgöras av skiljedomstol. Antag vidare att den ene köpmannen sedermera gjort gällande att avtalet skall anses ogiltigt på någon av de grunder som anges i avtalslagens 3 kapitel och att frågan skjutits hän till en skiljedomstol. Skall skiljedomstolen förklara sig obehörig med den motiveringen att det här är fråga om tillämpning av en tvingande rättsregel? Svaret måste bli nej.⁸⁹ Tvisten är av sådan art att »förlikning kan träffas». Det torde rentav kunna sägas att det för skiljeförfarandets funktionsduglighet är ofrånkomligen nödvändigt att skiljedomstolarna skall kunna befatta sig med tvister som avser avtals giltighet eller ogiltighet: det vore orimligt om en part skulle kunna göra en skiljedomstol obehörig blott och bart genom ett påstående om att avtalet tillkommit under inflytande av t. ex. svek från motpartens sida.

Men antag nu att parterna givit instruktioner som innefattar avsteg från tvingande rätt. Skall skiljemännen ta hänsyn till sådana instruktioner? — Härtill kan till en början sägas att skiljemännen bör ta hänsyn till instruktionerna åtminstone i sådana fall då en ordinär domstol skulle ha kunnat

⁸⁸ Om att tvingande rättsregler kan vara av skilda slag se CONRADI i SvJT 1951 s. 357 f. Ang. tillåtligheten av skiljeförfarande rörande spelskulder o. d. se TIRKKONEN, Skiljemannaförfarandet, s. 30.

⁸⁹ Se NJA 1936 s. 521. I målet yrkades att ett köpeavtal måtte förklaras ogiltigt jämlikt 30 eller 33 § avtalslagen. HD yttrade: »Sådana omständigheter hava icke förekommit att icke skiljedomsklausulen i det mellan parterna träffade avtalet — oavsett huruvida detta i övrigt kunde göras gällande eller icke — skulle vara bindande . . .»

göra detta. Här kommer i betraktande det praktiskt viktiga fallet att parterna givit föreskrift om att *utländsk lag* skall tillämpas. En sådan föreskrift kan enligt doktrinen bestå i en »kollisionsrättslig» eller en »materiellträttslig» hänvisning. I förra fallet är det fråga om en hänvisning till en främmande rättsordning som avses att vara tillämplig på parternas hela rättsförhållande, i senare fallet är det blott fråga om ett angivande av ett speciellt avtalsvillkor medelst hänvisning till bestämmelser i någon främmande lag. Båda dessa typer av hänvisningar — uppenbarligen är det omöjligt att med exakthet distingera dem från varandra — är under vissa betingelser att betrakta såsom juridiskt verksamma. En kollisionsrättslig — men ej en materiellträttslig — hänvisning anses kunna medföra att svenska tvingande rättsregler försätts ur spel, dock med den begränsningen att domsresultatet ej får komma i strid mot svensk ordre public.⁹⁰

Det brännande problemet är tydligen huruvida en skiljedomstol bör kunna, på instruktion av parterna, frångå tvingande rättsregler i sådana fall då en ordinär domstol skulle ha varit förhindrad att göra detta. Antag exempelvis att en skiljeklausul i ett köpeavtal innehåller följande föreskrift: »För den händelse tvist skulle uppstå om detta avtals giltighet skall skiljemännen tolka avtalslagens ogiltighetsbestämmelser restriktivt.» — Det skulle möjligen kunna tyckas som om parterna kunde ha ett legitimt intresse av att få en sådan föreskrift beaktad: ett intresse av att i visst fall kunna kalkylera med avtalet såsom givande en särdeles orubblig grund för parternas vidare transaktioner. Emellertid är att märka att ett sådant intresse, om det verkligen utgör ett gemensamt intresse för parterna, under alla omständigheter måste tas i beaktande såsom ett viktigt skäl mot avtalets hävande. Det torde över huvud taget vara kännetecknande för tvingande regler att de avser sådana situationer där antingen ingendera eller blott endera parten kan ha beaktansvärda intressen som strider mot reglerna i fråga, och det finns, såvitt jag kan förstå, ingen anledning att acceptera skiljeförfarandet såsom ett instrument med vars hjälp sådana regler skulle kunna

⁹⁰ Se NIAL, Internationell förmögenhetsrätt, s. 9 ff. Se även NIAL och DENNEMARK i SvJT 1955 s. 81 ff.

åsidosättas.⁹¹ Jag anser mig därför i det följande kunna utgå från att en skiljedomstol icke bör tillmäta betydelse åt partsdispositioner över tvingande rätt i vidare mån än vad detta är möjligt inom det ordinära domstolssystemet.⁹² Problemet om lämpligheten av att kräva och möjligheten av att åstadkomma preciserade anvisningar rörande rättstillämpningen kommer att behandlas helt med bortseende från tvingande rätt.

Under de närmast följande rubrikerna kommer jag att främst ta sikte på det fallet att parterna ingått skiljeavtal innan tvist uppkommit — längre fram (under rubriken F.) skall jag anlägga några synpunkter som särskilt avser »uppkomna» tvister.

B. Möjligheten av en »metod» som skiljer sig från den strikta rättstillämpningsmetoden endast därigenom att den inrymmer större handlingsfrihet för skiljemännen.

Såsom ett alternativ till den strikta rättstillämpningsmetoden ställer man ofta upp en »metod» som egentligen ej har något annat kännetecken än detta, att den ger skiljemännen större handlingsfrihet. Av särskilt intresse är den bl. a. i fransk rätt givna möjligheten att förordna skiljemännen till »*amiables compositeurs*».

Huvudregeln i fransk rätt är att skiljemännen skall följa »*les règles du droit*»⁹³ och, »*dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux*».⁹⁴ Bestämmelserna här om är effektivt sanktionerade: parterna har möjlighet att överklaga skiljedomen hos domstol (genom »*appel*» och genom »*requête civile*»).⁹⁵ Emellertid har parterna frihet att

⁹¹ Det är att betrakta såsom en fråga för sig huruvida — och i så fall under vilka betingelser — en skiljedom som är oförenlig med tvingande rätt bör kunna hävas av domstol. Se härom nedan, s. 222 ff.

⁹² Se NORRMÉN i FJFT 1934 s. 14 f. Se även ovan, s. 17 ff.

⁹³ Code de procédure civile, art. 1019.

⁹⁴ Art. 1009.

⁹⁵ Art. 1023 och 1026.

— redan i en före uppkomsten av en tvist upprättad skiljeklausul (»clause compromissoire») — träffa överenskommelser både om att överklagande ej skall få ske och om att skiljemännen ej skall vara bundna av ordinära formföreskrifter.⁹⁶ Därtill kommer så att parternas möjlighet att ge skiljemännen »pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs».⁹⁷ Vad innebär då detta, att skiljemännen skall fungera som amiables compositeurs, att de skall giva en »amiable composition»?

Till en början är att märka att en sådan instruktion till skiljemännen automatiskt skall anses inbegripa en föreskrift om att dessa ej behöver följa ordinära formföreskrifter.⁹⁸ Vidare medför instruktionen att rätten till appel bortfaller.⁹⁹ Dessa båda rättsföljder är emellertid, såsom nyss nämnts, knutna även till partsöverenskommelser som direkt enligt ordalagen befriar skiljemännen från formföreskrifter och avskär rätten till appel. Tydligt består därför det sakligt väsentliga däri att en amiable compositeur av lagen är befriad från skyldigheten att döma »d'après les règles du droit».¹

Men vilken rättsskipningsmetod skall då en amiable compositeur begagna? Av lagen får han ingen vägledning: den säger blott att han icke är skyldig att följa rättens regler. Bör han anse sig förhindrad att följa rättens regler? Denna fråga har doktrinen besvarat med nej.² Han skall enligt doktrinen ha full frihet att tillämpa gällande rätt men därjämte ha möjlighet att hämta skäl för sitt avgörande genom att »puiser dans l'équité». Équité är emellertid en grumlig källa att ösa ur, och det synes vara svårt att karakterisera institutet amiable composition på annat sätt än såsom en anordning enligt

⁹⁶ Art. 1009 och 1010. Om rätten till appel och requête civile uppgivits, så kvarstår dock rätten till »opposition en nullité». Se ROBERT, *Traité de l'arbitrage*, s. 213.

⁹⁷ Art. 1019.

⁹⁸ Se ROBERT, a. a. s. 64.

⁹⁹ Däremot icke rätten till requête civile; se ROBERT, a. st.

¹ Art. 1019.

² Se ROBERT, a. a. s. 67 och 135.

vilken skiljemännen får befogenhet att lösa en tvist efter ett tämligen fritt gottfinnande.³

Möjligheten att förordna skiljemän till *amiables compositeurs* utnyttjas i stor utsträckning inom fransk och därmed närbesläktad rätt. För den internationella skiljedomsverksamheten har detta vållat komplikationer, eftersom det ifrågavarande institutet är okänt för många rättsordningar och eftersom det på sina håll betraktas med stark skepsis. Särskilt illa anskrivet är institutet i England och U. S. A., där de skiljerättsliga systemen baseras på den förutsättningen att skiljemännen skall följa rättens principer.⁴ I internationella handelskammarens förliknings- och skiljedomsreglemente har problemet lösts på det sättet (Art. 19:3) att skiljemannen (-männen) får befogenhet att giva en *amiable composition* endast i det fall, att parterna »*sont d'accord pour lui donner ces pouvoirs, et à la condition que la sentence demeure susceptible de sanction légale.*» Institutet är emellertid under alla förhållanden en stötesten: det är till hinders för strävandena att åstadkomma universella regler för skiljeförfarandet.⁵

Man kan då fråga sig om det över huvud taget finns någon anledning att upprätthålla ett sådant institut som detta. Frågan har nyligen vid en internationell konferens⁶ tagits upp av fransmannen ROBERT. Robert påpekar att frågan om detta instituts berättigande markerar en skiljelinje mellan två legis-

³ Jfr följande uttalande av GORPHE (Les décisions de justice, s. 39): «L'équité est une notion vivifiante du droit, à laquelle on fait un appel constant en justice, mais qui reste complexe et différemment déterminée, parce qu'elle joue comme sentiment plus que comme concept.» — Jfr även, angående équité inom folkrätten, GIHL, Studier i internationell rätt, s. 61.

⁴ Enligt den engelska Arbitration Act, 1950, 21, skall en rättsfråga som uppkommer under ett skiljeförfarande om skiljemännen därtill finner skäl eller om part så påyrkar framläggas »in the form of a special case for the decision of the High Court». Motsvarande anordning finns föreskriven i den för vissa delstater i U. S. A. gällande Arbitration Uniform Act, 13.

⁵ Ang. svårigheterna inom den internationella lagstiftnings- och skiljedomsverksamheten se BAGGE i SvJT 1943 s. 1 ff. och s. 308 ff.

⁶ Se ovan, s. 34, not 21. Frågan har tidigare behandlats av fransmannen MARX i det av SCHÖNKE utgivna samlingsverket Die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil- und Handelssachen in Europa, Band II, s. 19 ff.

lativa system: »le système anglo-saxon qui prétend ne pas connaître l'amiable composition et le système de droit latin, disons, qui au contraire veut se rattacher à une amiable composition pour la distinguer d'un règlement des litiges en suivant les règles du droit». Det har alltid, säger Robert, varit svårt att karakterisera l'amiable composition: ingen har, såvitt Robert kunnat finna, lyckats ge någon absolut definition av institutet. Man har sagt att det utmärkande är skiljemännens möjlighet att »statuer selon l'équité et en écartant les règles du droit», men om man närmare undersöker saken så visar det sig, påstår Robert, att det endast är ett ytterst begränsat antal rättsregler som brukar åsidosättas. Som exempel nämner han preskriptionsreglerna (!), varjämte han påpekar förekomsten av »compensations en dehors des règles légales» (!). Roberts slutsats är att man borde överväga »la suppression de l'amiable composition ou plus exactement à rester muet en législation sur le fait de savoir si l'arbitre devra statuer selon les règles du droit». En sådan ordning skulle förutsätta att man eliminerade den i fransk rätt givna möjligheten att överklaga en skiljedom medelst appel.

»En effet, à partir de l'instant où l'appel serait supprimé, peu importerait de savoir si les arbitres ont statué selon les règles du droit ou selon la pure équité, car il ne s'attacherait aucune espèce de sanction à cette recherche: ils auraient statué, et l'auraient fait par une sentence motivée, cela suffit.»⁷

Såsom förslag till lagstiftaren tycks mig detta uttalande vara högst beaktansvärt. Det som Robert förordar är i själva verket ett legalt system som nära överensstämmer med det svenska: Vår lag iakttar ju tystnad om skiljemännens rättskipningsmetoder samtidigt som den icke ger möjlighet till begagnande av något rättsmedel motsvarande den franska rättsens appel. Men ett genomförande av ett sådant förslag skulle naturligtvis icke lösa problemet om skiljemännens bundenhet eller frihet i förhållande till gällande rätt. Tvärtom skulle, om förslaget genomfördes, detta problem bli än mer brännande, eftersom skiljemännen ej skulle kunna utgå från att gällande rätt borde tillämpas blott av det skälet att de icke

⁷ Atti del convegno 1954, s. 158 f.

förordnats till amiables compositeurs. Risken vore att man över lag finge räkna med en sådan osäkerhet som den vilken för närvarande vidlåder institutet amiable composition.⁸

Under sådana förhållanden kan följande fråga ställas: Vore det icke rimligast att acceptera ett system enligt vilket varje klausul som blott gäve en vag anvisning, innebärande att gällande rätt finge frångås — hit finge räknas icke blott klausuler om att skiljemännen skulle fungera såsom amiables compositeurs utan även klausuler om att de skulle ha befogenhet att döma »ex æquo et bono», efter »billighet», efter »rättvisa» e. d.⁹ — borde av skiljemännen lämnas helt utan avseende? För min del skulle jag vilja besvara denna fråga jakande och såsom skäl för detta ställningstagande hänvisa till vad jag tidigare anfört dels därom att skiljemännens val av rättsskipningsmetod — om ett sådant val skall anses stå öppet — bör ske uteslutande med hänsyn till parternas intressen, dels därom att parterna aldrig kan ha något intresse

⁸ Jfr följande uttalande av MARX (i SCHÖNKES nyssnämnda samlingsverk, Band II, s. 21): »An die Stelle des Schiedsrichters de jure und des amiable compositeur sollte auch in den Ländern, die diese beiden Institute kennen und für beide oft geradezu zwei selbständige Schiedsverfahren gebildet haben, wie Spanien und viele lateinamerikanischer Länder, der Schiedsrichter treten, der, wie in allen anderen Rechtssystemen, 'nach Recht und Billigkeit' endgültig entscheidet.» — Jfr även följande uttalande hos SCHÖNKE, Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 192: »Soll das Schiedsgericht sich, gleich dem Staatsrichter, streng an das geschriebene Recht halten und die Rechtsprechung der höchsten Gerichte beachten müssen oder hat es seine Aufgabe darin zu erblicken, unabhängig vom Gesetz nur nach Vernunft und Billigkeit zu entscheiden? Auch hier wird der Mittelweg der richtige sein.» — Man frågar sig: hur skall det vara möjligt att fastställa sträckningen av en »medelväg» då den ena av de båda övriga vägarna — »billighetens» väg — över huvud taget icke har kunnat kartläggas?

⁹ I den finska lagen om skiljemannaförfarande, 18 § 1 punkten, stadgas: »Skiljemännen handla under domaransvar, och skola de grunda sitt beslut på vad de anse rätt och billighet fordra.» Om den uppfattning som jag hävdat i texten godtoges borde skiljemännen icke låta orden »... och billighet ...» föranleda till frågående av gällande rätt annat än för den händelse parterna varit ense om att någon mer exakt alternativ rättsskipningsmetod borde komma till bruk. Det skulle med andra ord icke behöva förutsättas att de problem som jag behandlar i den följande texten ställer sig annorlunda i finsk än i svensk rätt.

i och för sig av att en föga preciserad rättsskipningsmetod begagnas.¹⁰

Om man accepterar denna åsikt och om man samtidigt ställer sig på den ståndpunkten att alternativa rättsskipningsmetoder bör kunna ifrågakomma inom skiljeförfarandets ram — detta är uppenbarligen en ståndpunkt som präglar den franska rätten — så ställs det problem på sin spets som jag nu skall övergå till att behandla: vilka möjligheter finns att ange någorlunda exakta rättsskipningsmetoder som skulle kunna konkurrera med den strikta rättstillämpningsmetoden och som samtidigt skulle kunna anses ha praktiskt värde?¹¹

Dispositionen av den följande framställningen, markerad genom rubrikerna C.—E., grundar sig på den tanken att en metod som kan sägas konkurrera med den strikta rättstillämpningsmetoden måste karakteriseras *därav* att skiljemännen baserar sitt avgörande på ett kunskapsmaterial av större eller mindre omfattning än vad som är normalt då strikt rättstillämpning sker, *därav* att skiljemännen tillmäter ett eller annat moment inom kunskapsmaterialet annan re-

¹⁰ Under den ovan (s. 34, not 21) omnämnda konferensen ställdes frågan vilken position de skandinaviska länderna kunde beräknas komma att intaga därest det internationella arbetet på skiljerättens område skulle resultera däri att två avgränsade skiljerättsliga system etablerades, det ena präglat av tysk-romansk, det andra av engelsk-amerikansk rätt. I ett svar på denna fråga framhöll jag att den svenska rätten har mer gemensamt med den tysk-romanska än med den engelsk-amerikanska rätten på förevarande område men framhöll även såsom min uppfattning att man i Sverige delar den engelsk-amerikanska skepsisen »about 'amiable composition' and about any system that makes it difficult to calculate the outcome of an arbitral procedure». — »I think it must be recognised that we have to be very much concerned, not only with actual conflicts where procedure has started, but also with those innumerable cases where an arbitration clause has been decided upon, but where no actual procedure will take place, because when trouble comes the parties want to do everything in their power to solve the matter by themselves, according to strict rules. If such tendencies are to be promoted it is quite necessary that the arbitrators sustain a policy of strictness.» (Atti del convegno 1954, s. 141 f.)

¹¹ Naturligtvis kan en sådan konkurrens icke innebära att varje tänkbart fall skulle lösas på ett sätt enligt den ena metoden, på ett annat sätt enligt den andra metoden. Jfr ovan, s. 85 ff.

lativ vikt än vad som svarar mot den strikta rättstillämpningsmetoden *eller därav* att en avvikelse av den förra typen kombineras med en avvikelse av den senare typen.¹²

C. Möjligheten av en metod enligt vilken skiljedomen skall baseras på ett kunskapsmaterial som helt eller delvis är mer omfattande än det material som en domare i ordinära fall förutsättes skola utnyttja.

Man brukar förutsätta att en ordinär domare är skyldig — såvitt gäller svensk rätt — »att känna eller ur lämpliga källor skaffa sig kännedom om den tillämpliga rättsregeln».¹³ Det kan mot bakgrund härav förefalla egendomligt att tänka sig möjligheten av en sådan metod som den i rubriken antydda. Men när det sägs att en ordinär domare skall »känna rättsregeln», vad kan menas med detta? En möjlighet vore att man här, som ofta eljest, med ordet rättsregel skulle åsyfta tillämplig lagtext.¹⁴ Naturligtvis måste emellertid en domares skyldighet sträcka sig längre än så: han måste anses skyldig att därjämte utnyttja andra rättskällor, exempelvis rättsfallen i Nytt Juridiskt Arkiv. Men om det icke blott är lagtext som åsyftas, är det då över huvud taget möjligt att bestämt ange hur långt domarens skyldighet att inhämta kunskaper sträcker sig? Det synes ofrånkomligt att denna fråga måste besvaras med nej. Och under sådana förhållanden finns det gott skäl att ställa frågan om icke skiljeförfarandet i vissa fall borde kunna utnyttjas av sådana parter som syftar till att få en sak särskilt ingående prövad.¹⁵

¹² Den sistnämnda eventualiteten — att två eller flera avvikelser kombineras — kommer icke att särskilt uppmärksammas i det följande.

¹³ GÄRDE m. fl., Nya rättegångsbalken, s. 477.

¹⁴ Jfr följande sats i RB 35: 2: »Ej heller erfordras bevis om vad lag stadgar.»

¹⁵ Se SCHÖNKE, Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 156: »... es ist gerade einer der grossen Vorzüge des Schiedsgerichts, dass es sich für den einzelnen Fall mehr Zeit nehmen und an ihn geistig frischer herantreten kann, als bei allerbestem Willen der Staatsrichter vermag, vor dem an einem Tage mehrere, oft ein halbes Dutzend und mehr Verhandlungen sich abrollen».

Emellertid skulle det säkerligen innebära en omotiverad insinuation mot våra ordinära domstolar om man skulle hävda att skiljemännen borde ta hänsyn till en klausul som föreskreve exempelvis »särdeles strikt rättstillämpning», »särskilt omsorgsfull prövning av tvisten» e. d. Klausuler av denna typ bör anses omotiverade såsom icke givande något annat vid handen än att skiljemännen bör inrikta sig på att omsorgsfullt tillämpa gällande rätt.

Däremot kan parterna ge speciella föreskrifter vilkas konsekvens blir att skiljemännen får möjlighet att utnyttja ett mer omfattande kunskapsmaterial än vad en ordinär domstol normalt skulle ha kunnat göra. Parterna kan exempelvis betinga sig rätt att, i vidare mån än vad RB tillåter, få inkomma med skrifter och expertutlåtanden. De kan också bereda skiljemännen tid och ekonomiska möjligheter till särskilt ingående undersökningar och överväganden.

Vidare är att märka att parterna kan ge skiljedomstolen en sådan sammansättning att experter som företräder skilda kunskapsområden får plats däri. Detta kan göra det möjligt för skiljedomstolen att utöka och på ett särdeles effektivt sätt utnyttja det relevanta kunskapsmaterialet, ty otvivelaktigt ökas möjligheterna härtill om expertisen har plats i domstolen och kan bidra till debatten under den enskilda överläggningen.¹⁶

Ett särskilt problem uppkommer emellertid om skiljedomstolen har sådan sammansättning att kunskapsmaterialet får en ojämn utbredning eller att materialet rentav kommer att uppvisa blottor i något avseende. Såsom exempel härpå kan man tänka sig det fallet att skiljedomstolen består av personer som har synnerligen god kunskap om förhållandena inom affärslivet men som är okunniga om lag och rättspraxis. Ett annat exempel, som man också bör ha för ögonen, är det att skiljedomstolen består av jurister som är synnerligen kunniga inom ett speciellt juridiskt gebit men som vet praktiskt taget intet om det som faktiskt händer och sker inom köpenkapen. Det är av intresse att jämföra dessa båda fall från en speciell synpunkt. I det senare fallet ter det sig naturligt

¹⁶ Angående problem som aktualiseras här, se närmare nedan, s. 173 ff.

att säga att juristerna icke bör låta sig nöja med sin okun-
 nighet: de bör, i den mån detta är behövt för att de skall
 kunna allsidigt bedöma tvisten, utvidga sitt kunskapsområde
 med hjälp av sakkunniga. Däremot skulle det knappast anses
 såsom något anmärkningsvärt om skiljemännen i det förra
 fallet underlåte att skaffa sig kunskap om lag och rättspraxis.
 Det har t. o. m. hävdats att anlitande av juridisk sakkunskap
 icke i ett sådant läge som detta vore att rekommendera och
 såsom motivering för denna åsikt har anförts att ett dylikt
 förfaringssätt vore »ägnat att i parternas ögon nedsätta skil-
 jemännens auktoritet». ¹⁷ — Sistnämnda motivering — det
 skulle tydligen anses vara mer nedsättande för en skilje-
 domare som är affärsman att behöva anlita juridisk sakkun-
 skap än för en skiljedomare som är jurist att behöva anlita
 merkantil sådan! — förefaller icke särskilt stark. Emellertid
 skulle det kunna hävdas att den omständigheten att parter-
 na varit ense om att skiljedomstolen skall bestå av lekmän
 borde uppfattas såsom ett direktiv om att skiljedomens skall
 baseras endast på sådant kunskapsmaterial som skiljemän-
 nen såsom lekmän faktiskt besitter. ¹⁸ Konsekvensen härav
 bleve att lekmännen — i motsats till juristerna — ej skulle
 behöva inrikta sig på att utöka det kunskapsförråd som de
 innehar då de mottar sitt uppdrag att döma. Ett sådant reso-
 nemang kan synas ha ett visst fog för sig, särskilt med hän-
 syn därtill att det vanligen måste förutsättas vara svårt för
 skiljemän som icke är jurister att göra en tillförlitlig sam-
 manfattande uppskattning av ett material som består delvis
 av kunskapsfaktorer med vilka de är väl förtrogna, delvis av
 »juridiska» faktorer som de står främmande för; juristen,
 däremot, har en viss vana att förutsättningslöst inhämta kun-
 skaper om förhållanden som ligger utanför hans speciella
 sakkunskap och att infoga dessa kunskaper i en större hel-
 het, ett domsunderlag.

Emellertid finns här plats för åtskillig tvekan. Det kan
 frågas: Om nu en skiljedomstol, bestående enbart av lekmän,

¹⁷ TIRKKONEN, Skiljemannaförfarandet, s. 124, not 60.

¹⁸ DILLÉN uttalar (SvJT 1933 s. 26) att »man, åtminstone i regel, icke rimligen kan begära, att skiljemännen skola vidtaga några mera omfattande åtgärder för att förskaffa sig kännedom om den objektiva rätten».

skulle nöja sig med den ytliga kunskap om gällande rätt som de faktiskt besitter, skulle detta då innebära att de borde tillmäta relativt liten betydelse åt de kunskaper rörande exempelvis lagtext och rättspraxis som de råkar förfoga över? Eller, för att formulera frågan annorlunda, bör en kvantitativ snedbelastning i fråga om kunskapsmaterialet motsvaras av en annan metod för kunskapsfaktorernas »viktning» än den som utmärker den strikta rättstillämpningen?¹⁹ Denna fråga bör enligt min mening besvaras med ett klart nej. Det finns nämligen ingen anledning att acceptera att parternas anordningar beträffande skiljedomstolens sammansättning skulle medföra en så vittgående konsekvens som det i så fall bleve fråga om.

Om detta är riktigt skulle en lekmannaskiljeman alltså vara skyldig att så omsorgsfullt som möjligt begagna sig av de juridiska kunskaper som han till äventyrs besitter men ej vara skyldig att fördjupa dessa kunskaper. Emellertid skulle en sådan ordning i många fall kunna leda till synnerligen otillfredsställande resultat. Den omständigheten att parterna givit viss föreskrift om skiljedomstolens sammansättning bör därför enligt min mening icke i och för sig få föranleda till att skiljedomen baseras på ett kunskapsunderlag som på väsentliga punkter är starkt disproportionerligt.²⁰

D. Möjligheten av en metod enligt vilken skiljedomen skall baseras på ett onormalt litet kunskapsmaterial.²¹

Det torde kunna fastslås att parterna aldrig kan ha något direkt intresse av att rättstillämpningen är mindre strikt i den mening som rubriken anger. Däremot kan de ha intressen

¹⁹ Jfr den nedan under rubriken E. behandlade problematiken. Att det i texten ställda spørsmålet icke är ett skenspörsmål inses lätt om man betänker att det icke så sällan förekommer att en person med ytliga juridiska kunskaper är benhårt formalistisk i juridiska bedömningsfrågor.

²⁰ Om hithörande problem se vidare nedan, s. 191 f.

²¹ Jag erinrar om att det endast är rättsfrågan som här är under diskussion. Det är sålunda här endast fråga om kunskapsmaterial som har avseende på gällande rätt; jfr ovan, s. 90 ff. och 135.

vilkas tillgodoseende nödvändigtvis kommer att medföra att rättstillämpningen kommer att få sådan karaktär. Exempelvis kan parterna ha intresse av att skiljedomen ges inom mycket kort tid eller att de med skiljeförfarandet förenade kostnaderna bli särskilt låga. Om skiljemännen skall kunna tillgodose sådana intressen blir det ofta omöjligt för dem att genom egna undersökningar eller medelst anlåtande av sakkunniga skaffa sig ett tillförlitligt kunskapsunderlag.

Tidigare har jag hävdad att skiljemännen icke bör fästa något avseende vid instruktioner som blott i helt allmänna ordalag ger dem befogenhet att frånga gällande rätt. Vad är måne då att säga om instruktioner av det nu aktuella slaget, gående ut därpå att skiljemännen skulle ha befogenhet att döma på grundval av ett mindre omfattande kunskapsmaterial? Enligt min mening är även instruktioner av denna typ alltför vaga för att böra tillmätas betydelse. Däremot bör skiljemännen självfallet ta hänsyn till instruktioner som på ett mer preciserat sätt anger någon godtagbar typ av summarisk behandling eller som pekar på bestämda partsönskemål (exempelvis om snabb lösning av tvisten)²² vilka i sin tur kan påfordra att prövningen sker på ett summariskt sätt. Den rättsskipningsmetod som i så fall skall begagnas — jag kommer i det följande att beteckna den som *summarisk rättsskipning* — kan knappast anges annat än i helt allmänna ordalag: skiljemännen har att, så gott sig göra låter, bilda sig en uppfattning om gällande rätt och har att ge skiljedomen ett innehåll som de finner så nära som möjligt svara häremot. De bör icke anse sig befogade att välja någon metod av det slag som kommer att beröras under närmast följande rubrik.

²² Enligt 18 § SkmL kan överexekutor under vissa förutsättningar medgiva förlängning av den tid — 6 månader — inom vilken skiljedom normalt skall meddelas. Att märka är emellertid att detta blott får ske »på ansökan av part» (ej på ansökan av skiljeman). Att märka är vidare att part ej kan, mot andra partens bestridande, utverka förlängning av tid varom särskild överenskommelse träffats enligt 18 §:s första stycke.

E. Möjligheten av skilda slags metoder som karakteriseras därav att speciella kunskapsmoment tillmätts annan relativ vikt än vad som svarar mot strikt rättstillämpning.

Metoder av detta slag skulle teoretiskt sett kunna förekomma i ett obegränsat antal varianter. Jag kommer i det följande att behandla blott sådana tänkbara metoder som tyckts mig ha praktiskt eller principiellt intresse.

Till en början bör observeras möjligheten av metoder som avser den inbördes viktningen av de speciellt »juridiska» rättskällorna: lagtexten, rättspraxis och doktrinen. Det är naturligtvis möjligt att instruera skiljemännen exempelvis därom att de skall anse sig bundna av lagen (viss lag, vissa bestämmelser i en lag)²³ i speciellt hög grad, därom att de skall tillmäta särskilt stor (eller särskilt liten) vikt åt rättspraxis (viss slags rättspraxis) eller därom att de skall låta uttalanden i någon lagkommentar eller något annat juridiskt arbete få samma betydelse för avgörandet som om uttalandena hade gjorts i en lagtext. I den mån det över huvud taget är möjligt att laborera med någorlunda fixerade viktningsprinciper²⁴ bör det självfallet också vara möjligt att begagna sig av sådana direktiv som dessa. Det tycks mig också som om det skulle kunna tänkas fall där dylika direktiv finge anses välmotiverade. Som exempel kan nämnas det fallet att en lagstiftningskommitté eller någon juridisk författare framkom-

²³ Se NJA 1919 s. 396 (*kontrahenterna* hade förbundit sig att ställa sig till efterrättelse vad som fanns stadgat i viss Kungl. förordning) samt 1920 s. 542 (tillämpning av 1914 års järnvägstrafikstadga, innehållande dels föreskrift om att viss fråga kunde hänskjutas till skiljenämnd, dels föreskrift till skiljenämnden om att avgörande skulle träffas »i enlighet med de i stadgan givna bestämmelser . . . »).

²⁴ Jfr ovan, s. 90 f. I stället för att meddela en instruktion av det i texten berörda slaget kan parterna förfara på det sättet att de på ett mer konkret sätt anger vilka rättsföljder som de önskar få knutna till skilda slags fakta. Detta torde regelmässigt vara att rekommendera i alla situationer utom sådana där ett dylikt förfaringssätt skulle medföra en alltför besvärande omständlighet.

mit med ur parternas synpunkt beaktansvärda förslag till problemlösningar inom ett visst rättsområde, förslag som emellertid står i alltför bestämd strid mot lag och rättspraxis för att kunna anses förenliga med gällande rätt.

Det förefaller mig uppenbart att en skiljedomstol bör ta hänsyn till klausuler av detta slag såframt klausulerna är av sådan beskaffenhet att de kan anses uppburna av ett förnuftigt syfte.²⁵

Jag skall härnäst övergå till att granska en grupp av tänkbara metoder för vilka det gemensamma kan sägas vara att de går ut på en lägre viktning av de traditionellt »juridiska» rättskällorna (lag, praxis, doktrin) och en i motsvarande mån högre viktning av andra omständigheter. Det är här vi har att söka de mest brännande problemen.

Metoder av detta slag kan naturligtvis innefatta mer eller mindre starka generaliseringar i fråga om de omständigheter som förutsättes skola tillmätas större vikt. Man kan då först ha skäl att fråga om det vore rimligt att acceptera en metod som skulle innebära att de nyssnämnda »juridiska» rättskällorna trängs tillbaka och att i motsvarande mån ökad betydelse ges åt hela det i övrigt förefintliga, relevanta kunskapsmaterial som står skiljemännen till buds. Härtill har jag tidigare ställt mig skeptisk i så måtto som jag förnekat rimligheten av hänsynstagande till klausuler som blott kunde sägas gå ut på att skiljemännen skulle vara befogade att frångå gällande rätt. Emellertid är det tänkbart att en instruktion om obundenhet av gällande rätt skulle kunna förenas med en anvisning som, utan att skjuta några bestämda kunskapsmoment i förgrunden, dock gäve möjlighet till viss precision. Det som här kan komma i åtanke tycks mig främst vara den möjligheten att man i klausulen skulle ange en standard i form av en instruktion om att skiljemännen skulle vara befogade att se på sitt problem på samma sätt som de skulle ha gjort därest de haft att fungera såsom lagstiftare.

²⁵ Det synes mig kunna ifrågasättas huruvida icke även en ordinär domstol bör kunna göra detta. Jfr ovan, s. 127.

En sådan metod skulle kanske kunna kallas *de lege ferenda-metoden*. Den skulle innebära att skiljemännen ej behöfve anse sig i lika hög grad som en ordinär domare bundna av en lagtext som ej längre motsvarade samhällslivets krav, en lagtext som skulle haft annat innehåll därest lagstiftaren varit verksam under de miljöbetingelser som råder vid det tillfälle då skiljedomen skall ges. För att metoden skulle kunna anses någorlunda exakt till sin innebörd finge det krävas att skiljemännen verkligen med största omsorg anpassade sig efter de omständigheter som måste vara av betydelse för en lagstiftare. De finge ej göra det föreliggande fallet till något riktmärke utan finge begagna sådana generaliseringsmetoder som en lagstiftare rimligen borde anse sig tvingad att begagna. Hänsyn finge tagas till sådana omständigheter som att lagtexten ej får göras differentierad i så hög grad att enhetlighet och överskådlighet äventyras och sammanhanget med eljest förefintliga lagbestämmelser brytes. Skiljemännen borde till och med, om de skulle följa denna metod, acceptera en viss konservatism såsom varande ett ofrånkomligt kännetecken för lagstiftaren i ett land där rättstraditionerna vårdas med omsorg. Självfallet är att metoden ej skulle kunna sägas radikalt avvika från den strikta rättstillämpningsmetoden. Avvikelsen skulle blott bestå däri att skiljemännen skulle kunna ligga en aning före den ordinäre domaren då det gäller att beakta nya krav som samhällsutvecklingen ställer på rättsskipningen.

Det skulle kunna ligga nära till hands att beteckna en sådan metod såsom i allmänhet fördelaktig. Emellertid skulle jag vilja ifrågasätta om det här icke är fråga om en metod som skulle få ganska liten praktisk betydelse i sådana fall där man hade att göra med omsorgsfulla, försiktiga skiljemän och som samtidigt skulle vara högst äventyrlig i sådana fall där skiljemännen vore mindre skickliga eller mindre nogräknade. Därmed vill jag icke ha sagt att en instruktion av denna typ borde lämnas utan avseende; jag vill blott ifrågasätta om icke parterna gör klokast i att inrikta sig på att inarbete eventuella *de lege ferenda*-önskemål i speciella avtalspunkter och att i övrigt acceptera gällande rätt såsom grundval för avtalsförhållandet.

En metod, innebärande ett mer radikalt avsteg från den strikta rättstillämpningsmetoden skulle kunna karakteriseras därav att skiljemännen läte sig vägledas av lag och praxis såvitt anginge de däri givna grova riktlinjerna men i övrigt toge speciellt stor hänsyn till värderingar som kunde beräknas råda i samhället eller inom någon speciell (efter tvistens art utvald) samhällsgrupp. En sådan metod — en *nyanseringsmetod* — skulle möjligen kunna anses utgöra ett acceptabelt alternativ till den strikta rättstillämpningen,²⁶ nämligen om det vore möjligt att närmare bestämt ange vilken roll som man avsåge att domarens kunskap om rådande värderingar i detta sammanhang borde spela.

Jag skulle då vilja ta fasta på ett uttalande som gjorts av EKELÖF. Han har framhållit att »rättskänslan icke enbart är inriktad på det 'principiellt relevanta' utan kan fästa sig även vid andra omständigheter och sålunda vara mer eller mindre främmande för den rätten utmärkande typiseringen».²⁷

Om man utgår ifrån att denna iakttagelse är riktig så kan man fråga sig om det vore möjligt att begagna en metod som innebure att gällande rätt accepterades såsom direktiv med avseende på sådana fall som ej uppvisade några väsentliga drag som skilde dem från de »typiska» fallen men att man samtidigt accepterade de i samhället rådande rättskänslorna (värderingar av typen »detta är rätt!») såsom nyanse-ringsfaktorer beträffande fall som i ett eller annat hänseende avveke från typfallen. Vad skulle då en sådan metod närmare bestämt kunna innebära? Klart är att den finge an-

²⁶ Uppenbarligen ger gällande rätt i betydande mån plats för nyanseringar. Se härom exempelvis HULT, Juridisk debatt, s. 21 ff. Den nyanse-ringsmetod som jag diskuterar i texten skulle, mer exakt, kunna beskrivas såsom en metod enligt vilken nyanseringen finge drivas längre än vad som kan anses möjligt enligt gällande rätt.

²⁷ EKELÖF, Om interventionsgrunden, s. 29. Jfr följande uttalande av HAF-FNER (Das ständige kaufmännische Schiedsgericht, s. 10): »Das Gesetz ist für den Durchschnittsfall geschaffen und kann nicht jedem Einzelfall gerecht werden. Für den Schiedsrichter aber ist das Erste und Wichtigste nicht die Anwendung der allgemeinen Rechtssätze, sondern die Entscheidung des Einzelfalls nach Treu und Glauben.»

ses gå ut på en ökad möjlighet till kompromiss: det bleve fråga om att i viss mån avvika från det ofta för rättsordningen gällande mönstret »allt eller intet»²⁸: detta skulle självfallet få stor betydelse bl. a. i tvister rörande obligationsrättsligt²⁹ skadestånd. Emellertid är att märka att rättskänslan skulle kunna begagnas såsom en nyanseringsfaktor även i fali där det ej vore fråga om kompromiss utan där valet stode blott mellan två alternativ (exempelvis alternativet »skadeståndsskyldighet föreligger!» och alternativet »skadeståndsskyldighet föreligger icke!»). Antag exempelvis att en köpare under hänvisning till vissa — i målet ostridiga — omständigheter har påstått att gods som han mottagit från säljaren dels blivit för sent levererat, dels haft för liten kvantitet, dels varit kvalitativt undermåligt. Antag vidare att skiljemännen under överläggningen till dom säger sig följande: »Efter att på varje punkt ha hyst stor tvekan har vi kommit till det resultatet att ingendera av de åberopade omständigheterna borde, sedd isolerad, föranleda till skadestånd. Emellertid har säljaren här 'balanserat på lagens gräns' icke blott i ett avseende utan i tre skilda avseenden: hans beteenden bildar visserligen icke var för sig hållbara skadeståndsgrunder men hela hans beteende bör betraktas såsom en enhet. Och konsekvensen därav blir att skadestånd bör utgå.»

Det förefaller som om vår domstolspraxis icke skulle vara helt främmande för tankegångar sådana som denna.³⁰ Det har också i litteraturen uttalats mycket radikala åsikter: det har ifrågasatts om icke domaren borde inta en långt mer fri ställning i förhållande till »juridiska krumelurer»³¹ — med detta finge väl avses bl. a. metoder som ginge ut på ett strängt iakttagande av lagens typisering. — Av särskilt in-

²⁸ Se ALEXANDERSON i SvJT 1944 s. 535 f.

²⁹ Såvitt gäller utomobligatoriskt skadestånd får självfallet icke frågan om skiljeavtal, ingångna på förhand, någon aktualitet.

³⁰ Se KARLGREN, Skadeståndsrätt, s. 185 f., och där anförd rättspraxis och litteratur. Märk särskilt rättsfallet NJA 1943 s. 177 (*.. får.. bolaget.. anses vara närmare än staden.. att bära risken för att eldskada uppstod å bron.)*

³¹ Se HOLMS uppsats »Fri bevisprövning i häradsrätt och hovrätt» i TSA 1952 s. 83 ff. Jfr bemötande av БЕИМ, TSA 1952 s. 297 ff., samt vidare replikväxling i TSA 1953 s. 7 ff. och s. 118 f.

tesse tycks mig vara att konstatera att man i detta sammanhang argumenterat med hänvisningar till den fria bevisvärderingen. Kan sådana hänvisningar anses ha relevans i detta sammanhang?

Låt oss reflektera över några konsekvenser som skulle följa därest vi hade ett bevisrättsligt system som vore fullständigt anpassat efter den legala bevisteorien. Antag att lagen föreskrev vissa alternativa bevismedel och med avseende på varje bevismedel fixerade det mått som måste vara fyllt för att rätten skulle kunna godtaga *factum probandum*. Antag vidare att ingen regel funnes enligt vilken ett bevismedel kunde komplettera ett annat. Klart är att här skulle kunna inträffa fall som hade beröringspunkter med det nyss anförda exemplet: det skulle exempelvis kunna inträffa att *factum probandum* icke finge anses styrkt trots att tre bevismedel begagnats och de föreskrivna måtten blivit nästan alldeles fyllda i samtliga tre fall. Det skulle nu kunna frågas följande: »När man genom acceptering av den fria bevisvärderingen har gjort det möjligt för domaren att i ett sådant fall som det sistnämnda utföra en helhetsbedömning av kunskapsmaterialet, borde det då icke såsom en konsekvens härav också accepteras att han utför en helhetsbedömning i det förstnämnda fallet? Skulle det med andra ord icke vara möjligt och lämpligt att öka smidigheten inom rättstillämpningen på motsvarande sätt som man gjort inom bevisvärderingen?»

Enligt min mening bör icke någon som helst tvekan föreligga om svaret: den ställda frågan måste besvaras med nej. Det är nämligen uppenbart att det föreligger en väsentlig skillnad mellan det fallet att domaren eller vilken annan person som helst på grundval av ett kunskapsmaterial tar ställning till en fråga som avser existensen av fakta och det fallet att domaren eller vem det nu må vara på grundval av ett kunskapsmaterial tar ställning till vilken åtgärd som i en viss belägenhet skall vidtagas. Utan att våga mig på att närmare analysera denna skillnad skulle jag vilja peka på att det senare fallet i långt högre grad än det förra är ägnat att aktualisera kontroversiella intressen och värderingar. Det råder ingen tvekan om att rättssäkerheten — vilken rimlig betydelse

se man än må lägga i detta ord — ofrånkomligen kräver att rättstillämpningen på ett helt annat sätt än bevisvärderingen följer ett formalistiskt mönster.

Emellertid förhåller det sig naturligtvis så att det här icke kan vara fråga om ett val mellan två eller flera med exakthet utmejslade metoder utan om ett vanskligt gränsdragningsproblem. Även om inte den fria bevisvärderingens metod bör kopieras på rättstillämpningens fält så kan dock den frågan ställas om det icke vore fördelaktigt att inom skiljeförfarandet laborera med en alternativ rättstillämpningsmetod som i större utsträckning än den ordinära metoden gäve plats åt rättskänslorna såsom nyanseringsfaktorer.

Det pris man finge betala för den fördel som en sådan metod kunde innebära bleve en förminskad möjlighet att förutse utgången av sådana skiljeförfaranden inom vilka metoden skulle praktiseras. Det måste nämligen förutsättas vara ofrånkomligt att en metod sådan som den åsyftade måste komma att bli mindre exakt än den ordinära. Kan man då tänka sig några praktiskt betydelsefulla fall beträffande vilka metoden skulle erbjuda så stora fördelar att priset borde betalas? — Det finns enligt min åsikt all anledning att betvivla detta. Därtill kommer att metoden genomgående skulle komma att aktualisera ett speciellt problem som i detta sammanhang bör beaktas.

Antag att två parter i ett skiljeavtal instruerat skiljemännen att begagna en sådan metod som den diskuterade. Det kan då frågas: Skall instruktionen avse även de särskilda bestämmelser som i övrigt kan finnas i avtalet, exempelvis bestämmelser om påföljden av försummad reklamation? Detta skulle i så fall innebära att utebliven reklamation ej nödvändigtvis skulle behöva medföra de rättsföljder som avtalet stadgade för denna eventualitet. Om reklamationens uteblivande kunde tillskrivas exceptionella orsaker — hur exceptionella? — så borde skiljemännen ha möjlighet att tillgripa någon sorts kompromisslösning. Men vad skulle parterna kunna ha för intresse av att ge en allmän föreskrift om uppmjukning av de klausuler som de just intagit i kontraktet? Är de icke bäst betjänta med att konsekvent acceptera ett system enligt vilket alla klausuler i ett kontrakt skall tillämpas

strikt (naturligtvis kan i så fall särskilda klausuler, exempelvis klausuler om reklamation, formuleras på sådant sätt att utebliven reklamation icke får några drastiska konsekvenser)? — Låt oss förutsätta att den sista frågan bör besvaras jakande. I så fall skulle man kunna tänka sig att instruktionen till skiljemännen borde uppfattas på det sättet att dessa skulle utföra strikt rättstillämpning såvitt gällde sådana frågor som särskilt berörts i avtalet men att de borde inta en friare ställning till sådana frågor som i övrigt kunde uppkomma. Men man kan fråga sig om en sådan distinktion vore praktiskt lämplig. Dess konsekvens bleve att parterna ej kunde förfara på det sättet att de i avtalet intoge bestämmelser blott på sådana punkter där de ville avvika från eller komplettera en dispositiv lag. De finge därjämte försiktigtvis i avtalet särskilt inrycka eller hänvisa till sådana i den dispositiva lagen förekommande bestämmelser som de önskade få strikt tillämpade. De finge räkna med att en vag och osäker metod skulle komma att begagnas med avseende på just sådana problem som ej kunde förutses vid avtalstillfället. Och är det icke så att olägenheterna med en oförutsebar rättstillämpningsmetod är särskilt stora just såvitt gäller problem av denna typ?

Vidare vore det möjligt att begagna skilda slag av metoder enligt vilka man i högre grad än vad som svarar mot strikt rättstillämpning toge hänsyn till vissa *mer speciella omständigheter* vid sidan av dem som jag tidigare karakteriserat som de utpräglat juridiska kunskapsfaktorerna.

Här finns det anledning att särskilt uppmärksamma sådana omständigheter som ter sig beaktansvärda för den händelse man betraktar det förevarande fallet från renodlat *humanitära* synpunkter.³² Det ter sig ofta motbjudande för en domare att strikt tillämpa gällande rätt. Det kan exempelvis förhålla sig så att den part som enligt gällande rätt borde vinna fullt ut har en sådan ekonomisk ställning att han utan

³² Ofta torde med avgörande efter »billighet» åsyftas just ett avgörande som träffas under beaktande av sådana omständigheter. Se, angående olika tänkbara betydelser av termen billighet, EKELOF, Om interventionsgrunden, s. 28 f., samt HELNER, Om obehörig vinst, s. 216 ff.

svårighet kan bära en förlust under det att motparten »oförskyllt» befinner sig i ett sådant läge att en betalningsförpliktelse för honom skulle medföra ett ekonomiskt och moraliskt sammanbrott. Bör det då inom ramen för skiljeförfarandet finnas plats för en rättsskipningsmetod som ger större plats för sådana humanitära hänsyn som aktualiseras i detta och liknande fall?

Man kan härtill komma med följande motfrågor: Om större utrymme över huvud taget borde ges åt dylika hänsyn, varför skulle detta icke ske i samma mån inom den ordinära processen som inom skiljeförfarandet? Vilka omständigheter skulle kunna motivera att man just inom skiljeförfarandet borde acceptera en sådan uppmjukning av den gällande rätten som det här bleve fråga om?

Ett möjligt svar på sistnämnda fråga vore följande: »Det kan inte komma på fråga att man som allmän regel skulle acceptera att en ordinär domare finge ta hänsyn till sådana faktorer som de nämnda. Därav skulle nämligen följa den ohållbara konsekvensen att köpmännen skulle tvingas att vid sina avtalsuppgörelser kalkylera med att deras medkontrahenter av en eller annan orsak kunde komma att i eventuella framtida processer framstå såsom beklagansvärda människor. Men å andra sidan kan det gott accepteras att det en eller annan gång ges 'nämndemansdomar' som grundas på renodlat humanitära hänsyn; det väsentliga är att sådana domar ej blir prejudicerande.³³ Vidkommande skiljeförfarandet förhåller det sig nu så att detta förfarande vanligen utspelas i hemlighet; under sådana förhållanden finns ingen anledning till betänklighet mot att 'nämndemansdomar' ges i större utsträckning inom skiljeförfarandet. Någon olämplig prejudicerande verkan härav behöver icke befaras.»

Vad är då att säga om ett sådant resonemang? Om man säger att det är föga övertygande, så torde man ej säga för mycket. Det kan ifrågasättas om det över huvud taget vid något tillfälle kan anses godtagbart att såsom försvar för en rättsskipningsåtgärd anföra att åtgärden kan beräknas förbli okänd för allmänheten (eller för den samhällsgrupp var-

³³ Jfr EKELÖF, Om interventionsgrunden, s. 29.

om närmare bestämt är fråga).³⁴ Men även om man bortser från detta, så tycks mig resonemanget ohållbart. Ty vad det här gäller är att ta ställning till vilken rättsskipningsmetod som bör begagnas i en viss typ av situationer; meningen är naturligtvis att den metod som valet faller på verkligen skall begagnas i dessa situationer. Det finns under sådana förhållanden ingen anledning antaga att ett hemlighetsmakeri beträffande de mål i vilka metoden praktiseras skulle kunna bidra till att minska metodens vådor.

Emellertid skulle den nyssnämnda frågan i stället kunna besvaras på följande sätt: »Två parter som träffar ett avtal saknar ofta möjlighet att överblicka avtalets konsekvenser. Det kan då förekomma att de båda har intresse av att ej behöva räkna med att dessa konsekvenser blir alltför drastiska; de kan båda ha intresse av att skiljemännen i en eventuell framtida process får befogenhet att göra en jämkning under hänsynstagande till sådana omständigheter som de nu diskuterade.»

Otvivelaktigt är detta svar långt mer beaktansvärt än det nyss kritiserade. Det förefaller mig också rimligt att hävda att skiljemännen bör ta hänsyn till samstämmiga partsönskemål av här ifrågavarande slag. Dock förefaller det mig som om detta icke borde ske annat än om det kan anses fastslaget att parterna verkligen vid avtalstillfället eller senare blivit ense om att humanitära synpunkter av hithörande slag skulle få tas i betraktande. Låt oss då antaga att parterna i det ursprungliga avtalet intagit en skiljeklausul vari det sägs att

³⁴ Jfr här den problematik som aktualiseras av följande punkt i 1 § lagen om villkorlig dom: »Villkorlig dom som här sägs må ej meddelas, där det av hänsyn till den allmänna laglydnaden är påkallat, att den brottslige undergår straff.» — Det bör observeras att jämförelser mellan rättsskipningsmetodik i brottmål å ena sidan och rättsskipningsmetodik i ordinär civilprocess och inom skiljeförfarandet å andra sidan måste göras med stor försiktighet. Särskilt skulle jag vilja framhålla att eventuella uppmjukningstendenser inom rättsskipningen i brottmål (och inom nådepraxis) icke utan vidare kan åberopas som argument för en mindre strikt rättstillämpning på det civilrättsliga fältet. I en civil tvist finns det alltid en part som kommer att bli missgynnad därest domaren visar humanitet mot hans motpart. I ett brottmål däremot har man främst att ta hänsyn till de samhälleliga risker för framtiden som humaniteten kan medföra. Och det är just den omständigheten att dessa risker är så svårbedömbara som är straffrättens dilemma.

skiljemännen skall ha befogenhet att döma »efter billighet». Antag vidare att det under skiljeförfarandet ej kan skapas klarhet om vad parterna närmare bestämt åsyftat med denna instruktion. Bör skiljemännen under sådana förhållanden utgå ifrån att skiljeklausulen ger dem befogenhet att begagna en sådan metod som den här debatterade? — Jag anser att denna fråga bör besvaras med nej, och detta med den tidigare antydda motiveringen att en sådan instruktion som den om »dömande efter billighet» är alltför vag för att böra tas i beaktande. Enligt min mening bör skiljemännen anse sig befogade att tillmäta särskild vikt åt sådana omständigheter som de här berörda endast under den förutsättningen att parterna — i skiljeklausulen eller på ett senare stadium — givit dem klart avfattade anvisningar härom.³⁵ — Enligt min mening bör också parterna vara mycket försiktiga med att ge sådana anvisningar. Om de vid avtalstillfället känner sig osäkra om de konsekvenser som avtalet kan komma att få så bör detta icke i första hand ge dem anledning att ta sin tillflykt till en klausul om att skiljedomen skall bäras upp av humanitära hänsyn; de bör i stället inrikta sig på att med hjälp av expertis få till stånd en sådan konstruktion av avtalet att en tillämpning av dess detaljbestämmelser ej behöver medföra några ödesdigra konsekvenser.

Resultatet av det under E. redovisade resonemanget torde kunna sammanfattas på följande sätt. Det är möjligt att i viss utsträckning ange alternativa rättsskipningsmetoder som skiljer sig dels från den strikta rättstillämpningsmetoden, dels från andra alternativa metoder. I den mån parterna givit klart utformade anvisningar om att någon alternativ metod skall begagnas bör skiljemännen ställa sig anvisningen till efterrättelse. Nästan undantagslöst³⁶ förhåller det sig emellertid så att en alternativ metod måste få en vag och

³⁵ En sådan anvisning skulle exempelvis kunna ges den formen att skiljedomstolen gäves befogenhet att jämka ett arvode, en köpeskillning eller ett skadestånd med hänsyn till den båtnad som vardera parten kunde komma att få av en viss affärstransaktion.

³⁶ Reservationen avser främst klausuler av den typ som berörts ovan å s. 141 f.

osäker innebörd: det är vanligen synnerligen svårt att överblicka konsekvenserna av en instruktion vari föreskrives att någon viss alternativ metod skall begagnas, och det finns alltid risk för att instruktionen kommer att leda till osäkerhet även beträffande sådana avtalsbestämmelser som parterna intagit i avtalet och vilkas noggranna efterlevnad de har stort intresse av. Det kan ifrågasättas om icke parternas intresse av att i speciella fall kunna »laga efter lägligheten» alldeles tillräckligt väl kan tillgodoses genom deras — även inom det ordinära rättegångssystemet accepterade — möjlighet att genom detaljbestämmelser i ett avtal försätta dispositiv rätt ur spel.

F. Synpunkter som särskilt avser konkreta, »uppkomna» tvister.

Då ett skiljeavtal slutes beträffande en tvist som redan är aktuell har parterna möjlighet att göra sig en klar föreställning om vilka värden som ställs på spel genom skiljeförfarandet.³⁷ De kan bedöma vilken dom som i bästa fall kan komma att ges till deras förmån och vilken dom som i sämsta fall kan komma att drabba dem. Antag att parterna i ett sådant läge ger skiljemännen en instruktion som är synnerligen vag, exempelvis en instruktion om att skiljemännen skall döma »efter billighet». Bör då icke skiljemännen anse sig befogade att alldeles bortse från gällande rätt? — Det skulle kunna tyckas som om detta vore helt i sin ordning. Emellertid skulle jag vilja peka på risken av att skiljeförfarandet begagnas såsom medel för åstadkommande av *kamouflerade förlikningar*. Ett exempel, hämtat från verkligheten, kan illustrera detta:

En byggmästare har gjort stora förluster på ett bygge som han ombesörjt för en kommuns räkning. Kommunens förtroendemän är välvilliga nog att vilja ge honom viss compensation men vågar icke ta ansvaret för en utbetalning som icke har stöd i entreprenadkontraktet. Det överlämnas åt en skiljedomstol att pröva byggmästarens krav mot kommunen. Kommunens ombud säger sig in-

³⁷ Se HJELJE, Foreningsvoldgift, s. 44: »... en endnu ikke aktuel Rettigheds Betydning for Individet falder med Størrelsen af Tidsafstanden mellem det givne Øjeblik og det Øjeblik, da Retsgodet aktualiseres.»

tet ha att erinra mot att skiljemännen »dömer efter billighet». Skiljemännen finner »skäligt» förplikta kommunen att betala visst belopp. Posten kan bokföras såsom »betalning enligt skiljedom».³⁸

Vad som här i realiteten har skett är att kommunens representanter åt skiljemännen — vilka icke kan göras ansvariga — anförtrott vidtagandet av en åtgärd som de själva ej velat svara för. Enligt min mening bör skiljemännen avböja att mottaga sådana »förtroendeuppdrag». Men hur skall de då handla i en sådan situation som den förevarande? De bör enligt min mening inrikta sig på att utöva en kraftig materiell processledning. De bör avfordra kommunens ombud besked om hur långt kommunen är villig att sträcka sig i fråga om medgivanden (och protokollföra svaret). De bör sedan ge en dom som överensstämmer med gällande rätt.

Men i vad mån kan då det sist sagda generaliseras? — Jag skulle vilja påstå, att skiljemännens materiella processledning — varom mera i senare sammanhang³⁹ — alltid bör bedrivas på sådant sätt att en anvisning om dömande efter billighet antingen kommer att kunna lämnas utan beaktande eller kommer att kunna ersättas med en mer preciserad överenskommelse. Jag tror därför att sådana situationer som de under denna rubrik (F) åsyftade ej påkallar några reservationer mot det tidigare under rubrikerna A—E sagda.

§ 6. I VILKEN MÅN RÅDER ETT BEROENDEFÖRHÅLLANDE MELLAN RÄTTSTILLÄMPNINGSMETODIKEN OCH PRINCIPERNA FÖR DET PROCESSUELLA FÖRFARANDETS GESTALTNING?

Framställningen härövan i detta kapitel har avsett rättsskipningsmetodik. Jag har tills vidare förutsatt att frågan om valet av rättsskipningsmetod bör kunna i viss mån, men icke

³⁸ I rättsfallet NJA 1955 s. 386 (bestämmande av bärjarlön) hade parterna olika mening om vilken vikt som borde fästas vid praxis som utbildats »vid uppgörelser i godo eller genom skiljedom» (se s. 394 f.). Det i texten anförda exemplet synes mig kunna belysa hur viktigt det är att såväl domstolar som skiljedomstolar visar återhållsamhet i detta hänseende.

³⁹ Nedan, s. 184 ff.

helt, betraktas såsom oberoende av frågan om förfarandets utformning. Hur förhåller det sig då närmare bestämt med detta beroendeförhållande? Frågan härom har jag ansett mig böra granska i samband med övergången från det andra till det tredje kapitlet eftersom behandlingen av denna fråga kan ge anledning till dels vissa preciseringar av de framställda åsikterna rörande rättstillämpningsmetodiken, dels en introduktion av ett problemkomplex som blir av betydelse i det följande, särskilt i vad avser möjligheterna att begagna rättsmedel mot skiljedom.

För att frågan skall kunna bli gripbar är det naturligtvis nödvändigt att utgå från preciserade definitioner av termerna »förfarande» och »rättstillämpning». Redan detta, att ge sådana definitioner, innebär emellertid vissa svårigheter.⁴⁰ Låt oss då till en början ta fasta på vissa omständigheter som under alla förhållanden måste anses betecknade av de båda termerna och tills vidare lämna öppet hur vissa »mellanliggande» omständigheter terminologiskt bör behandlas. — Till förfarandet måste man utan tvekan hänföra vissa omständigheter som avser skiljeförfarandets yttre gestaltning, exempelvis omständigheter sådana som dessa: att skiljemän och parter råkas i viss lokal, att yttranden fälls, att skrifter inges och mottagas, att vittnen och sakkunniga hörs etc. — Till rättstillämpningen måste man utan tvekan hänföra det som vanligen brukar kallas tillämpning av »materiell rätt».

Men vad skall då närmare bestämt kunna åsyftas med materiell rätt? Om min åsikt beträffande innebörden av »tillämpning av gällande rätt» är hållbar och om materiell rätt över huvud taget är något gripbart så måste det tydligen här vara fråga om en utdifferentierad del av det kunskapsmaterial som jag tidigare åsyftat med beteckningen »gällande rätt». Men vad tar i så fall denna differentiering sikte på? — För att få svar på denna fråga kan vi lämpligen särskilt rikta uppmärksamheten på en bestämd sorts kunskapsmaterial: lagtexten.⁴¹

⁴⁰ Se Ekelöf, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*, s. 240 ff. och s. 261.

⁴¹ Det kunskapsmaterial som i övrigt kräver beaktande torde kunna differentieras på motsvarande sätt.

I köplagens 21 §, första stycket, stadgas:

»Varder godset ej i rätt tid avlämnat, och beror ej sådant av köparen eller av händelse, för vilken han står faran, stånde till honom, huruvida han vill kräva godsets avlämnande eller häva köpet.»

Detta är enligt vedertaget uttryckssätt en typiskt materiell bestämmelse.⁴² Men vad är det som man särskilt åsyftar när man betecknar bestämmelsen på detta sätt? Vanligt torde vara att man särskilt fäster sig vid följande karakteristika: Bestämmelsen riktar sig enligt sin ordalydelse — »... stånde till honom...» — till affärslivets representanter. Det handlingsmönster som bestämmelsen anger är avpassat för en situation som kan inträda inom affärslivet. Lagstiftaren har direkt tagit sikte på denna tänkta situation: lagbestämmelsen tillhandahåller ett svar på en av lagstiftaren ställd fråga som kan formuleras på detta sätt: »Vilka handlingsmöjligheter bör stå köparen till buds för den händelse säljaren dröjer med godsets avlämnande?»

Emellertid är att märka att bestämmelsen måste anses implicera ett direktiv även för domaren, och det är just beskaffenheten av detta direktiv som vi har anledning att befatta oss med i förevarande sammanhang. Tydligen bör bestämmelsen, sedd från domarens synpunkt, kunna, utan att betydelseförskjutning fördenskull inträder, läsas såsom om den löde:

»Har godset ej i rätt tid avlämnats, och har ej sådant berott av köparen eller av händelse, för vilken han stått faran, skall domaren anse köparen berättigad att antingen kräva godsets avlämnande eller häva köpet.»

Kan man då tänka sig att med strikt rättstillämpning avse just detta, och endast detta, att domaren låter sig vägledas av bestämmelser av ifrågavarande typ? Om ett jakande svar på denna fråga finge anses motiverat så finge det också anses rimligt att, såsom man vanligen gjort i litteraturen, uppfatta hela problemet om rättstillämpningsmetodikens såsom knutet till »den materiella rätten».

⁴² Jfr den ofta brukade beteckningen »droit au fond». Se till det följande även EKELOF, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 18 ff.

För att komma till klarhet om detta spörsmål kan vi lämpligen till en början göra ett tankeexperiment. Vi antar att en skiljeman skall hålla sig endast till lagregler vilka består dels av föreskrifter angående förfarandet (i nyss angiven mening), dels av »materiella» bestämmelser sådana som den ur köplagen citerade. Skiljeförfarandet har nu fortskridit så långt att utredningen är avslutad och målet överlämnat till skiljemannens prövning. Nästa steg skulle bli rättstillämpningen. Men hur skall en rättstillämpning kunna utföras på grundval blott av kunskapen om ett processmaterial och kunskapen om en »materiell» lagbestämmelse? Svaret måste bli att detta helt enkelt är en omöjlighet. Skiljemannen måste, för att kunna komma fram till en dom, ta ställning till ett problem som i mycket allmänna ordalag kan anges på följande sätt: Hur skall processmaterialet vara beskaffat för att det i den »materiella» bestämmelsen givna handlingsmönstret skall få aktualitet? Är dessa krav i det förevarande fallet uppfyllda?

Av detta följer att man, därest man med rättstillämpning åsyftar blott tillämpning av materiella lagbestämmelser, utskiljer en viss del av den intellektuella verksamhet som domaren utför då han arbetar sig fram till, och i sitt medvetande preciserar, innehållet av domen. Frågan är då om det finns anledning att laborera med termen rättstillämpning såsom blott avseende en del av sistnämnda intellektuella verksamhet.

Vi är därmed inne på det så ofta debatterade problemet om gränsdragningen mellan å ena sidan sakfrågor (synonym: bevisfrågor) och å andra sidan rättsfrågor. Jag skall ej här närmare ingå på sagda problem utan blott beröra vissa omständigheter som tycks mig ha särskilt intresse i det nu aktuella sammanhanget.

För att det skall kunna anses möjligt att skilja mellan sakfrågor och rättsfrågor måste det förutsättas att domaren kan uppdelat den för dömandet erforderliga intellektuella verksamheten på flera etapper. Antag att vi skulle säga följande: »Domaren skall i tur och ordning ta ställning till följande frågor: 1) Vad måste å ömse sidor ha *åberopats* för att domen skall kunna få det ena eller det andra innehållet? 2) Har erforder-

liga åberopanden skett? 3) Vilken *bevisstyrka* (sannolikhetsgrad) skall i olika avseenden krävas för att domen skall kunna få det ena eller det andra innehållet?⁴³ 4) Vilken *bevisstyrka* (sannolikhetsgrad) föreligger? 5) Vilket innehåll har den 'materiella rätt' som nu, sedan frågorna 1)—4) besvarats, skall anses avgörande för frågan om domens innehåll?» — Är det då möjligt att genomföra en sådan uppdelning? Härpå torde kunna svaras följande: Domaren måste, innan en sådan uppdelning kan komma på fråga, se hela problemet under en större, sammanfattande synpunkt. Under alla omständigheter är det nämligen tydligt att frågorna 1), 3) och 5) är på visst sätt beroende av varandra.⁴⁴ Detta hindrar emellertid icke att domaren kan, sedan han väl genomfört en sammanfattande tankeoperation, disponera sin tankeverksamhet på det sättet att han i tur och ordning tar ställning till frågorna 1)—5), tänkta såsom fristående. I komplicerade fall torde en sådan uppdelning rentav vara nödvändig för att ett systematiskt, rationellt tänkande skall bli möjligt.

Om det nu sagda är riktigt måste det också anses naturligt att det i vissa sammanhang finns behov av termer som särskilt anger något eller några av de led som kan ingå i domarens tankeverksamhet. Beklagligtvis råder det emellertid viss oklarhet i detta terminologiska hänseende. Exempelvis torde beteckningen rättsfråga användas i åtminstone två skilda betydelser, nämligen följande:

a) Såsom beteckning endast för ledet 5). Detta brukar ofta uttryckas så att rättsfrågan avser bestämmandet av rättsföljden i fall där »fakta» tänkes vara helt klarlagda.⁴⁵

⁴³ Jag förutsätter här att det är klargörande att skilja mellan å ena sidan vad som med en tysk term kallas »Behauptungslast» och å andra sidan bevisbördan. Se härom EKELOF, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 62 f., samt där anförd litteratur.

⁴⁴ Jag kan icke här ingå på detta problem. Att problemet är utomordentligt komplicerat återspeglas bl. a. i den livliga debatten om bevisbördereglerernas »natur». Är dessa regler »materiella» eller »processuella»? Eller är de kanske delvis materiella, delvis processuella? Eller är de kanske »quasi-materiella»? Se OLIVECRONA, Bevisskyldigheten och den materiella rätten, s. 41 ff. och 140 ff., samt — avvikande åsikt — HULT, Föräldrar och barn, s. 58 f.

⁴⁵ Se t. ex. följande uttalande av EKELOF (Kompendium över civilprocessen, del I, s. 6): »Med sakfrågan menar man spörsmålet om vilka juridiskt

b) Såsom beteckning för leden 3) och 5). Detta brukar då motiveras med att bevisbördereglerne är att betrakta såsom »rättsregler».⁴⁶

I de tidigare avsnitten av denna bok har jag ansett mig kunna lämna hela det nu berörda terminologiska problemet öppet: jag har begagnat termen »rättstillämpning» såsom en synonym till »rättsskipning» och har icke haft anledning att närmare ingå på frågan huruvida med dessa termer borde förstås hela den intellektuella verksamhet som domaren utövar då han på grundval av ett processmaterial söker sig fram till en dom eller endast någon viss del av sagda verksamhet.

Nu bör det emellertid uppmärksammas att man kan tänka sig rättstillämpningsmetoder som innefattar avvikelser från eljest brukade metoder just därutinnan att gällande rätt ej förutsättes skola vara vägledande annat än såvitt gäller någon eller några av de under 1)—5) angivna tankeoperationerna. Exempelvis kunde man tänka sig en metod av följande typ: »Gällande rätt skall följas såvitt angår den materiella rätten i inskränkt mening⁴⁷; med avseende på bevisbördeproblemet skall skiljemännen däremot låta sig vägledas av...». Frågan blir då om en sådan metod bör betecknas såsom en »strikt» metod. — Detta skulle enligt min åsikt vara vilseledande; det praktiskt mest lämpliga tycks mig vara att reservera beteckningen i fråga för en metod vars karakteristikon är att domaren med avseende på alla de ifrågavarande tankeoperationerna låter sig vägledas av gällande rätt.

En konsekvens av det sagda blir att den i rubriken till detta avsnitt ställda frågan kan, mera preciserat, formuleras på följande sätt: I vilken mån råder ett beroendeförhållande

omedelbart relevanta omständigheter (rättsfakta) som föreligga i det ifrågavarande fallet. Och rättsfrågan hänför sig till de rättsföljder, som enligt gällande rätt är anknutna till de nämnda omständigheter.»

⁴⁶ Se EKELOF (a. a., del III, s. 86): »... reglerna om bevisbördan äro rättsregler. Strängt taget utgöres sakfrågan sålunda endast av spörsmål om den grad av sannolikhet varmed olika rättsfakta bevisats i målet.»

⁴⁷ Preciseringen »i inskränkt mening» är motiverad m. h. t. den av vissa författare hävdade åsikten att bevisbördereglerne är »materiella»; jfr ovan, not 44.

mellan å ena sidan beskaffenheten av den intellektuella verksamhet som domaren utför då han arbetar sig fram till en ståndpunkt beträffande domens innehåll i sak (»rättstillämpningen») samt å andra sidan principerna för det processuella förfarandets yttre former (»förfarandet»)?

På denna fråga kan till en början ges det självklara svaret att en rättstillämpning — av vilken typ denna än må vara — måste förutsätta att ett förfarande faktiskt ägt rum: någonting måste ha skett som resulterat i att skiljedomstolen ställts inför uppgiften att på grundval av ett processmaterial bestämma innehållet i en dom.

Å andra sidan är det klart att det för rättstillämpningen måste anses i och för sig likgiltigt på vilket sätt detta processmaterial blivit tillskapat. Det är processmaterialets beskaffenhet, ej dess tillkomsthistoria, som är av intresse för skiljedomstolen då den utför rättstillämpningen. Det är exempelvis ur förevarande synpunkt likgiltigt om processmaterialet ställts till skiljedomstolens förfogande genom åtgärder från parternas sida eller om parterna överlåtitt åt skiljedomstolen att på egen hand svara för materialets insamlande.

Under sådana förhållanden anmäler sig följande viktiga fråga: Råder ett beroendeförhållande mellan *rättstillämpningsmetodiken* och *processmaterialets omfattning*? Är det med andra ord möjligt att applicera såväl strikt rättstillämpning som envar av de tidigare diskuterade alternativa metoderna oberoende av om processmaterialet är mer eller mindre omfattande? — Svaret på denna fråga är naturligtvis avhängigt av vad man menar med »processmaterial». ⁴⁸ Låt oss först utgå ifrån att därmed skall förstås »bevismaterial» i inskränkt mening, d. v. s. ett kunskapsmaterial av den art som en domare har att göra med då han utför en bevisvärdering. Under sådana omständigheter kan sägas att något nödvändigt beroendeförhållande icke föreligger: gällande rätt ger nämligen domaren ledning även med avseende på fall där bevismaterialet är av den mest minimala omfattning. ⁴⁹ En-

⁴⁸ Angående olika åsikter härom, se EKELOF, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 37 f.

⁴⁹ Se t. ex. rättsfallet NJA 1923 s. 519 (»Mot X:s bestridande anses X. hava köpt en häst av Y.; men Y. kan ej styrka sin uppgift om köpeskillingen. Vad skall X. betala?»)

dast ett funktionellt samband kan sägas råda, nämligen så-tillvida som en strikt rättstillämpningsmetod som regel måste förutsättas ha särskilt stor praktisk betydelse i sådana fall där den kan appliceras på ett gott bevismaterial, samtidigt som det väl ofta ter sig överflödigt att skapa ett gott bevismaterial om avsikten är att rättstillämpningen skall ha en mer summarisk karaktär eller eljest skall avika från gällande rätt. — Om man däremot begagnar ordet »processmaterial» i en mer vidsträckt mening och därmed förstår även sådant kunskapsmaterial som framkommer i en *plädering* av vanlig typ så är det uppenbart att frågan måste få ett annat svar. I en plädering framlägges material som avser »gällande rätt»: förutsättningen för att strikt rättstillämpning, uppfattad i enlighet med tidigare given definition, skall kunna ske måste tydligen vara just denna, att skiljedomstolen har tillgång till ett dylikt kunskapsmaterial.

Under sådana omständigheter kan vi fortsätta resonemang-
et genom att ställa följande fråga: Vilka minimiförutsättningar i fråga om skiljeförfarandets yttre gestaltning måste vara uppfyllda för att ett kunskapsmaterial av det sist antydda slaget skall kunna läggas till grund för skiljedomstolens avgörande?

Helt allmänt kan härom sägas att förfarandet måste vara så organiserat att skiljedomstolen *tillhandahålles* eller *beredes tillfälle att själv införskaffa* ett kunskapsmaterial av ifrågavarande beskaffenhet samt att skiljedomstolen beredes möjlighet att penetrera och utnyttja detta material.⁵⁰ Särskilt förtjänar det att uppmärksammas att skiljedomstolen måste ha möjlighet att anlita hjälp av sakkunniga på sådana punkter där erforderlig sakkunskap ej finnes företrädd inom domstolen samt att tiden för överläggning till dom ej får vara alltför snävt tillmätt.

Emellertid måste till förfarandet även hänföras vissa anordningar som får aktualitet i det fallet att rättstillämpningen förutsättes skola utgöra en kollektiv angelägenhet för två eller flera personer, dvs. det fallet att mer än en person skall ingå i skiljedomstolen.

⁵⁰ Skiljedomstolen måste naturligtvis ha sådan sammansättning att den kan tillgodogöra sig materialet.

Låt oss på denna punkt åter knyta an till ett tidigare an-
fört⁵¹ exempel.

En skiljedomstol, sammansatt med skiljemännen A, B och C, har fått att pröva ett mål i vilket en köpare yrkat skadestånd av en säljare under påstående att ett varuparti dels blivit för sent levererat, dels haft för liten kvantitet, dels varit kvalitativt undermåligt.

Såsom tidigare påpekats skulle man kunna tänka sig att i ett sådant fall begagna en rättstillämpningsmetod som innebure att man gjorde en helhetsuppskattning av samtliga de åberopade omständigheterna⁵² och läte utgången av målet bli beroende av det resultat som en sådan uppskattning ledde fram till. I så fall bleve det icke erforderligt att vidtaga några särskilda anordningar för att avgränsa skilda spörsmål från varandra. Skiljemännen skulle kunna resonera och diskutera på ett tämligen planlöst sätt. Den enda fråga, avseende förfarandet, som kunde uppkomma vore frågan vilken dom som borde ges därest skiljemännen skulle ha fixerat sig i olika åsikter vid överläggningens slut.⁵³

Annorlunda ligger saken till om det förutsättes att strikt rättstillämpning skall ske. Det är i så fall nödvändigt, i ett fall av förevarande typ, att skiljemännen disponerar resonemang och tankeutbyten på sådant sätt att de skilda omständigheterna kommer under prövning var för sig. Antag nu, för att ställa saken på sin spets, att följande preliminära åsikter framkommer under överläggningen: A anser köparen berättigad till skadestånd endast på grund av att godset bli-

⁵¹ Ovan, s. 145.

⁵² Se härom ovan, s. 145 ff.

⁵³ Se härom 16 § SkmL. Antag att de tre skiljemännen kommit till olika åsikter om skadeståndets belopp, exempelvis så att A vill utdöma 1 000 kr., B 2 000 kr. och C 3 000 kr. Skall skiljeavtalet då anses förfallet enligt 16 §:s sista punkt (». . ej flertalet bland skiljemännen ense . . »)? Eller skall såsom skiljedomstolens dom gälla B:s mening (jfr RB 16: 4)? Enligt min åsikt måste, trots bristen på uttryckligt stadgande, det sistnämnda alternativet väljas. C är ju såtillvida ense med B som han vill utdöma åtminstone 2 000 kr. Om det motsatta alternativet accepterades finge man räkna med den risken att en partisk skiljeman kunde omintetgöra ett för »uppdragsgivaren» olägligt skiljeförfarande på ett så enkelt sätt som genom att vägra att ansluta sig till någondera av två skadeståndsberäkningar som gjorts upp inom skiljedomstolen i övrigt.

vit för sent levererat. B anser att skadestånd bör utgå endast på grund av brist i godset. C, slutligen, anser att godset varit behäftat med fel och vill endast på denna grund utdöma skadestånd. Hur skall skiljemännen handla i en sådan situation?

Det kan enligt min mening icke anses tillfredsställande om de, sedan de konstaterat enigheten om att skadestånd bör utgå, avklipper vidare diskussion och formulerar domskälen såsom en »hatt» (eller helt underlåter att ge några domskäl). Ty skiljedomstolen, *beträktad såsom ett kollektiv*, har icke i detta läge kommit fram till en dom som kan anses förenlig med gällande rätt.⁵⁴

Om nu nämnda möjlighet förkastas, så kvarstår två andra: 1) att någon av skiljemännen helt formlost överger sin ståndpunkt och instämmer med någon av de andra skiljemännen, 2) att frågan löses genom en omröstningsprocedur i enlighet med RB 16: 2, andra stycket, tredje punkten: »Är beträffande samma käromål fråga om flera omständigheter, som var för sig äro av omedelbar betydelse för utgången, skola de, såvitt sakens beskaffenhet påkallar det, uppställas till särskild omröstning.» I sistnämnda fall kan konsekvensen tydligen bli att skadestånd icke kommer att utdömas.

Vilken av nu berörda utvägar bör då tillgripas? Detta är ett synnerligen tveksamt spörsmål som jag här blott kan beröra antydningssvis. Till en början förtjänar det understrykas att en kollegial domstol har sitt existensberättigande främst däri att den ger möjlighet till ett ömsesidigt givande och tagande av sakskäl. Det måste därför betraktas såsom något högst naturligt och rekommendabelt att en domare i en kollegial domstol låter sig förmå att lämna en position som han en gång intagit men som han vid närmare eftertanke finner mindre hållbar. Å andra sidan måste det naturligtvis anses förkastligt om en domare lättvindigt överger en åsikt blott därför att han hamnat i minoritet eller därför att han icke vill framtvinga en besvärlig omröstningsprocedur. — Så långt gäller den fråga om argument vilkas räckvidd sträcker sig till alla

⁵⁴ Se, om »majoritetsprincipen», VON STEYERN i SvJT 1947 s. 726 ff. Se även EKELOF i SvJT 1948 s. 207 ff. samt BOLDING, Har försäkringsfallet inträffat?, s. 5 ff.

kollegiala domstolar inom vilka uppdelning på omröstningssystemata kan ske.⁵⁵ Emellertid bör det vidare observeras att ett särskilt problem uppkommer i sådana fall där den kollegiala domstolen är sammansatt av personer som representerar skilda typer av sakkunskap — något som ju ofta är fallet i fråga om skiljedomstolar. För att vi skall få en konkret föreställning om detta problem kan vi tänka oss, i det givna exemplet, att A är jurist, att B och C är köpmän, att frågan huruvida godset blivit för sent levererat måste avgöras främst mot bakgrund av några juridiskt svårbedömbara rättsfall samt att frågorna om brist och fel i godset är typiska köpmannaspörsmål. Kan det under sådana förhållanden vara lämpligt att lösa rättstillämpningsproblemet genom en serie omröstningar? Detta förefaller tvivelaktigt, eftersom därav kan följa dels den nackdelen att en enskild skiljemans speciella sakkunskap får ett alltför begränsat utrymme, dels den häremot svarande nackdelen att en enskild skiljeman nödgas ta ställning till delproblem som han har ringa möjlighet att överblicka. Det kan ifrågasättas om det icke är en lämpligare ordning att en viss funktionsfördelning sker inom skiljedomstolen på det sättet att varje speciellt sakkunnig skiljeman får ett dominerande inflytande inom den sektor som täcks av hans sakkunskap och får ett i motsvarande mån reducerat inflytande inom andra sektorer. Om en sådan ordning skall gälla kommer frågan om särskilda omröstningsförfaranden beträffande skilda »omständigheter, som var för sig äro av omedelbar betydelse för utgången» sällan att få aktualitet.

Diskussionen i detta avsnitt har varit ämnad att på vissa punkter belysa sambandet mellan rättstillämpningsmetod och förfarande. Hittills har emellertid följande viktiga fråga lämnats obeaktad: I vad mån är det möjligt att genom särskilda

⁵⁵ Jfr lagen om arbetsdomstol, 25 § andra stycket: »Är beträffande samma käromål fråga om flera omständigheter, som var för sig äro av omedelbar betydelse för utgången, skola de ändock ej uppställas till särskild omröstning.» — Denna bestämmelse tillkom i samband med nya rättegångsbalkens genomförande. Avsikten var enligt departementschefen »att förebygga uppkomsten av hittills okända irritationsmoment inom arbetsdomstolen». Se Proposition nr 224/1947 s. 49.

åtgärder som *direkt* siktar till att reglera förfarandet *indirekt* åstadkomma den effekten att en otillfredsställande rättskipning förebygges? Denna fråga — jämte andra därmed sammanhängande frågor — skall jag granska i det nu följande kapitlet.

KAPITEL III

UNDERSÖKNING AV VISSA SPECIALFRÅGOR — FÖRE- TRÄDESVIS SÅDANA SOM HAR ANKNYTNING TILL TIDIGARE BEHANDLADE PROBLEM.

§ 1. ÅTGÄRDER AVSEENDE SKILJEDOMSTOLENS SAMMANSÄTTNING.

A. Bör skiljemännen vara parternas »förtroendemän»?

Då man i litteraturen sökt göra begreppsmässig åtskillnad mellan skiljeförfarande och rättegång har man ofta tagit fasta på den omständigheten att skiljemännen vore att betrakta såsom parternas »förtroendemän».¹ Det är emellertid högst tvivelaktigt om detta är ett brukbart kriterium för en gränsdragning. Det kan i varje fall konstateras att den svenska SkmL är tillämplig även under den förutsättningen att en därtill behörig tredje man förrättat valet av skiljemän och därvid utsett personer som är okända för parterna och som saknar båda parternas förtroende. Otvivelaktigt förhåller det sig emellertid så att en av de viktigaste orsakerna till skiljeförfarandets förekomst just är denna, att parterna kan ha ett betydande intresse av att få en tvistefråga avgjord av personer som de har särskilt förtroende för.

Man kan emellertid lägga olika meningar i ordet »förtroendeman». Därmed kan avses en person som på grund av sina speciella kvalifikationer (gedigna kunskaper, moralisk integritet o. s. v.) framstår såsom särdeles väl skickad att lösa ett skiljemannauppdrag; det behöver i så fall icke vara fråga om en person till vilken parterna står i något bekantskapsförhållande. Å andra sidan förekommer det att man

¹ Under en tidigare (ovan s. 34) omnämnd internationell konferens framhölls från tyskt håll (LENT, se Atti del convegno 1954, s. 147) att de internationella skiljedomstolar, över vilkas sammansättning parterna icke har något inflytande, icke vore att betrakta såsom skiljedomstolar i egentlig mening, det vore här snarare fråga om »Ansatzpunkte . . . für eine neue Art internationaler oder übernationaler Gerichtsbarkeit».

med »förtroendeman» avser en person som är nära lierad med en viss part och som är benägen att under snart sagt alla förhållanden gå i bräsch för just denna parts intressen. För att rättsskipningen inom skiljeförfarandet skall kunna hållas på en hög nivå är det uppenbarligen av den allra största betydelse att icke »förtroendemen» av den senare typen får fritt spelrum.

Av det sagda framgår att det är ett synnerligen viktigt problem som aktualiseras av SkmL:s 6 §:

»Hava parterna ej enats om skiljemännen och ej heller överenskommit, till vilket antal och på vad sätt de böra utses, skola skiljemännen vara tre, av vilka vardera parten väljer en och de sålunda valda tillkalla den tredje.»

Den i detta lagrum angivna betingelsen — att särskild överenskommelse ej träffats — föreligger ju i praktiken mycket ofta. Konsekvensen blir att parterna å ömse sidor har att utse skiljemän just vid den tid då en tvist kommer upp. Det är icke alltid att räkna med att de i ett sådant läge särskilt inriktar sig på att få skiljedomstolen besatt med kvalificerade personer: det är naturligt att vardera parten först och främst strävar efter att skapa så goda förutsättningar som möjligt för ett för honom gynnsamt avgörande.

En besvärande situation kan emellertid uppkomma även i sådana fall där en parts utsedd skiljeman är personligen obekant med parterna och från början är inriktad på att vid skiljemannauppdragets utförande icke låta sig påverkas av obehöriga hänsyn. Redan den omständigheten att skiljemannen är vidtalad av en part som har sin speciella syn på den i förevarande läge aktuella tvisten kan nämligen vålla olägenhet. Jag föreställer mig att följande händelseförlopp är mycket vanligt:

Parten (P) kontakter den tilltänkte skiljemannen (S) och ställer frågan huruvida S är villig att åta sig ett skiljemannauppdrag. S förklarar att han i så fall först vill ha upplysning om vad saken gäller, eftersom han behöver veta hur mycken tid som han kan behöva sätta till och vilka krav som i övrigt kommer att ställas på honom. P berättar om tvistens bakgrund och framställer därunder sig själv såsom en förkämpe för sanning och rätt samtidigt som han målar motparten i mörka färger. S skjuter då och då in artighetsfraser sådana som »Ja, jag förstår.» och »Ja, det låter

verkliga ganska egendomligt». Slutligen säger S: »Ja, jag åtar mig det här uppdraget, men jag kan naturligtvis inte på förhand säga något om hur jag kommer att döma.» P förklarar sig väl införstådd med detta. Då skiljeförfarandet avslutats och S skall ta ställning till saken konstaterar han att P:s ursprungligen givna berättelse var ofullständig och delvis oriktig samt att det förefaller högst tveksamt huruvida icke dom bör ges till motpartens favör. I detta läge resonerar S på följande sätt: »Egentligen lutar jag åt den åsikten att P:s motpart bör vinna i målet. Men saken är tämligen tvivelaktig, och P skulle med lätthet ha kunnat få tag på en skiljeman som haft en annan åsikt än jag. Jag får se till att jag inte kan anses ha gjort P en ren otjänst genom att åta mig skiljemannauppdraget. Därför bör jag i detta fall, där saken kan anses vara så tveksam, justera min egen åsikt i någon mån, och under sådana omständigheter bör jag kunna ge mitt bifall till P:s talan.»

Nu skulle det emellertid kunna hävdas att dylika tendenser inom skiljeförfarandet ej behöver medföra några större vådor, därför att det typiskt sett förhåller sig så att en partisk attityd hos någon av skiljemännen kommer att motverkas av de båda övriga, den av motparten utsedde skiljemannen och den »opartiske» tredje skiljemannen. Ja, det har rentav gjorts gällande att man skulle medvetet acceptera att skiljemän som utsetts direkt av parterna fyller en annan funktion inom en skiljedomstol än sådana skiljemän som utsetts i annan ordning. Jag syftar särskilt på ett förslag som framlagts av l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT). I detta förslag ingår en jävsbestämelse som särskilt avser skiljemän vilka är »appointed by agreement of the parties, or by the court, or by other arbitrators, or by a third party». Att åtskillnad gjorts mellan sådana skiljemän och skiljemän som utsetts av parterna motiveras av UNIDROIT genom följande uttalande:

»... the arbitrator nominated by one of the parties may not be challenged because of some doubt with regard to his impartiality, except in the case where such arbitrator has become the president of the arbitral tribunal. The distinction thus admitted in the draft constitutes in theory a big change having regard to certain existing legal systems; but it did not seem desirable to the members of the Committee to confine themselves to a theoretical point of view and it was not possible to ignore the unsatisfactory practice, according to which arbitrators nominated by the parties too often tend to conduct themselves as advocates for the parties

which have nominated them, the only really judicial function being then, in truth, reserved for the third arbitrator...»²

En sådan anordning som den här föreslagna skulle givetvis ej kunna införas i svensk rätt utan lagändring — jävsbestämmelsen i SkmL:s 5 § avser ju samtliga skiljemän oavsett i vilken ordning de blivit utsedda. Det skulle också möjligen kunna hävdas att anordningen rimmar ganska illa med den uppfattning om skiljemannaavtalets natur som kommit till uttryck i doktrinen.³ Emellertid har UNIDROIT:s tanke ett betydande intresse icke blott de lege ferenda utan även såvitt angår gällande rätt. Man måste nämligen konstatera att det stundom förhåller sig så att en skiljeman visar ganska stor partiskhet utan att dock någon jävsgrund kan anses föreligga. Under sådana förhållanden har vi anledning att överväga följande fråga: Vilka fördelar skulle kunna vinnas och vilka nackdelar skulle uppstå därest man genomgående accepterade att skiljedomstolarna bleve rekryterade med en opartisk ordförande samt med två personer som vore inställda på att bevaka speciella partsintressen?

² Draft of a uniform law on arbitration, s. 43.

³ Den härskande uppfattningen i doktrinen betraktar såsom skiljemannaavtalets subjekt å ena sidan *båda* parterna, å andra sidan skiljemannen. Se t. ex. TIRKKONEN, Skiljemannaförfarandet, s. 81. Märk även följande uttalande av HASSLER (i kompendiet Extraordinär process och specialprocess, s. 115 f.): »Det riktiga torde vara att anse, att samtliga skiljemän äro båda parternas förtroendemän och ha ett gemensamt uppdrag av dem att avgöra den till skiljedom hänskjutna frågan. Parterna ha gemensamt föranlett skiljenämndens tillsättande genom sitt skiljeavtal, och skiljemännen handla i båda parternas tjänst och intresse. De skola därför söka att objektivt avgöra huru mellan parterna bör skiljas. En skiljeman är alltså icke ombud för den part, som utsett honom. Tyvärr uppfatta nog många skiljemän sin ställning mera som ombud än som opartiska domare, varför merendels tredje man blir den ende opartiske och därför i realiteten avgörande. Part sätter också värde på att ha en säker man, som i själva skiljenämnden för hans talan. Nya skiljemannalagen har försökt råda bot på att partiska skiljemän utses, men det är nog en ganska vansklighets sak.» — Naturligtvis förhåller det sig icke så att UNIDROIT:s förslag måste anses helt oförenligt med den nämnda uppfattningen om skiljemannaavtalets innebörd. Man kan väl tänka sig en ordning enligt vilken en skiljemans skyldigheter och rättigheter riktar sig i vissa avseenden mot båda parterna, i andra avseenden mot den part av vilken skiljemannen blivit utsedd.

Det torde ej kunna förnekas att en sådan anordning skulle vara fördelaktig ur vissa synpunkter. Särskilt är här att märka att den skulle erbjuda starka garantier för att icke några viktiga argument bleve förbisedda och några betydelsefulla delar av bevismaterialet bleve lämnade utan beaktande under den enskilda överläggningen: de skiljemän som finge anses som partsrepresentanter skulle naturligtvis ha särskild anledning att vara på sin vakt mot sådant.

Nackdelarna är emellertid ävenledes påtagliga. Man finge räkna med en betydande risk för att partsskiljemännen skulle komma att under den enskilda överläggningen införa nytt processmaterial, varigenom gränsen mellan förhandling och överläggning bleve utsuddad. Sådana tendenser skulle visserligen kunna motverkas av den opartiske skiljemannen, men det är icke alltid att räkna med att denne har tillräcklig auktoritet för att effektivt kunna göra detta. Vidare är att observera att den ifrågavarande anordningen i avsevärd mån skulle minska möjligheten att dra nytta av skiljedomstolens kollegiala sammansättning, nämligen såtillvida som den skulle försvåra tillskapandet av en grundval för ett ömsesidigt givande och tagande av sakska. Partsskiljemännen skulle säkerligen vara tämligen obenägna att överge positioner som de en gång intagit, särskilt med hänsyn till risken för att parterna kunde få kännedom om vad som passerat under överläggningen.⁴

Det tycks mig otvivelaktigt att de sist berörda nackdelarna är avsevärt tyngre vägande än de fördelar som kunde vinnas med anordningen i fråga. Men kan man då komma ifrån UNIDROIT:s anmärkning om att ett uppställande av för-

⁴ Det måste anses synnerligen olämpligt att skiljemännen avslöjar vad som förekommit under den enskilda överläggningen (se SCHÖNKE, Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 179), men risken för att detta dock kommer att ske är självfallet ganska stor, särskilt om det förutsättes att de av parterna utsedda skiljemännen skall fungera såsom »förtroendemän». — I stadgarna för Stockholms handelskammars skiljedomsinstitut sägs (§ 8, första stycket): »Skiljemännen och skiljedomsinstitutets tjänstemän äga icke yppa vad inför skiljemännen förekommit utöver vad som innehålles i den avkunnade domen jämte eventuell av skiljeman uttalad avvikande mening.» Se den av handelskammaren utgivna skriften Rättsskipning utan rättegång. Se även TIRKKONEN, Skiljemannaförfarandet, s. 92.

bud mot partiskhet innebär anläggande av en »theoretical point of view»? Måhända icke; det sagda synes dock ge anledning att överväga om icke det lämpligaste är att bibehålla den traditionella ståndpunkten, enligt vilken samtliga skiljemän skall fungera såsom opartiska domare, och att från denna ståndpunkt pröva vilka möjligheter som kan finnas att rätta vad som brister.

Det förefaller mig därvid möjligt att ta fasta på den nyss berörda omständigheten att det i regel är olämpligt att skiljedomstolen — ens till viss del — konstitueras genom ensidiga partsåtgärder vid en tidpunkt då tvist är aktuell. Under sådana förhållanden framstår det såsom önskvärt att en praxis kommer till stånd enligt vilken skiljedomstolen konstitueras på något av följande sätt: 1) Genom att parterna »enas om skiljemännen» (SkmL 6 §); sådan enighet torde mycket sällan stå att vinna sedan väl tvist uppkommit; bestämmelse bör följaktligen intagas redan i skiljeavtalet.⁵ 2) Genom att parterna enas om att överlåta åt någon tredje man — exempelvis ett skiljedomsinstitut⁶ — att konstituera skiljedomstolen; även i detta fall torde det vara riskabelt att räkna med partsöverenskommelse annat än i samband med skiljeavtalets tillkomst.

Dessa båda alternativ kan naturligtvis blott betraktas såsom huvudalternativ. Såsom exempel på en variation kan nämnas det fallet att parterna ömsesidigt tillförsäkrat sig rätt att utvälja eller att stryka namn på en förslagslista som hålls till handa av tredje man.⁷

⁵ Med hänsyn till innehållet i 9 § SkmL torde det i regel få anses lämpligt att även *suppleanter* utses.

⁶ Enligt Sveriges tekniskt-industriella skiljedomsinstituts regler för skiljedomsverksamheten skall institutets styrelse tillsätta skiljemännen. Parternas inflytande inskränker sig därtill att de kan träffa överenskommelse om att skiljedomstolen skall bestå icke av tre skiljemän utan av en skiljeman eller av fem skiljemän samt därtill att de kan träffa överenskommelse om att de i en femmannadomstol ingående skiljemännen skall utses delvis av parterna (en vardera) och delvis av institutets styrelse (de tre övriga). Om institutets verksamhet se BARRE i TSA 1947 s. 33 ff.

⁷ Enligt stadgarna för Stockholms handelskammars skiljedomsinstitut äger parterna att vardera till skiljemän föreslå tre av institutets ledamöter. Verkställande utskottet utser därefter två av institutets ledamöter att jämte

Det skulle naturligtvis i och för sig vara möjligt för lagstiftaren att genomföra en reform efter sådana linjer på ett alldeles effektivt sätt, nämligen genom en föreskrift om att skiljedomstolen alltid skall konstitueras av någon myndighet (t. ex. domstol eller överexekutor) eller av någon privaträttslig tredje man (t. ex. vederbörlig handelskammare⁸) eller att detta skall ske därest icke parterna »enats om skiljemännen». En sådan lagstiftningsåtgärd torde emellertid icke vara att rekommendera.⁹ Det vore synnerligen olyckligt om den svenska SkmL i ett så väsentligt hänseende som detta skulle komma att avvika från motsvarande utländska lagar. Det skulle också innebära en överdrift om man påstode att det ordinära systemet — parterna utser var sin skiljeman, de sålunda utsedda väljer den tredje — vore generellt olämpligt.¹⁰

Men om det nu förutsättes att det traditionella systemet alltså bör accepteras, vilket förfaringssätt bör då närmare bestämt begagnas av en part då han kontaktar sin tilltänkte skiljeman och av skiljemannen då han tar ställning till partens begäran? — Det förefaller ytterst viktigt att en lämplig standard utbildas i detta avseende — i den mån nu detta är genomförbart på ett område där frestelserna är så stora och där rättsliga sanktioner spelar en så obetydlig roll.

Vad som bör krävas av parten torde helt allmänt kunna sägas vara detta: att han icke genom det sätt varpå han kontaktar skiljemannen etablerar ett sådant tryck på skiljeman-

institutets ordförande vara skiljemän. Härvid skall, därest parterna begagnat sig av förslagsrätten, av de från vardera sidan föreslagna utses en skiljeman; har endast endera parten inkommit med förslag skall blott en skiljeman utses bland de av honom föreslagna.

⁸ Se diskussionen härom i NJA II 1929 s. 6 ff. Se även FEHR i SvJT 1930 s. 56 ff.

⁹ Däremot skulle jag vilja ifrågasätta om icke en begränsad reform vore av värde, nämligen en reform som ginge ut därpå att överexekutor finge behörighet att utse skiljemän *därest parterna enat sig om att överlåta åt honom att förrätta valet*. En sådan reform skulle möjligen kunna minska de statliga verkens betänkligheter mot att träffa skiljeavtal. Jfr ovan s. 45, not 33.

¹⁰ I arrendelagens 43 § och hyreslagens 46 § har meddelats förbud mot avvikelser från det ordinära systemet. Jfr ovan, s. 64 f., angående risken för att en skiljeklausul kan vara till särskild nackdel för den ena parten.

nen att denne behöver känna det såsom ett svek mot ett förtroende därest han ger en dom till partens nackdel. Parten bör visa respekt för skiljemannens integritet. Han bör avstå från att under kontakten med skiljemannen plädera för sin sak och bör likaså avstå från att söka få en uppfattning om hur skiljemannen kan beräknas komma att ställa sig till tvisten. Om parten har ombud eller biträde bör han givetvis överlåta åt ombudet eller biträdet att ta kontakt med skiljemannen.¹¹

Skiljemannen å sin sida bör avstå från att inhämta andra upplysningar om tvisten än sådana som han behöver för att kunna ta ställning till huruvida han kan åta sig uppdraget (upplysningar om tvistens allmänna art, om tidsfaktorer etc.). Han bör, i den mån så är behövt, tydligt klargöra för parten att han åtar sig uppdraget under den självklara förutsättningen att han såsom domare skall ha full frihet att träffa sitt avgörande efter »bästa förstånd och samvete». Under inga omständigheter bör han tillåta sig att göra några förhandsutfästelser i fråga om sitt ställningstagande. Icke ens vaga, med reservationer försedda, uttalanden bör förekomma, exempelvis sådana som följande: »Om det förhåller sig så som Ni nu har sagt och om inte motparten har något väsentligt nytt att komma med så tror jag nog att jag kan ge en dom till Er förmån.»

Emellertid bör i detta sammanhang observeras ett problem som en tillfrågad skiljeman stundom kan bli ställd inför. Antag att skiljemannen redan på grundval av partens beskrivning av tvisten tycker sig finna att en dom till partens förmån icke kan komma på fråga. Bör han i så fall upplysa parten om detta samt förklara att han med anledning härav icke vill åta sig uppdraget? — Klart är att detta handlingssätt icke

¹¹ Följande fall har inträffat: En person (jurist) blev av en advokat ombedd att fungera såsom skiljeman. Han förklarade sig villig, under påpekande att han naturligtvis alls icke kunde uttala sig om vilket avgörande han kunde komma att träffa. Advokaten yttrade då ungefärligen följande: »Det förstår jag. Men man kan väl ändå inte tänka sig exempelvis den situationen att Ni antecknar Er för en avvikande åsikt för den händelse de båda övriga skiljemännen skulle döma till min huvudmans favör?» Den tillfrågade gav det självklara svaret »jo». — Frågan borde aldrig ha framställts.

kan anses generellt förkastligt. Ingen är ju tvingad att åta sig ett skiljemannauppdrag,¹² och ett avböjande kan naturligtvis ske med vilken motivering som helst. Klart är också att det kan vara av stort värde för parten att få del av motiveringen »Er sak är utsiktslös», eftersom den kan ge parten anledning att avstå från ett onyttigt och kostsamt förfarande. Emellertid må man märka att det skulle ha vissa vådor om varje tillfrågad skiljeman konsekvent gäve avböjande svar i en sådan situation som den här avsedda. Följden bleve nämligen att parten kunde fortsätta med sitt sökande efter skiljemän ända till dess han påträffat en person som vore benägen att kritiskt gå i bräsch för hans sak. Enligt min uppfattning bör därför en tillfrågad person som eljest är oförhindrad att åta sig ett skiljemannauppdrag blott i flagranta fall låta en omständighet sådan som den berörda föranleda till ett avböjande svar. Och det tycks mig böra även i detta sammanhang understrykas att en tillfrågad person aldrig har anledning att, innan han tar ställning till partens begäran, söka *komma till klarhet om »risken»* för att han skall få anledning att ge en dom till partens nackdel.

B. Vilka kvalifikationer bör skiljemännen äga?

Svaret på denna fråga måste självfallet i viss mån bli beroende av vilken rättsskipningsmetod som det förutsättes att skiljedomstolen skall begagna. Jag skall emellertid i det följande resonemanget bortse från de olika slag av alternativa rättsskipningsmetoder som tidigare framställts såsom tänkbara och skall sålunda vid problembehandlingen utgå endast från den förutsättningen att skiljedomstolen skall utföra strikt rättstillämpning.¹³

¹² Norsk rätt ålägger i några speciella fall vissa personer att på parternas begäran tjänstgöra såsom skiljemän. Se LINDBOE, *Privat rettergang*, s. 26.

¹³ Det som sägs i det följande om betydelsen av att juridisk expertis har sin plats i skiljedomstolen torde med samma styrka gälla för den händelse att parterna kommit överens om tillämpning av någon av de metoder, som jag skisserat ovan å s. 141—148. Om åter meningen är att särskild vikt skall läggas vid »humanitära» e.l. hänsyn, så torde det ha mindre vikt vilken sam-

En fördel med skiljeförfarandet är att det ger parterna möjlighet att få en tvistefråga löst under medverkan av personer som förfogar över goda kunskaper icke blott inom juridiken utan även inom sådana andra kunskapsområden som tvisten berör. Emellertid är det endast i undantagsfall möjligt att helt och hållet rekrytera en skiljedomstol med sådana domare. Ofta uppkommer därför följande fråga: Om nu den framtida tvisten kan beräknas bli (den redan aktuella tvisten är) av sådan art att strikt rättstillämpning måste förutsätta kunskaper såväl i juridiska som i andra ting (exempel: köpmannakutymen), bör då skiljedomstolen bestå av enbart jurister, vilka förutsättes skola inhämta expertutlåtande beträffande icke-juridiska frågor, av enbart köpmän, vilka förutsättes skola i mån av behov rådfråga juridisk expertis, eller av såväl jurister som köpmän?¹⁴

På denna fråga kan icke ges något generellt svar: huruvida den ena eller den andra anordningen är den lämpligaste måste bli beroende av hur de problem närmare bestämt är beskaffade som i det konkreta fallet framstår såsom de mest svårlösta och brännande. Följande exempel tycks mig vara ägnat att belysa frågan:

Länsstyrelsen i Gävleborgs län dnr IA 9. 19/1953 och IA 9.2/1954. En lådfabrikant och en virkesleverantör råkade i tvist om beskaffenheten av levererat virke. Skiljeförfarande påkallades och båda parter utsåg trävarumän till skiljemän. De båda trävarumännen kunde emellertid ej enas vid valet av tredje skiljeman. Den ene ville utse en häradshövding, den andre en trävaruspecialist till tredje skiljeman. Den förstnämnde skiljemannen hemställde hos överexekutor att häradshövdingen måtte utses. Ansökningen kommunicerades med den andre skiljemannen, vilken i brev till överexekutor yttrade bl. a. följande: »Vad nytta . . . (häradshövdingen) skulle göra, förstår jag icke. Det gäller här en av de svåraste frå-

mansättning som skiljedomstolen har. Dock bör under alla förhållanden de risker observeras som berörs nedan å s. 175 f.

¹⁴ Stundom kan naturligtvis en enmansdomstol anses tillfyllest. Det före kommer även — exempelvis i skiljeklausuler i försäkringsbrev — föreskrifter om att i första hand två skiljemän skall utses och att tredje skiljeman ej behöver tillkallas annat än om de båda ursprungligen utsedda skiljemännen blir oense. Enligt tysk rätt (ZPO § 1028) skall skiljedomstolen, därest skiljeavtalet ej innehåller särskild föreskrift, bestå av två skiljemän; om »Stimmen-gleichheit» uppkommer, träder skiljeavtalet ur kraft (§ 1033).

gorna inom trävarubranschen, nämligen att bedöma huru varorna varit vårdade och vilken skada de tagit av påstådd vanvård. Skiljenämnden är icke någon slags domstol, som skall döma efter den bevisning parterna förebbringa utan en trävaruskiljedom tillgår så att skiljenämndens medlemmar själva skola undersöka och bedöma varorna. Om ... (den skiljeman som ingivit ansökningen) och jag stanna i olika mening om en blåfläcks betydelse, hur skall då en icke fackman kunna döma mellan oss?»¹⁵

Fallet är av intresse särskilt därutinnan att den för utgången avgörande omständigheten synes ligga helt utanför det kunskapsområde som en jurist normalt sett behärskar. Det kan under sådana förhållanden te sig rimligast att, såsom påyrkats i det citerade brevet, anförtro åt en icke-jurist att fungera såsom tredje skiljeman. Emellertid kan man hysa vissa dubier om lämpligheten härav. Skiljedomstolen skall icke blott ta ställning till frågan om virkets beskaffenhet utan skall även, på grundval av svaret på denna fråga, ge en skiljedom som skall ha en bestämt avgränsad betydelse i rättskraftshänseende och som, om den går ut på fullgörelse, skall kunna fungera såsom exekutionstitel. Det är icke säkert att trävaruexperterna kan ge en dom som fyller kraven i dessa hänseenden: erfarenheten visar att en lekmannamässigt konstruerad skiljedom över en till synes mycket okomplicerad fråga kan vålla stora besvärigheter i ett följande handelseförlopp. Låt oss exempelvis tänka oss att i det aktuella fallet saken utvecklas på följande sätt:

Skiljedomstolen — bestående av tre trävaruexperter — besiktigar virket och kommer till enighet om att detta icke är av fullgod beskaffenhet. En skiljedom ges, vari det sägs att lådfabrikanten skall av virkesleverantören återfå 1 000 kronor av den erlagda köpeskillingen. Denna skiljedom verkställs. Lådfabrikanten framställer sedan anspråk på ytterligare gottgörelse i anledning av att han gått miste om köpare till följd av att han icke haft tillgång till prima lådvirke. Virkesleverantören vägrar att betala med den motiveringen att »saken är avdömd i dess helhet». Lådfabrikanten påstår att skiljedomstolens ordförande under skiljeförfarandets lopp sagt: »Frågan om affärsförluster har vi ingen anledning att

¹⁵ Ansökningen — som ju icke emanerade från »part» (Skml 8 §) — föranledde icke till någon åtgärd av överexekutor (jfr SvJT 1925 rfs. 41). Rätteligen borde icke ens kommunikation ha skett. Sedermera utsågs emellertid på vederbörande parts begäran en trävaruexpert till tredje skiljeman. Angående lämpligheten av detta avgörande se vidare i texten.

gå in på i detta sammanhang.» Skiljedomstolens ordförande kan ej erinra sig huruvida han fällt något sådant yttrande. Inga anteckningar har under skiljeförfarandets lopp gjorts om vilka närmare bestämda yrkanden som framställts och vilka grunder som åberopats av parterna, ej heller finns några sådana anteckningar i skiljedomen. Ett nytt skiljeförfarande kommer till stånd, i vilket skiljedomstolen — fortfarande kanske bestående av tre trävaruexperter — har att ta ställning till den första skiljedomens rättskraft.¹⁶

Otvivelaktigt ligger händelseförlopp sådana som det här skisserade mången gång hotande nära. Jag tror på det hela taget att det finns skäl att bestämt avråda från tillskapandet av skiljedomstolar som består uteslutande av icke-jurister. Det kan visserligen sägas vara föga tillfredsställande att en jurist dömer mellan två experter som har olika uppfattning »om en blåfläcks betydelse», men vådorna härav tycks mig vara jämförelsevis ringa: oftast är väl i sådana fall den ene expertens åsikt ungefär lika god som den andres.

Gentemot det sagda skulle kunna hävdas att de med en lekmannaskiljedomstol förbundna riskerna tillräckligt väl kan förebyggas genom att skiljedomstolen inhämtar råd från jurister i den mån så är behövt. Jag tror emellertid icke att det förhåller sig så.¹⁷ Fara med en lekmannadomstol består nämligen bl. a. däri att domstolen kan vara blind för att ett visst problem över huvud taget har betydelse. Och denna fara kan naturligtvis ej avvärjas på angivet sätt. Vidare är att märka att de »juridiska» problemen ofta sammanhänger med den formella och den materiella processledningen och ofta uppkommer i oförutsedda situationer. Det förefaller med hänsyn härtill önskligt att den juridiska expertisen har sin plats inom domstolen, där den kan verka snabbt och effektivt.

¹⁶ Exemplet är fritt konstruerat. »Every person, incident, institution, college, firm or whatnot . . . is purely imaginary and is not intended to refer to any actual person, incident, institution, college, firm or whatnot whatsoever.» (DOROTHY SAYERS.)

¹⁷ Det kanske är motiverat att göra undantag för det fallet att en lekmannaskiljedomstol *kontinuerligt* biträdes av en juridiskt utbildad sekreterare. Sådana arrangemang förekommer stundom inom de fasta skiljedomsinstitutionen.

Men om nu en skiljedomstol skall bestå av flera ledamöter, bör då *alla* ledamöterna vara jurister? — Det har gjorts gällande att man — med undantag för vissa skiljedomsinstitut — »rätt allmänt kommit fram till den välgrundade uppfattningen, att alla skiljemännen böra vara jurister, och att den speciella sakkunskap, som tvistens bedömande kräver, bäst inhämtas utifrån, om möjligt genom skiljemännens försorg».¹⁸ Jag skulle tro att denna uppfattning verkligen är välgrundad, nämligen såtillvida som den är baserad på två ganska säkra iakttagelser: De juridiska problem som aktualiseras vid skiljedomstolarna är ofta så svårbemästrade att mer än en jurist behövs vid domarbordet. Och vidare: Det innebär ofta en fara att placera in icke-jurister i en skiljedomstol såframt icke skiljeförfarandet har en synnerligen fast organisation och ledes av en jurist med goda kunskaper och stor auktoritet. — Emellertid är det självfallet att något allmänt svar icke kan ges på den ställda frågan. En av fördelarna med skiljeförfarandet är just att parterna har möjlighet att utnyttja kvalifikationerna hos sådana jurister och andra experter som höjer sig över mängden.

C. Särskilt angående överexekutors åtgärder.¹⁹

Enligt 8 och 10 §§ i SkmL åligger det i vissa fall överexekutor att utse skiljeman. Fallen är följande: 1) Det fallet att part, som skall välja skiljeman, ej fullgjort vad honom i sådant avseende åligger.²⁰ 2) Det fallet att skiljemän, som i sin

¹⁸ AHRNBORG i SvJT 1950 s. 494.

¹⁹ Till assessorn GERT BOËTHIUS riktar jag ett hjärtligt tack för värdefulla upplysningar rörande överståthållarämbetets praxis.

²⁰ Här är främst att uppmärksamma det fallet att parten icke inom stadgad tid — 14 dagar — lämnat någon underrättelse. Emellertid kan det också förekomma att parten i vederbörlig ordning valt en person som icke — m. h. t. jävsbestämmelserna i SkmL eller m. h. t. särskilda föreskrifter i skiljeavtalet — bort komma i fråga. Bör överexekutor i så fall kunna utse ny skiljeman i stället för den av parten valde? På denna fråga — som i ett fall besvarats nekande av ÖÅ (9/10 1954 dnr 1986: *. . . enär det lagligen icke tillkommer överexekutor att pröva huruvida jäv föreligger mot av part vald skiljeman . . .) — skulle jag vilja svara följande (i nära överensstämmelse med tysk doktrin;

tur skall utse skiljeman, ej enat sig om valet. 3) Det fallet att skiljeman, som ej är nämnd i skiljeavtalet, avgår.²¹ 4) Det fallet att vakans i skiljedomstolen uppstått till följd av att skiljeman, som ej är nämnd i skiljeavtalet, blivit, på grund av att han icke på erforderligt sätt befattat sig med arbetet, av överexekutor skild från sitt uppdrag. — För överexekutors behörighet att ingripa är förutsättningen i samtliga fall dels att ansökan härom gjorts av »part»,²² dels att mellan parterna icke träffats överenskommelse om något annat arrangemang än det i lagen angivna.²³

Det torde vara klargörande att i det följande skilja mellan två alternativ som för enkelhets skull kan betecknas såsom

se SCHÖNKE, Das Schiedsgerichtsverfahren, särskilt s. 90): Om den utsedde uppenbarligen icke är godtagbar såsom skiljeman (»offenbar ungeeignet») — t. ex. om han är omyndig eller nära besläktad med parten — så bör överexekutor anse sig behörig att förrätta nytt val. Det vore nämligen orimligt om en part skulle kunna framtvinga ett skiljeförfarande som vore att betrakta såsom meningslöst eller sasom helt stridande mot god ordning. Om fallet synes tveksamt bör överexekutor däremot underlåta att vidtaga åtgärder. En närmare prövning av jävsfrågan bör nämligen icke företagas på detta stadium. — Det bör observeras att rättsfallet NJA 1938 s. 449 icke ger någon vägledning beträffande det diskuterade problemet. I detta fall grundades nämligen överexekutors behörighet på en särskild lagbestämmelse. — Ang. frågan, huruvida jäv skall prövas av skiljemännen eller av domstol, se CONRAD I i SvJT 1952 s. 337 ff.

²¹ Märk emellertid reservationen i 10 §:ns andra stycke: »Hade skiljemannen avlidit, eller berodde hans avgång av jäv eller laga förfall, som uppkommit efter valet, välje dock, därest ej annat är av parterna bestämt, den eller de, som utsett skiljemannen, annan i hans ställe . . .»

²² Jfr ovan, s. 175, not 15.

²³ Stundom ställs överexekutor inför frågan huruvida det skiljeavtal som parten åberopar såsom grund för sin ansökan är att betrakta såsom giltigt. Det problemkomplex som här aktualiseras skall jag icke gå in på. Jag vill emellertid fästa uppmärksamheten vid följande avgörande av ÖÅ (17/2 1956 dnr 34): »... när det icke är uppenbart att, såsom ... gjort gällande, skiljeavtal ej kommit till stånd mellan parterna, finner överståthållarämbetet K ... äga påkalla tillämpning av 8 § lagen om skiljemän samt förordnar inledning därav till skiljeman ...». — Detta avgörande innefattar enligt min åsikt en lämplig kompromiss mellan två i övrigt tänkbara, båda klart otillfredsställande, lösningar, nämligen å ena sidan den att överexekutor utan prövning skulle ta skiljeavtalet för gott och å andra sidan den att överexekutor skulle utföra en prövning som föregrepe skiljemännens eller domstolens. — Jfr not 20 härövan. Se även i denna fråga CONRADIS uppsats i SvJT 1952.

(a) utseende av skiljeman »för part» och (b) utseende av »tredje skiljeman».²⁴ Genom denna distinktion hålls fallen 1) och 2) isär; fallen 3) och 4) kan vara att hänföra till vilket som helst av de båda alternativen.

a. Utseende av skiljeman »för part».

Då överexekutor skall utse skiljeman för part måste han självfallet i främsta rummet ställa sig som uppgift att medverka till att skiljedomstolen blir kvalitativt god.²⁵ I föregående avsnitt har berörts en del frågor som i sådant hänseende kräver beaktande. — Skall överexekutor därjämte söka etablera ett »förtroendeförhållande» mellan parter och skiljemän genom att söka finna en skiljeman inom dessas bekantskapskrets? Denna fråga torde kunna besvaras med ett kategoriskt nej. Ett opartiskt förfarande kan lättare komma till stånd om något bekantskapsförhållande icke råder. Ofta utser parterna, med insikt härom, till skiljemän sådana personer som icke står dem nära i något hänseende. Så mycket större anledning har överexekutor att — då så är möjligt — gå utanför parternas bekantskapskrets.²⁶

Med hänsyn till de tidigare berörda omständigheterna skulle det kunna förefalla som om överexekutor alltid borde utse en jurist — om möjligt en jurist som därjämte hade särskilda kunskaper på det samhällsområde inom vilket tvistefrågan hörde hemma²⁷ — till skiljeman för parten. Ett ytterli-

²⁴ Jag bortser i det följande från alla andra alternativ än det att skiljedomstolen skall bestå av tre ledamöter.

²⁵ Självklart måste anses vara att överexekutor ej har någon anledning att avpassa sitt val efter kvaliteten hos den skiljeman som sökanden själv utsett. Se fallet ÖÅ 27/8 1952 dnr 1107, omnämnt nedan å s. 181.

²⁶ Detta kan naturligtvis — särskilt i mindre samhällen — stundom visa sig omöjligt.

²⁷ I rättsfallet NJA 1938 s. 449 uppkom frågan huruvida ett hovrättsråd borde kunna fungera såsom skiljeman i en tvist som avsåg vilka värden som enligt en tullförordning skulle åsättas några elektriska mätare. Att hovrättsrådets kompetens kunde ifrågasättas berodde på att viss tillämplig författning föreskrev att skiljemännen skulle vara »för sakkunskap på området kända . . . personer». Två av HD:s ledamöter, vilkas mening kom att bestämma utslaget, fann det icke ådagalagt att hovrättsrådet — »utöver de allmänna förutsätt-

gare skäl, utöver de berörda, som talar för en sådan slutsats är att överexekutor icke kan ge någon föreskrift beträffande valet av tredje skiljeman och att överexekutor således icke har någon garanti för att härtill kommer att utses någon jurist.

Emellertid är att märka att det icke blott är kvalitetskravet som överexekutor har att beakta då han utser skiljeman för part: han måste därjämte tillse att icke parten genom att underlåta att utse skiljeman erhåller en förmånligare position än den som han skulle fått därest han lojalt följt bestämmelserna i skiljeavtalet och i SkmL. Här är att observera sådana fall där skiljeklausulen innehåller föreskrift om att de av parterna utsedda skiljemännen skall tillhöra viss personkategori. Om en part vid tidpunkten för tvisten kommer till klarhet om att en sådan klausul är till hans nackdel, bör han icke kunna undanröja denna nackdel genom att icke för egen del utse skiljeman.²⁸ Överexekutor måste i ett sådant fall handla i överensstämmelse med klausulen.²⁹

En inkommen ansökan om att överexekutor skall utse skiljeman för part skall kommuniceras med parten i fråga

ningar han såsom domare äger att tillämpa jämväl tullförfattningar» — jämväl ägde »sådana särskilda, juridiska eller kommersiella, kvalifikationer» att han enligt det åberopade författningsrummet var att anse som sakkunnig på det förevarande området. En ledamot var skiljaktig i fråga om motiveringen; två ledamöter ansåg att föreskriften icke kunde anses »hava den innebörd att, då det skiljenämnd underställda spörsmålet för sin lösning tarvar sakkunskap i fråga om författningstolkning — vilket tidigare visat sig vara fallet angående tullbehandlingsärenden av samma slag som det nu förevarande — en person vilken såsom Ö . . . besitter sådan sakkunskap icke skulle kunna väljas till skiljeman».

²⁸ Ej heller genom att utse skiljeman vars kvalifikationer ej fyller kraven i klausulen. Se ovan not 20.

²⁹ Antag att klausulen innehåller en föreskrift som uppenbarligen är orimlig. Naturligtvis bör överexekutor i så fall icke följa klausulen. Men hur bör han handla? Bör han i strid mot klausulens lydelse utse en skiljeman som synes honom lämplig eller bör han anse sig förhindrad att över huvud taget utse skiljeman? Såvitt jag kan förstå måste det sistnämnda alternativet vara det riktiga. Och konsekvensen därav måste bli att skiljeavtalet icke tillmätas betydelse såsom rättgångshinder. Fallet torde böra anses likvärdigt med det fallet att person som genom skiljeavtalet utsetts till skiljeman icke är i livet (SkmL 9 §).

(SkmL 26 §). Detta är nödvändigt icke blott av det skälet att sökandens uppgift om att han ej fått någon underrättelse av parten kan vara oriktig utan också därför att särskilda förhållanden kan föranleda till att partens rätt att själv utse skiljeman får anses kvarstå. Ett exempel härpå är följande:

ÖÅ 28/11 1951 dnr 2379. Parten förklarade att han inom rätt tid utsett viss person (rådman vid Stockholms rådhusrätt) till skiljeman. Innan han hunnit lämna meddelande härom hade han emellertid av sökanden fått en (som det sedermera visade sig oriktig) uppgift om att något skiljeförfarande icke skulle komma till stånd. ÖÅ ansåg parten icke hava förlorat sin rätt att själv välja skiljeman.

Det förekommer stundom att en part utser skiljeman efter det att den i SkmL:s 7 § stadgade 14-dagarsfristen löpt till ända³⁰ men innan skiljeman utsetts av överexekutor. Skall överexekutor i så fall låta det bero vid det av parten företagna valet? Härpå kan utan tvekan svaras nej.³¹ En sådan praxis vore ytterst vådlig eftersom den gäve möjlighet åt en tredskande part att fördröja skiljeförfarandets igångsättande.

ÖÅ 27/8 1952 dnr 1107. Sökanden hade utsett en disponent (icke jurist) till skiljeman. Motparten förklarade att han till skiljeman valt en namngiven godsägare (icke jurist). Sökanden, som fick del av förklaringen, gjorde gällande att godsägaren blivit för sent utsedd. ÖÅ ansåg valet hava skett för sent och utsåg en assessor vid Stockholms rådhusrätt till skiljeman.

Men om det nu av partens förklaring framgår att han efter 14-dagarsfristens utgång har träffat sitt val, finns det då anledning för överexekutor att — såsom i det sist nämnda fallet skedde — höra sökanden över förklaringen? På detta torde kunna svaras att överexekutor har anledning härtill för den händelse det finns skäl att tro att sökanden kan vara tillfreds med det av parten i efterhand träffade valet. Ett eventuellt förnyat hörande av sökanden bör emellertid arrangeras

³⁰ Följande passus ur ett hovrättsbeslut (Svea hovrätt, VII avd., 25/4 1955 nr Ö 20) är av intresse för frågan om beräkningen av denna frist: »H:s brev med underrättelse om hans val av skiljeman får anses ha kommit bolaget till handa, då avis om brevet avlämnades till bolaget . . . från vilken tidpunkt den i 7 § lagen om skiljemän stadgade tidsfristen skall räknas . . .».

³¹ Se DILLÉN, Bidrag till läran om skiljeavtalet, s. 212 ff. samt där anförda lagmotiv. Se även FEHR i SvJT 1919 s. 299.

på sådant sätt — omgående brev eller telefonsamtal — att icke någon nämnvärd ytterligare tidsförlust uppstår.

ÖÅ 27/8 1952 dnr 1233. I förklaringen sade sig parten hava (efter tidsfristens utlopp) utsett en namngiven juris kandidat till skiljeman. I påminnelser förklarade sig sökanden intet hava att erinra mot detta val. ÖÅ utsåg vederbörande till skiljeman.³²

Innan överexekutor utser skiljeman bör han göra sig förvissad om att den avsedda personen dels fyller kraven i de hänseenden som nu varit på tal, dels har möjlighet att sätta till så mycken tid att skiljeförfarandet — såvitt på honom ankommer — snabbt kan genomföras. Det skulle möjligen kunna ifrågasättas om icke överexekutor borde, sedan han träffat ett preliminärt val, inhämta parternas yttrande, särskilt i jävsfrågan. Överexekutor torde emellertid härvidlag kunna förlita sig på den tillfrågades egna uppgifter, och bör utan ytterligare omgång träffa det definitiva avgörandet.

Överexekutor kan, såsom nämnts tidigare, ställas inför uppgiften att utse skiljeman »för part» även i det fallet att en tidigare av parten utsedd skiljeman avgått samt i det fallet att en tidigare av part utsedd skiljeman, som icke befatat sig med arbetet »på sätt för dess vederbörliga fortgång kräves» (SkmL 10 §), blivit skild från sitt uppdrag.

Dessa båda specialfall torde icke ge anledning till särskilda överväganden i de hänseenden som här är aktuella. Dock kan möjligen följande fråga förtjäna att uppmärksammas: Bör överexekutor i de nu avsedda fallen låta sitt personval influeras av det sätt varpå parten ursprungligen förrättat sitt val? Såsom skäl för ett jakande svar på denna fråga skulle möjligen följande kunna sägas: »Det finns alltid en viss risk för att en part sedan han väl valt en skiljeman kommer på det klara med att han hade varit bättre betjänt med en skiljeman med andra kvalifikationer. Det finns också alltid viss risk för att parten i ett sådant läge försöker förmå skiljemannen att antingen avgå eller sabotera skiljeförfarandet.

³² Det torde få anses riktigt att i ett sådant fall »utse» vederbörande (alternativet är: »låta bero vid det av parten träffade valet»). Märk nämligen SkmL 10 § andra stycket: om någon av de i detta lagrum angivna situationerna skulle inträffa bör överexekutor, ej parten, förrätta nytt val.

Sådana tendenser från partens sida skulle i viss mån kunna motverkas om överexekutor följde en princip vilken ginge ut därpå att en nyutsedd skiljeman skall tillhöra ungefärligen samma personkategori som den tidigare fungerande skiljemannen.» — Detta argument synes mig dock föga beaktansvärt. Det är visserligen sant att en part ofta under skiljeförfarandets lopp blir missbelåten med den skiljeman som han utsett, men detta beror väl i så fall nästan undantagslöst på att denne skiljeman visar sig mindre tillgänglig för partens proposer än vad parten skulle önskat. Och en skiljeman med sådan aktivitet torde i allmänhet icke vara benägen att låta sig av parten påverkas till att avgå³³ eller till att sätta käppar i hjulen för skiljeförfarandet, särskilt som han riskerar att därigenom dra på sig skadeståndspåföljder. — Jag kan över huvud taget icke finna något skäl för att överexekutor skulle tillämpa andra principer i de båda berörda specialfallen än i de fall då han eljest har att utse skiljeman »för part».

H f

b. Utseende av »tredje skiljeman».

Det vanliga, ehuru ej obligatoriska, är att den tredje skiljemannen fungerar såsom skiljedomstolens ordförande. Såsom sådan ställs han inför viktiga juridiska uppgifter särskilt med avseende på den formella och den materiella processledningen. Det behöver därför sällan råda någon tvekan om att överexekutor till tredje skiljeman bör utse en person med juridiska kvalifikationer,³⁴ företrädesvis en person med erfarenheter från domareyrket. Vidare torde det undantagslöst böra tillses att den tredje skiljemannen har minst lika hög tjänsteställning eller i övrigt minst lika framträdande kvalifikationer som de övriga skiljemännen.

Följande båda fall ur ÖÄ:s praxis — varav det första har intresse även ur andra synpunkter än de här aktuella (se 26 § SkmL) — torde kunna exemplifiera det sagda:

ÖÄ 2/11 1948 dnr 870. I en tvist mellan å ena sidan två stockholmsingenjörer och å andra sidan en direktör i Skara utsågs till

³³ Jfr nedan, s. 196 f.

³⁴ Jfr det ovan, s. 174 f., refererade fallet.

skiljemän av stockholmsingenjörerna en major i Stockholm och av direktören en ingenjör i Lidköping. De båda utsedda kunde ej ena sig i valet av tredje skiljeman. Stockholmsingenjörerna hemställde hos ÖÅ om utseende av tredje skiljeman. Direktören gjorde en motsvarande hemställan hos länsstyrelsen i Skaraborgs län med särskilt yrkande att någon i länet verksam domare måtte utses. Sistnämnda ansökning överlämnades av länsstyrelsen till ÖÅ. ÖÅ utsåg en häradshövding i Skaraborgs län till tredje skiljeman.

ÖÅ 4/1 1950 dnr 2238/1949. Två skiljemän, den ene överste i väg- och vattenbyggnadskåren, den andre major i samma kår, kunde ej ena sig i valet av tredje skiljeman. ÖÅ utsåg härtill ett f. d. justitieråd.

Det under föregående rubrik sagda torde i övrigt vara tillämpligt även såvitt gäller utseende av tredje skiljeman. Partsöverenskommelser — i skiljeklausul eller i annan ordning — bör tillmätas betydelse även då de avser kvalifikationerna hos den tredje skiljemannen. Däremot kan jag icke finna något skäl för att överexekutor skulle behöva fästa någon vikt vid den omständigheten att de båda skiljemän, vilka ej kunnat enas i valet av tredje skiljeman, kan ha varit ense om vilka kvalifikationer som den tredje skiljemannen borde ha.

§ 2. ÅTGÄRDER UNDER SKILJEFÖRFARANDET.

A. Fastläggande av riktlinjerna för skiljeförfarandet.

Det ställs stora krav på skiljedomstolen i förfarandets tidigaste skede. Delvis är det fråga om krav som gäller oberoende av vilken rättsskipningsmetod som det förutsättes att domstolen skall tillämpa. Skiljedomstolen måste se till att ramen för förfarandet blir noga fixerad: den måste kontrollera att käranden — som kanske tidigare blott lämnat en oklar uppgift »på den eller de frågor, varom skiljedom äskas» (SkmL 11 §) — anger sina yrkanden och närmare preciserar vilka omständigheter som han stöder dessa yrkanden på; den måste likaledes tillse att svaranden ger bestämt besked om sitt ställningstagande. Med hänsyn till att SkmL ger stor möjlighet till valfrihet i fråga om de processuella arrangemangen måste det vidare klarläggas vilka anordningar som under förfarandets lopp skall vidtagas exempelvis så-

vitt gäller bevisupptagningen. Valfriheten bör utnyttjas i parternas intresse, parterna bör alltså på ett tidigt stadium tillfrågas om sina önskemål.³⁵

I det följande skall jag emellertid endast uppehålla mig vid sådana i detta sammanhang aktuella frågor som är av särskild betydelse under förutsättning att man vill sträva till att åstadkomma en god rättstillämpning. Vad jag avser med »god rättstillämpning» har jag sökt angiva i tidigare avsnitt i denna bok; uppgiften blir nu att utveckla dessa åsikters konsekvenser såvitt gäller skiljemännens och parternas åtgärder på skiljeförfarandets inledande stadium.

Om man förutsätter att parterna skall ha möjlighet att inverka på skiljemännens val av rättsskipningsmetod så bör skiljedomstolen vid skiljeförfarandets början inhämta kunskap om parternas önskemål.³⁶ Det torde vara klargörande att här skilja mellan några olika typer av fall.

- a. I skiljeavtalet har ej träffats överenskommelse om någon viss rättsskipningsmetod, ej heller om något processuellt arrangemang som behöver inverka på valet av sådan metod.

Man kan fråga sig om det i detta fall är erforderligt att skiljedomstolen ställer några frågor om parternas önskemål. Bör icke skiljedomstolen här automatiskt inrikta sig på att utföra strikt rättstillämpning (och följaktligen att anordna förfarandet på sådant sätt att detta kan ske)? Härpå skulle jag vilja svara att det under alla omständigheter måste an-

³⁵ Jfr EKELOF, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 261: »Att RB på det hela taget överlämnat åt rätten att ex officio reglera detta (förfarandet), får ju inte tas till intäkt för att parterna ej skulle ha något inflytande på utformningen av förfarandet. Tvärtom bör rätten aldrig fatta några viktigare beslut därom utan att först ha hört parternas önskemål.»

³⁶ Detta blir en uppgift främst för skiljedomstolens ordförande vilken bär det huvudsakliga ansvaret för den formella och den materiella processledningen. Jag kommer emellertid för enkelhetens skull att i det följande tala om »skiljemännen», »skiljedomstolen» (eller blott »domstolen») såsom agerande i detta sammanhang. — Jag ingår icke på frågan, huruvida särskild förberedelse bör anordnas, ej heller på frågan om valet mellan skriftlig och muntlig utredningsmetod. Dessa ställningstaganden behöver ej nödvändigtvis ha något inflytande på valet av rättsskipningsmetod.

ses fördelaktigt att skiljedomstolen tar upp rättsskipningsmetoderna och därmed sammanhängande procedurfrågor till debatt. Det kan nämligen tänkas att parterna har missuppfattat skiljeavtalets konsekvenser. Ja, det kan t. o. m. tänkas att kåranden finner sig ha orsak att nedlägga sin talan i och med att han får klart för sig att han icke ensidigt kan förmå domstolen att frångå gällande rätt.³⁷ Vidare är det tänkbart att parterna behöver göras uppmärksamma på möjligheterna till sådana överenskommelser — exempelvis om ett särdeles snabbt förfarande — som visserligen omöjliggör en alldeles strikt rättstillämpning men som kan vara fördelaktiga ur andra synpunkter.

Skiljemännen bör således tillfråga parterna huruvida domstolen kan utgå från att strikt rättstillämpning skall ske.³⁸ Ofta torde det vara behövt att dessutom klargöra vilka konsekvenser som ett jakande svar kan få, särskilt såvitt gäller tidsutdräkt och kostnader. Det kan exempelvis behöva påpekas att strikt rättstillämpning i det aktuella fallet icke kan utföras med mindre skiljemännen får tillfälle till ingående diskussioner och till anlitande av sakkunniga; parterna kanske då enas om att det icke råder några rimliga proportioner mellan tvisteföremålets värde och de kostnader som de båda — ty båda måste räkna med att domen kan gå till motpartens favör — hotas av att få betala; de kanske kommer överens om att en förlikning eller ett summariskt avgörande är att föredra.

Det kan emellertid vara behövt — särskilt då tvisten avser svåra spörsmål och ställer stora värden på spel — att ta upp frågor rörande förfarandets utformning till särskild debatt även i det fallet att parterna tveklöst sagt sig önska strikt rättstillämpning. Det kan nämligen vara lämpligt med särskilda anordningar för frambringandet av det erforderliga kunskapsmaterialet. Exempelvis kan det stundom finnas anledning att överväga huruvida icke skiljemännen bör

³⁷ En advokat har omtalat för mig att han vid ett tillfälle, då han fungerade såsom skiljeman, fick höra en part yttra: »Jag har visserligen inte reklamerat i rätt tid, men detta är ju ett skiljeförfarande!»

³⁸ I fallet »Monica Smith» synes rättstillämpningsmetodiken ha blivit ställd under debatt. Se »Monica Smith»domen, särskilt s. 23.

få möjlighet att påkalla biträde av en juridiskt utbildad sekreterare som kan föredra målet och eventuellt även upprätta förslag till dom.³⁹

Om båda *eller endera* av parterna uttalar sig för att strikt rättstillämpning skall ske och accepterar de därmed förbundna konsekvenserna såvitt gäller förfarandets utformning⁴⁰ bör skiljemännen utan tvekan inrikta sig på att döma i överensstämmelse med gällande rätt. Men antag att parterna samfällt uttalar sig för en annan ordning, hur skall skiljemännen då förfara?

Antag först att parterna enas om något särskilt arrangemang — exempel: dom skall ges inom viss kortare tid — som omöjliggör strikt rättstillämpning. Om skiljemännen har anledning att anse arrangemanget olämpligt i något väsentligt avseende så bör de naturligtvis rikta parternas uppmärksamhet härpå. Låter sig parterna ej rubbas, har skiljemännen otvivelaktigt godtagbar anledning att avsäga sig sitt uppdrag.⁴¹ Det kan nämligen icke begäras att de skall medverka i skiljeförfarandet annat än under förutsättning att detta skall präglas av god ordning. Om däremot arrangemanget

³⁹ Ett så kostnadskrävande arrangemang som detta torde ej böra förekomma annat än om parterna givit bemyndigande. Se EKDAHL i TSA 1955 s. 96. — Förfarandet får naturligtvis ej anordnas på sådant sätt att beslutet i realiteten kommer att träffas av någon utanför domstolen stående. »Aktenversendung» kan ej ifrågakomma (angående detta institut se KERN, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts: domstolarna skulle i tvivelaktiga fall inhämta råd genom att översända handlingarna till »Rechtsverständigen» vilka ansågs finnas bl. a. inom de juridiska fakulteterna; institutet spelade en viss roll ända in på 1800-talet; i Preussen utfärdades dock förbud mot Aktenversendung redan i mitten av 1700-talet, detta med bl. a. den motiveringen att vid universiteten »mehrentsils schlechte und in praxi unerfahrene professores sich befinden» (s. 45 f.). — Angående det i engelsk och amerikansk rätt tillämpade förfarandet att hänskjuta rättsfrågor till domstol se ovan, s. 132, not 4.

⁴⁰ På motsvarande sätt bör även betraktas det fallet att ingendera parten eller blott den ena parten ger klart besked och det fallet att parterna, eller någon av dem, säger sig överlämna frågan till skiljedomstolens bedömande.

⁴¹ De bör under dessa omständigheter anses berättigade till ersättning för nedlagt arbete, även om detta kommer att visa sig vara utfört till ingen nytta. Någon fråga om *lucrum cessans* kan uppenbarligen ej aktualiseras, eftersom skiljemännen under alla förhållanden måste taga i beräkning att parterna kan träffa förlikning när som helst under skiljeförfarandet.

synes möjliggöra åtminstone en summarisk rättsskipning så bör skiljemännen icke undandra sig att handla efter parternas önskemål.

Antag i stället att parterna enas om att skiljemännen icke skall vara skyldiga att följa gällande rätt. Detta bör föranleda skiljemännen att till parterna rikta frågan: »Vilken rättsskipningsmetod menar Ni då att vi skall begagna?» Ges intet svar på denna fråga, eller ges blott ett svar i obestämda ordalag (»Ni skall vara 'amiables compositeurs'». — »Ni skall döma efter billighet.» etc.) så bör skiljemännen icke låta sig föranledas att avvika från gällande rätt. Om däremot parternas enighet visar sig avse en alternativ rättsskipningsmetod som har fasta konturer och ej strider mot tvingande rätt så bör skiljemännen efter bästa förmåga följa partsdirektiven.

Hittills har talats om initiativ från skiljedomstolens sida. Antag emellertid att en part märker att domstolen i ett visst fall icke är benägen att ta sådana initiativ. Hur bör parten handla? Han torde i ett sådant fall göra klokt i att tydligt deklarerat vilken inställning till rättstillämpningsmetodik och därmed sammanhängande frågor som han själv har och hemställa om en motsvarande deklaration från motpartens sida. Därmed kan han åtminstone vinna den fördelen att ett bestämt underlag bildas varpå det blir möjligt att i framtiden basera ett omdöme om skiljemännens sätt att lösa sin rättsskipningsuppgift. Vetskapen om att ett sådant underlag finns kanske kan ge skiljemännen en särskild anledning till eftertanke.

b. I skiljeavtalet har givits föreskrift om något processuellt arrangemang som inverkar på valet av rättsskipningsmetod.

Som exempel på föreskrifter av det i rubriken åsyftade slaget kan nämnas föreskrifter om att skiljedom skall ges inom exceptionellt kort tid eller att skiljemännen icke skall ha rätt att rådgöra med expertis utanför den egna kretsen.

Även i detta fall bör observeras att den i skiljeavtalet träffade överenskommelsen icke är orubblig. Skiljemännen bör påpeka de eventuella olägenheter för parterna som kan föl-

ja av att föreskriften tillämpas.⁴² Om parterna kommer överens om att slopa föreskriften, eller om parterna träffar en ny överenskommelse, så aktualiseras samma spörsmål som de vilka berörts under föregående rubrik.

Om parterna däremot är ense om att skiljeavtalet icke skall rubbas eller om ena parten påfordrar dess tillämpning så skall skiljemännen följa föreskriften. Dock bör skiljemännen kunna lämna föreskriften utan avseende om densamma har sådant innehåll att dess efterföljd skulle göra det omöjligt för skiljemännen att åstadkomma ens en summarisk rättsskipning.^{42a}

c. I skiljeavtalet har givits föreskrift beträffande rättstillämpningen.

Det torde i svensk praxis vara synnerligen ovanligt — om ens någonsin förekommande — att direkta föreskrifter av detta slag tas in i skiljeklausulerna.⁴³ Enligt min mening

⁴² Det torde icke så sällan förekomma att skiljemännen *i eget intresse* söker förnå parterna att gå med på förlängning av den tid inom vilken skiljedom skall meddelas. Sådant är ägnat att inge allvarliga betänkligheter. Jfr ovan, s. 22, not 9.

^{42a} Se NJA II 1929 s. 33. Att märka är emellertid att skiljedomen under alla förhållanden måste ges *inom rätt tid*. (Jfr SkmL 18 § och 21 § första punkten.) Om parterna givit föreskrift om en mycket snäv tidsfrist — se t. ex. rättsfallet NJA 1911 s. 402 — kan betydande svårigheter uppkomma. Å ena sidan kan det visa sig omöjligt att få till stånd en giltig skiljedom. Å andra sidan kan skiljeavtalet, trots den däri ingående olämpliga bestämmelsen, vara att betrakta såsom — visserligen dispositivt — rättegångshinder. Det kan möjligen ifrågasättas, åtminstone de lege ferenda, om icke skiljeavtalet borde kunna anses ogiltigt i det fallet att en däri meddelad tidsfrist är, m. h. t. tvistens art, uppenbart orimlig (denna lösning vore enligt min åsikt att föredraga framför den lösningen att skiljemännen skulle ha rätt att, mot endera partens önskan, överskrida den utsatta tiden). — Det skulle kunna synas som om det föreläge en motsägelse mellan det här-ovan i texten sagda och det tidigare under a. (ovan s. 187 vid not 41) anförda. Märk emellertid att det är av fundamental betydelse vilket innehåll som det ursprungligen träffade skiljeavtalet haft. Skiljemännen bör tillse att icke *den ena parten* kan arrangera saken på sådant sätt att såväl vägen till skiljedom som vägen till ordinar domstolsdom i praktiken blir stängd för hans motpart.

⁴³ Ej heller har mig veterligt sådana föreskrifter intagits i något svenskt skiljedomsinstituts stadgar. I motsvarande tyska institut förekommer däremot ofta dylika stadgeföreskrifter, exempelvis om att skiljedomstolen skall döma

finns det heller icke någon orsak att önska en annan ordning. Det bör betraktas såsom en klar huvudregel att skiljemännen strikt skall följa gällande rätt — klausuler om att så skall ske bör därför anses obehövlige — och undantag från denna huvudregel torde ytterst sällan ha fog för sig.

Låt oss emellertid antaga att en skiljeklausul innehåller en föreskrift av ifrågavarande slag. Hur skall då skiljemännen förfara? Till en början är det uppenbart att klausulen bör föranleda skiljemännen att ta upp rättstillämpningsmetodiken till debatt med parterna. Antag att resultatet av denna debatt blir att åtminstone den ena av parterna påfordrar att föreskriften skall iakttagas. Då bör, enligt vad jag tidigare hävdade, den avgörande omständigheten anses vara huruvida föreskriften ger anvisning om någon rättsskipningsmetod som har fasta konturer. Om så är fallet bör skiljemännen följa föreskriften, eljest bör de hålla sig till gällande rätt.⁴⁴ Emellertid skulle det kunna göras gällande att en föreskrift med ett mera vagt innehåll (»amiable composition», »billighet» etc.) borde tillmätas betydelse åtminstone såsom en presumption för att parterna åsyftat någon bestämd alternativ rättsskipningsmetod. Detta skulle i så fall innebära att en part som påstode att vid skiljeavtalets ingående träffats överenskommelse om någon viss godtagbar alternativ metod ej skulle behöva prestera lika stark bevisning för detta påstående som om alls ingen bestämmelse om rättsskipningen intagits i den skriftliga klausulen.⁴⁵ Jag kan emellertid icke finna att ett sådant regelsystem vore lämpligt. Enligt min mening är behovet av enkla och klara regler så stort och skälen för strikt rättstillämpning så höggradigt beaktansvär-

»nach billigem Ermessen», »unter Berücksichtigung der Handelsgebräuche und nach billigem Ermessen», »nach bestem Wissen und Gewissen» eller »nach freier, aus der Verhandlung und Beweiserhebung geschöpfter Überzeugung» (se REIMER-MUSSFELD, Die kaufmännischen Schiedsgerichte Deutschlands, s. 149). — Angående skiljeklausuler med föreskrift om »amiable composition» se ovan, s. 130 ff. — Se vidare rättsfallet NJA 1934 s. 491, vilket avsåg verkställigheten av en i Holland given skiljedom; enligt skiljeavtalet skulle skiljemännen döma »als Ehrenmänner nach billigem Ermessen».

⁴⁴ Motivering härför: se ovan, särskilt s. 134 f.

⁴⁵ Att märka är att skiljeavtal kan ingås även muntligen. Se DILLÉN, Bidrag till läran om skiljeavtalet, s. 134.

da att det berörda fallet bör bedömas på alldeles samma sätt som det fallet att skiljeklausulen intet utsäger om rättsskipningsmetoden.

En ytterligare fråga bör beaktas i detta sammanhang, nämligen frågan om betydelsen av att parterna i skiljeklausulen föreskrivit att skiljedomstolen skall bestå uteslutande av icke-jurister. Bör en sådan — i regel olämplig⁴⁶ — föreskrift ge skiljemännen anledning att avvika från gällande rätt?⁴⁷

Det torde ej vara möjligt att ge något generellt svar på denna fråga. Jag tror nämligen att svaret bör bli beroende av arten av det intresse som ursprungligen föranledde parterna att ge denna speciella föreskrift. Två typexempel skall få tjäna till belysning:

Exempel I. Två köpmän ingår ett skiljeavtal i anslutning till ett köpeavtal som avser obetydliga värden. De anser sig ej ha anledning räkna med att en eventuell framtida tvist kan komma att aktualisera några särskilt betydelsefulla problem och är angelägna att den ej skall behöva föranleda höga kostnader. De intar därför i skiljeklausulen en föreskrift om att endast en person — en kollega för vilken båda har förtroende — skall tjänstgöra såsom skiljeman. Sedermera uppkommer tvist mellan parterna. Denna visar sig svårbedömbär. Tvisteföremålet har ett par hundra kronors värde. Den ena parten vill »få saken ur världen» på enklast möjliga sätt, den andra parten vill ha »rätt till varje pris» och påfordrar att skiljemannen »gör stor sak» av det hela. Hur skall skiljemannen förfara?

Enligt min mening bör skiljemannen i detta fall inrikta sig på att utföra en summarisk rättsskipning — vilket naturligtvis icke innebär något avkall på opartiskhet och samvetsgrannhet. Han bör kunna förlita sig huvudsakligen på sådana kunskaper som han själv har eller utan större svårighet kan förvärva. Han bör i allmänhet icke anse sig ha skäl att anlita särskild expertis. — Men antag att han märker att han helt saknar grepp om problemet. Bör han då anse sig berättigad att mot ena partens bestridande tillkalla expertis och därmed ikläda parterna kostnader? Här-

⁴⁶ Jfr ovan, s. 174 ff.

⁴⁷ Att denna fråga upptages i just detta sammanhang är motiverat därav att en föreskrift av det i texten angivna slaget möjligen borde kunna uppfattas såsom ett underförstått direktiv med avseende på rättstillämpningen.

på skulle jag vilja svara att han bör kunna göra detta försåvitt det är fråga om kostnader som står i rimlig proportion till tvisteföremålets värde. Om så icke är fallet bör han ställa ultimatum till parterna: »Antingen enas parterna om att expertis får tillkallas eller avsäger jag mig mitt uppdrag.» — Därest parterna icke enas blir i så fall konsekvensen att skiljeavtalet är förfallet (SkmL 9 §) och att den part som så önskar kan instämma saken till ordinär domstol.^{47a}

Exempel II. I ett entreprenadkontrakt, avseende en större byggnad, intas en skiljeklausul med särskild föreskrift om att skiljedomstolen skall bestå av en civilingenjör och två byggmästare. Anledningen till sistnämnda föreskrift är att parterna utgår ifrån att en eventuell framtida tvist icke kan komma att röra sig om annat än debiteringsfrågor vilka enligt parternas förmenande ej kan på ett tillfredsställande sätt bedömas av jurister. Sedermera uppkommer en ekonomiskt mycket betydelsefull tvist rörande en fråga som parterna alls icke förutsåg då entreprenadavtalet ingicks. Tvisten aktualiserar svåra juridiska problem. Den ena parten vill ha tvisten avgjord enligt gällande rätt. Den andra parten däremot önskar få en dom enligt »billighetens grundsatser» och sätter sig emot att skiljemännen anlitar juridisk expertis för att få möjlighet till strikt rättstillämpning.

Detta fall bör enligt min mening ej behandlas på samma sätt som det föregående. Skiljemännen har ingen anledning att uppfatta skiljeklausulen såsom implicerande ett direktiv om att de under alla förhållanden skall hålla kostnaderna nere eller om att de skall begagna viss rättsskipningsmetod. De bör ej behandla fallet summariskt utan söka åstadkomma ett så gott kunskapsunderlag som möjligt.^{47b} De bör göra sitt bästa för att åstadkomma strikt rättstillämpning.

^{47a} Om skiljemannen icke blivit utsedd genom skiljeavtalet — antag exempelvis att skiljeklausulen angivit att »någon i orten bosatt köpman inom denna bransch» skulle utses till skiljeman — ställer sig problemet annorlunda (jfr det nyss, i not 42 a, anförda). Skiljemannen borde under sådana förhållanden införskaffa åtminstone så mycket kunskaper att en, låt vara summarisk, rättsskipning blir möjlig och på grundval av dessa kunskaper ge dom i saken.

^{47b} Grov uraktlåtenhet härvidlag (»bristfällig rättslig utredning») skulle möjligen kunna betraktas såsom hävningsgrund enligt SkmL 21 § 4 punkten. Jfr nedan, s. 217. Jfr även det nedan å s. 227 ff. diskuterade regelalternativet: om ett sådant alternativ accepterades skulle det icke finnas anledning att laborera med bristfällig rättslig utredning såsom fristående klandergrund.

B. Bör skiljemännen söka åstadkomma förlikning mellan parterna?

Det finns iögonenfallande skäl som kan tyckas tala för att skiljemännen borde inrikta sig på att, då detta synes genomförbart, söka förlika parterna. Skiljemännen har icke någon officiell ställning såsom domare, de är privatpersoner som efter bästa förstånd skall tjäna parterna. De är ej heller bundna av legala föreskrifter i samma utsträckning som en ordinär domare. Bör de då icke, om de anser en förlikning vara lämplig, »tala rent ut» med parterna? Och är det icke ur parternas synpunkt fördelaktigt att ett förlikningsförsök görs just av en skiljedomstol, vilken ju har möjlighet att, därest försoket lyckas, omedelbart ge en exigibel dom, grundad på förlikningen?

Gentemot den sista frågan kan emellertid ställas följande: Antag då att förlikningsförsöket misslyckas, är skiljedomstolen under sådana förhållanden väl skickad att lösa sin uppgift i det fortsatta förfarandet? — Det är tvivelsmålet på denna punkt som är det viktigaste argumentet för dem som velat göra en skarp åtskillnad mellan förlikningsförfarande och skiljeförfarande.⁴³

⁴³ Inom American Arbitration Association synes man med särskilt stor skärpa ha genomfört en sådan åtskillnad. Följande uttalande (KELLOR, American arbitration, s. 26) är belysande: »During its evolution through the centuries, arbitration, which in fact is the final decision of an arbitrator based upon the facts of the matter voluntarily submitted by the parties who agree to abide by the decision, had become identified with bargaining processes of mediation and conciliation. Out of this identification had grown the belief that arbitration was a species of compromise and therefore it was unnecessary to prepare for arbitration on the basis of obtaining justice. This belief was immediately dispelled under the concept of organized arbitration which the Association put into effect. All of its Panel members were instructed to act as arbitrators and not as mediators or conciliators, under Rules that made no provision for any proceeding not of a quasi-judicial character. While parties were always free to settle and withdraw from arbitration any matter they had submitted, at any time before the award was made, Panel arbitrators were not authorized to participate in these settlements nor to make suggestions to the parties.» Uppseendeväckande ofta — enligt nyssnämnda källa (KELLOR, a. a. s. 37) i åtminstone halva antalet fall — blir tvistefrågan »settled by the parties in the course of the proceeding». — Även Internationella handels-

Detta tvivelsmål torde också vara väl motiverat. Över huvud taget förhåller det sig så att ett effektivt förlikningsförfarande måste förutsätta att förlikningsmannen har stor frihet i valet av argument. Bl. a. bör han anse sig oförhindrad att förorda en kompromiss av det speciella skälet att ingendera parten med säkerhet kan räkna på dom till sin förmån.⁴⁹ En skiljedomstol däremot bör icke, därest den på ett inledande stadium skall söka förlika parterna, bruka andra argument än sådana som har slagkraft oberoende av vilken utgång som processen kan komma att få (betydelsen för parternas framtida relationer av att uppgörelse — vad denna än må gå ut på — nu kan träffas »i godo» o. l.). Det torde därför kunna sägas att en skiljedomstol, om den icke skall äventyra sin ställning såsom skiljedomstol, nödvändigtvis måste bli mindre effektiv såsom förlikningsorgan än vad som i och för sig vore önskvärt.

Det sagda synes ge anledning till den slutsatsen att en skiljedomstol i fråga om förlikningsverksamhet bör följa i huvudsak samma regler som de vilka gäller för de ordinära domstolarna. Den bör undanröja ovidkommande irritationsmoment genom att noga fixera *status causæ et controversiæ* — detta är så mycket viktigare som tvistefrågorna ofta är föga preciserade vid den tidpunkt då parter och skiljemän sammanträffar — och bör, då detta synes lämpligt, uppmana parterna att anlita rådgivare som kan pröva möjligheterna till godvillig uppgörelse. Skiljedomstolen bör också försöka tillse att förfarandet hela tiden hålls i en angenäm ton: möjligheten till förlikning bör hållas öppen under hela förfarandet, känsloutbrott och förebråelser från parternas sida bör därför motverkas. Däremot bör skiljedomstolen avhålla sig från att ge rekommendationer med avseende på *inhållet* i en eventuell förlikning.

kammaren gör sträng åtskillnad mellan förlikningsförfarande och skiljeförfarande. Märk särskilt följande bestämmelse (Règlement de conciliation et d'arbitrage, Article 5, 2.): »Rien de ce qui aura été fait, dit ou écrit en vue d'une conciliation, ne peut compromettre en aucune manière les droits ultérieurs des parties, que ce soit en arbitrage ou devant les tribunaux. — Nul ayant siégé à un Comité de Conciliation pour le règlement d'un différend ne pourra être nommé arbitre pour le même différend.»

⁴⁹ Se VINGE, Om god advokatsed, s. 40.

C. Relationerna mellan skiljemän och parter samt mellan skiljemännen inbördes.

Erfarenheten visar att det kan uppstå ett spänt förhållande mellan skiljemän och parter samt mellan skiljemännen inbördes. Detta kan självfallet inverka menligt på rättsskipningens standard.

I den mån missförhållanden av sådant slag förekommer torde de oftast stå i samband därmed att parterna uppfattar skiljemännen, eller någon eller några av dessa, såsom ensidigt engagerade »förtroendemän». Det torde exempelvis vara vanligt att en part begär av »sin» skiljeman att denne under loppet av skiljeförfarandet skall lämna parten privata informationer om partens utsikter att vinna processen. Om skiljemannen går ett sådant önskemål till mötes kan han väcka irritation såväl hos den andra parten som hos skiljedomstolens övriga ledamöter; om han däremot avvisar partens begäran kan parten uppfatta detta såsom om »förtroendeförhållandet» vore rubbat.

För sådana allvarliga missförhållanden torde man endast kunna råda bot genom att konsekvent följa principen om *skiljedomstolens odelbarhet*. Redan vid skiljeförfarandets början bör ordföranden tydligt framhålla att skiljedomstolen från och med den tidpunkt då den konstituerats är att betrakta såsom en enhet och att all kontakt mellan parter och domstol skall vara öppen för båda parter insyn. Meddelanden till domstolen bör riktas till ordföranden eller, i förekommande fall, till den särskilde funktionär som utsetts att på domstolens vägnar mottaga sådana meddelanden. Övriga skiljemän bör avböja varje direkt kontakt med parterna under skiljeförfarandets lopp.⁵⁰

Emellertid måste man naturligtvis räkna med att parter och skiljemän icke alltid är benägna att följa sådana direk-

⁵⁰ Jfr VINGE (Om god advokatsed, s. 41 f.): »Efter uppdragets mottagande bör advokaten icke (och ej heller andra skiljemän, för den delen!) tillåta, att endera parten privat framlägger någon argumentering eller några bevis för honom, i varje fall icke under annan förutsättning än att han genast får delgiva övriga skiljemän och motparten vad som förekommit.»

tiv. Det finns därför anledning att ta ställning till några speciella problem. Jag väljer metoden att knyta an till ett konkret exempel.

En part tar per telefon kontakt med »sin» skiljeman och säger sig vilja »under hand» lämna vissa upplysningar. Han föreslår ett sammanträffande vid »en god lunch». Skiljemannen säger: »Jag anser mig förhindrad att motta några upplysningar 'under hand'. Om Ni har något i sak väsentligt att säga så bör Ni framföra det till skiljedomstolen antingen muntligen vid nästa förhandling eller också i skrift. Om Ni skickar skriften till mig så anser jag det vara min skyldighet att överlämna den till ordföranden som i så fall får se till att den kommer till Er motparts kännedom.» Parten säger sig alls icke förstå att ett sådant arrangemang skall behöva vara nödvändigt. Då skiljemannen vidhåller sin åsikt blir parten upphetsad och utbrister slutligen, innan han avslutar samtalet: »Jag förstår inte hur jag kunde utse en sådan idiot till skiljeman.»

Bör skiljemannen efter en sådan salva avgå från sitt uppdrag? Enligt min mening bör han icke göra detta. Såsom torde följa av lagen (SkmL 5 § sista stycket) kan han icke anses ha blivit jävig på grund av det inträffade. Han bör, hur motbjudande detta än kan synas honom, fullfölja sitt uppdrag.⁵¹ En avsägelse kan föranleda en betänklighetsförlust och kostnadsökning. Om en ny skiljeman blir utsedd

⁵¹ Den finska lagen om skiljemannaförfarande stadgar i 14 § första stycket, andra punkten: »Vill någon, som åtagit sig skiljemannauppdrag, avsäga sig detsamma, pröva rätten, om det skäl, han därför företer, kan godkännas.» TIRKKONEN hävdar (Skiljemannaförfarandet, s. 98) att domstolen skall förhålla sig »tämmligen liberalt» till de av skiljemannen åberopade skälen och nämner såsom befrielsegrunder särskilt det fallet att »förtroendeförhållandet emellan skiljemannen och endera parten allvarligt rubbats» (i not 121 nämnes såsom exempel att part gentemot skiljemannen gjort sig skyldig till ärekränkning). — Enligt svensk rätt kan skiljemannen avsäga sig uppdraget utan formaliteter. Det är emellertid att märka att frågan om skiljemannens rätt till ersättning för nedlagt arbete (vilket måhända blivit onyttigt till följd av hans avgång) kan komma upp till prövning vid domstol. I ett sådant fall som det i texten angivna torde ersättning icke kunna förvägras honom. Eftersom båda parter måste betraktas såsom hans uppdragsgivare torde parterna bära åläggas solidarisk betalningsförpliktelse. Däremot bör, såvitt gäller förhållandet mellan parterna, hela förpliktelsen läggas på den part som givit anledning till skiljemannens avgång. Om emellertid denne saknar tillgångar kommer tydligen motparten att åsamkas en förlust. Detta är en omständighet som skiljemannen kan ha anledning att beakta då han överväger huruvida han skall avsäga sig sitt uppdrag.

kan det därjämte befaras att parten kommer att upprepa sina bearbetningsförsök — i förhoppning att då lyckas bättre. Skiljemannen bör betänka att han har skyldigheter gentemot båda parterna, och den andra parten har i detta fall starkt intresse av att icke något utbyte av skiljemän äger rum. Om skiljemannens personliga integritet blir svårt hotad har han givetvis all anledning att vid sidan av skiljeförfarandet utnyttja de möjligheter som straffrätten ställer till buds.

Antag att det i stället förhåller sig så att misshälligheter uppstått inom *skiljedomstolen* till följd av att någon av skiljemännen intar en utpräglad partisk attityd. Bör en sådan omständighet föranleda de övriga skiljemännen att avsäga sig sina uppdrag? Även denna fråga bör enligt min mening i regel besvaras nekande. Nackdelen av tidsförluster och kostnader bör beaktas även i denna situation. Det bör likaså beaktas att en avsägelse kan få till konsekvens att skiljedomstolen i dess nya sammansättning låter anpassa sig efter en lägre standard.⁵² Skiljemännen bör således acceptera det obehag som föranleds av den partiske skiljemannens inställning samtidigt som de på allt sätt bör tillse att denna inställning ej tillåtes inverka på förfarandets gestaltning och skiljedomens innehåll. Om de ej lyckas i sistnämnda hänseenden — om de ej lyckas uppnå majoritet — så bör de åtminstone tillse att det skapas ett gott kunskapsunderlag för en eventuell framtida ogiltighets- eller klandertalan: de bör följaktligen omsorgsfullt anleckna sina reservationer mot sådana arrangemang och avgöranden som de finner felaktiga.

D. Bör skiljedomen förses med motivering?

Parterna i ett skiljeförfarande syftar alltid till att uppnå vissa praktiska resultat. Käranden vill vanligen erhålla en penningssumma av svaranden och samtidigt få säkerhet för att denna penningssumma ej i framtiden kan frånvinnas honom. Svaranden vill vanligen få status quo fastslaget såsom en säker grundval för sitt framtida handlande. Skiljedomen,

⁵² Märk dock det i 9 § SkmL åsyftade fallet att skiljemännen utsetts genom skiljeavtalet. Avgången får då till konsekvens att skiljeavtalet förfaller.

vare sig denna bifaller eller ogillar käromålet, måste vara så *formulerad* att den kan tjäna dessa syften. Dess rättskraftsverkan måste med säkerhet kunna utläsas; dess betydelse som exekutionstitel — i det fallet att domen går ut på fullgörelse — måste ävenledes vara fullt klar.⁵³

Skall skiljedomen förses med motivering? Detta är icke erforderligt för att domens betydelse i rättskrafts- och exekutionshänseende skall kunna fixeras.⁵⁴ Det är heller icke en nödvändig betingelse för att strikt rättstillämpning skall kunna utföras. Vidare kan sägas att det endast i undantagssituationer finns någon anledning räkna med att domskäl skulle vara erforderliga med hänsyn till att skiljedomen kunde få betydelse för framtida avgöranden i likartade fall.⁵⁵ Icke desto mindre — och trots att SkmL ej föreskriver att skiljedomar skall vara motiverade — torde det utan undantag böra krävas att skiljedomstolarna ger skriftlig motivering till sina domar.

Först skulle jag vilja fästa uppmärksamheten vid att den saken, att skiljedomarna vanligen icke har något prejudikatvärde, också har en annan sida än den nyss nämnda: genom att skiljemännen ej behöver bekymra sig om domens prejudikatvärde behöver de heller icke bekymra sig om den risk som en ordinär domare ofta känner sig stå inför — risken av att »skriva fast sig».⁵⁶ Skiljemännen har över huvud taget icke anledning att hysa hämningar mot att ge utförliga besked, och de behöver inte räkna med att deras skriftspråk — kanske kan de ej svinga sig upp på kanslisvenskans höjder — kommer att bli utsatt för begabbelse.

⁵³ Om överexekutor finner skiljedomen »så mörk, att verkställighet ej kan meddelas därå» kan part enligt SkmL 22 § utan hinder av skiljedomen föra talan vid domstol.

⁵⁴ De härför behövlige uppgifterna har sin plats i sakframställning och domslut. Se närmare EKELOF i SvJT 1947 s. 241 ff.

⁵⁵ Ett sådant undantag är måhända »Monica Smith»domen, vilken publicerats i tryck med hänsyn till det intresse som domen väckt inom sjöfarts- och varvskretsar. — Angående den allmänna frågan om prejudikatvärdet av skiljedomar se Sveriges advokatsamfunds yttrande (TSA 1953 s. 151 f.) i anledning av BERGHS och CASSELS riksdagsmotioner om registrering av skiljedomar (ang. motionerna se NJA II 1953 s. 542),

⁵⁶ Se EKELOF i SvJT 1947 s. 255,

Men vilket eller vilka skäl är det då som kan anses tala för att skiljedomstolarna bör ge skriftliga domsmotiveringar? — Helt allmänt torde kunna svaras att detta är påfordrat för att en tillbörlig *kontroll* skall bli möjlig. Ett sådant svar tarvar emellertid precisering, ty man kan fråga: vem är det som skall utöva kontroll?

Det har sagts att motiveringen främst är ett medel för domarens *självkontroll*. »Domsmotiveringen är proberstenen på om han tänkt rätt eller inte.»⁵⁷ Detta förefaller otvivelaktigen riktigt såtillvida som domaren knappast i ett invecklat mål kan ge precision åt sitt tankearbete utan att ta skriftspråket till hjälp. Men av detta följer icke nödvändigtvis att någon skriftlig uppteckning skulle behöva överlämnas till parterna.⁵⁸

Är det då fråga om en *kontroll, utövad av myndigheter*? Detta svar ligger närmare till hands. En skiljedom kan ju komma att bli prövad av överexekutor i samband med att verkställighet begäres och kan dessutom komma under rättsens bedömande i en ogiltighets- eller klanderprocess.⁵⁹ Emellertid torde icke heller dessa omständigheter i och för sig tala för att domsmotivering alltid borde krävas. Den summariska prövning som överexekutor har att företa i ett verkställighetsärende är icke av den art att han behöver tillgång till mer än sakframställning och domslut. Och rättens möjlighet att träffa ett rimligt avgörande i en ogiltighets- eller klanderprocess torde endast i undantagsfall behöva vara beroende därav, huruvida domen innehåller motivering.

Kvar står en kontrollgrupp, men en viktig sådan: den grupp av människor inför vilken skiljemännen har anledning att känna ett moraliskt ansvar för sitt handlande.⁶⁰ En

⁵⁷ LINDHAGEN i SvJT 1947 s. 322.

⁵⁸ Se EKELOF, SvJT 1947 s. 248.

⁵⁹ »Die Begründung des Schiedsspruches erscheint . . . neben allem anderen deshalb wünschenswert, weil in den meisten Fällen nur der begründete Schiedsspruch daraufhin geprüft werden kann, ob es sich um einen solchen Schiedsspruch handelt, dessen Anerkennung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstossen würde . . .» (REIMER-MUSSFELD, Die kaufmännischen Schiedsgerichte Deutschlands, s. 146).

⁶⁰ »Motiveringen är icke i första rummet till för högre instansers skull eller

sådan grupp finns alltid, mer eller mindre stor. Och enligt min åsikt är det av den mest fundamentala betydelse att denna grupp noggrant slår vakt om de rättssäkerhetsintressen som skiljeförfarandet ställer på spel. För att detta skall kunna ske är det önskvärt dels att gruppen är planmässigt organiserad⁶¹ — här har vi en av fördelarna med fasta skiljedomsinstitut, knutna till särskilda branschorganisationer⁶² — dels att gruppen får möjlighet till en sådan insyn över rättsskipningsverksamheten som just domskälen möjliggör.⁶³

Med det sist sagda kan också följande fråga anses besvarad: Bör även en skiljedomstol, bestående uteslutande av icke-jurister, ge domsmotivering? — En lekman som förutsättes kunna ge en skiljedom måste också kunna förutsättas ge en godtagbar — låt vara mindre stringent och mindre väl formulerad — motivering för densamma. En person som icke anser sig kunna fylla ett sådant krav bör aldrig åta sig ett skiljemannauppdrag.⁶⁴

för prejudikatläsande jurister. Den utgör framför allt domarens redovisning inför sina medmänniskor angående det sätt, på vilket han använt den makt, som lagts i hans hand.» (OLIVECRONA, *Domen i tvistemål*, s. 127).

⁶¹ Av stort intresse i detta sammanhang är den organisation som byggts upp av American Arbitration Association. Inom denna sammanslutning har man utarbetat icke blott särskilda regler för skiljeförfarandets bedrivande utan även en »code of ethics for arbitrators». Man har vidare organiserat en omfattande forsknings- och utbildningsverksamhet som syftar till att hålla rättsskipningen på en hög nivå (»speed, economy, and justice»). Se KELLOR, *American arbitration*.

⁶² Jfr emellertid ovan, s. 64 f.: det kan vara förenat med vissa vådor om sådana institut handhar skiljedomsverksamhet med avseende på tvister mellan medlem å ena sidan och utomstående person å andra sidan.

⁶³ I stadgarna för Stockholms handelskammars skiljedomsinstitut sägs: »I domen skola angivas de huvudsakliga skäl, på vilka denna är grundad». — I stadgarna för Sveriges skiljenämnd för spannmåls- och foderämneshandeln, däremot, uttalas: »Skiljedom får i intet fall innefatta skiljaktig mening och behöver ej innehålla domskäl». — Allvarliga betänkligheter tycks mig vara förenade med följande föreskrift, vilken intagits i stadgarna för vissa av de av landets handelskammare upprättade skiljedomsinstituten: »Skiljemännen äga att utan uppgivande av skäl avvisa mål under vilket skede som helst av tvistens handläggning.»

⁶⁴ Enligt tysk rätt (ZPO § 1041) kan såsom skäl för »Aufhebung» av en skiljedom åberopas att domen »nicht mit Gründen versehen ist», dock att detta icke gäller »wenn die Parteien ein anderes vereinbart haben». — Såvitt gäller

§ 3. FRÅGOR AVSEENDE RÄTTSMEDEL MOT SKILJEDOM.

A. Överinstans inom ramen för skiljeförfarandet?

Många utländska skiljerättsliga system bereder möjlighet åt parterna att ge skiljeförfarandet formen av ett flerstansförfarande.⁶⁵ Denna möjlighet utnyttjas stundom av de fasta skiljedomsinstituten, exempelvis i Tyskland: man anordnar en »Oberschiedsgericht», bestående av personer vilka är »besonders sachkundig und tüchtig».⁶⁶

Kan sådana arrangemang anses lämpliga? Som skäl för ett jakande svar på denna fråga skulle kunna anföras att en skiljedomstol kan beräknas vara särskilt omsorgsfull i sin rättsskipning om den vet att dess dom kan komma att nagelfaras av en överinstans.^{66a} Mot detta står emellertid skäl som förmodligen får anses vara tyngre vägande: den allvarliga risken för tidsförluster och kostnadsökningar, den stora frestelsen för parterna att nonchalera processföringen i den första instansen vilken lätt kan komma att få karaktären av en — såsom sådan olämplig — förberedelseinstans. Det förefaller mig som om parterna alltid skulle göra klokt i att redan från början anlita speciellt sakkunniga och duktiga personer som skiljemän.

Även om vi i Sverige konsekvent skulle för vår egen del avböja att vidtaga sådana arrangemang som dessa måste

fransk rätt har ROBERT (*Traité de l'arbitrage*, s. 131 och 186) gjort sig till tolk för den uppfattningen att skiljemännen bör anses skyldiga att motivera domen även i sådana fall då de är »dispensés des règles de procédure», ja, även i det fallet att de anmodats tjänstgöra såsom »amiables compositeurs» (jfr ovan, s. 130 ff.).

⁶⁵ Se beträffande norsk rätt LINDBOE, *Privat rettergang*, s. 131 f.

⁶⁶ SCHÖNKE, *Das Schiedsgerichtsverfahren*, s. 79.

^{66a} Internationella handelskammarens skiljedomsreglemente innehåller föreskrift om att skiljedomsinstitutet skall granska skiljedomar som tillkommit genom dess förmedling: »Avant de signer la sentence, l'arbitre doit la soumettre à la Cour d'Arbitrage. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme et appeler, le cas échéant, l'attention de l'arbitre même sur des points intéressant le fond du litige, mais en respectant absolument sa liberté de décision. Aucune sentence ne peut être rendue sans avoir été approuvée en la forme par la Cour.» (*Règlement de conciliation et d'arbitrage*, Article 26.)

emellertid det faktum konstateras att vår praxis kan få att ta ställning till vissa problem som här aktualiseras.⁶⁷ Följande spörsmål kräver svar: Kan överexekutor⁶⁸ förordna om verkställighet (a) av en skiljedom som givits av en högre skiljedomstol till vilken talan fullföljts från en underordnad skiljedomstol samt (b) av en skiljedom som givits av en underordnad skiljedomstol vars dom enligt skiljeavtalet kan överklagas — men icke inom utsatt tid blivit överklagad⁶⁹ — hos en högre skiljedomstol? — Vad som vållar tvekan om svaren är ordalagen i UL 46 § andra stycket: »... såframt icke skiljeavtalet innefattar förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen...».

Helt allmänt kan det sägas att det vore olägligt om överexekutor skulle vara tvingad att avslå ansökningen om verkställighet i någotdera av fallen. Detta skulle nämligen innebära att svensk rätt på en väsentlig punkt intoge en annan ståndpunkt än den som intagits i länder med vilka vi har livliga affärsförbindelser. Den sakligt mest tillfredsställande lösningen torde vara den som kommit till uttryck i tysk doktrin: »der das schiedsrichterliche Verfahren endgültig abschliessende und in ihm nicht mehr abänderbare Spruch» utgör exekutionstitel, oberoende av instansförhållandena.^{69a}

Det tycks mig nu kunna fastslås att det med a) betecknade

⁶⁷ Skandinaviska arbitrage-kammaren för hudar och skinn har »arbitration rules» som är gemensamma för Danmark, Finland, Norge och Sverige. Enligt dessa regler kan överklagande ske till en inom kammaren organiserad »court of appeal» samt därjämte i vissa fall till en »supreme international court of appeal» i London. — Stadgarna för Sveriges skiljenämnd för spannmåls- och foderämnesshandel innehåller en särskild bestämmelse om »överskiljenämnd», vilken bestämmelse tar sikte på det fallet att »tvist anhängiggjorts med anledning av utländskt kontrakt och kontraktet innehåller bestämmelse om överskiljenämnd».

⁶⁸ Svea hovrätt kan få att pröva motsvarande ansökningar såvitt gäller utländska skiljedomar. Se särskilt 7 § 4. i lagen om utländska skiljeavtal och skiljedomar. Det i texten berörda problemet torde emellertid icke behöva framkalla tvekan i detta sammanhang.

⁶⁹ Tysk rätt tillerkänner rättsverkan åt en partsöverenskommelse om att första instansens avgörande skall kunna omedelbart verkställas (se SCHÖNKE, Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 200). Enligt svensk rätt finge en sådan överenskommelse uppenbarligen anses ogiltig.

^{69a} Se SCHÖNKE, a. a. s. 78.

fallet icke skulle, om det kunde betraktas isolerat, behöva vålla någon tvekan. Skiljeavtalet innehåller nämligen icke något förbehåll om rätt för parterna att klandra just den dom vars verkställighet här är på fråga.⁷⁰ Det förhåller sig annorlunda med fallet b): här är det otvivelaktigt fråga om den av lagorden beskrivna situationen att skiljeavtalet innefattar ett klanderförbehåll.⁷¹ Emellertid må man märka att det vore synnerligen egendomligt om överexekutor skulle göra en åtskillnad mellan fallen a) och b) — den vinnande parten bör icke rimligtvis vara sämre ställd i det fallet att den förlorande parten avstått från överklagande än i det fallet att den förlorande parten överklagat förgäves. En sådan konsekvens finge enligt min uppfattning anses vara så otillfredställande att den måste avvisas. Och i så fall står valet mellan det alternativet att överexekutor vägrar verkställighet i båda fallen och det alternativet att han i båda fallen lämnar sitt bifall. Eftersom dessa båda alternativ är ungefär lika svårörenliga med lagtexten förefaller det mig rimligast att valet faller på det alternativ som vid en fri bedömning framstår såsom mest fördelaktigt; överexekutor borde följaktligen kunna förordna om verkställighet såväl i fallet a) som i fallet b).⁷²

⁷⁰ Jfr BERGLUND, Om skiljeavtal och skiljedom, s. 141, not 2.

⁷¹ Rättsfallet NJA 1901 s. 507 (utländsk skiljedom — någon särskild lag angående verkställighet av sådana skiljedomar fanns vid denna tidpunkt icke) avsåg det fall som jag i texten betecknat såsom fall b). ÖÅ avslag ansökningen om verkställighet när skiljeavtalet »slutits med förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen». Svea hovrätt, liksom tre av de i HD:s avgörande deltagande justitieråden, fann ej skäl till ändring. De tre justitieråd vilkas mening kom att bestämma HD:s beslut begagnade emellertid en annan motivering för sin verkställighetsvägran: »... när ifrågavarande skiljeavtal icke vore af beskaffenhet, att utsökningslagens bestämmelser om verkställighet å skiljedom vore å den i enlighet med samma aftal tillkomna skiljedomen tillämpliga...».

⁷² I det av SCHÖNKE utgivna samlingsverket *Die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil- und Handelssachen in Europa* (Band I, s. 272) har BERGLUND gjort följande kommentar till 2 §, andra stycket, i den svenska SkmL: »Diese Bestimmung bezieht sich nicht auf Berufung an eine höhere, durch Vereinbarung der Parteien angeordnete Schiedsgerichtsinstanz, sondern auf die Anfechtung des Schiedsspruchs bei Gericht.»

B. Kan särskild ogiltighets- eller klandertalan föras beträffande »mellandom», given av en skiljedomstol?

SkmL innehåller ett stadgande (19 §) om *deldom* men säger intet om tillåtligheten av *mellandom*. I lagens motiv erinras om att nya lagberedningen och processkommissionen på sin tid avstyrkt införandet av *mellandom* i allmän rättegång, varefter följande uttalande göres:

»Än mindre skäl synes föreligga att upptaga mellandomen i skiljemannaförfarandet, då dess värde väsentligen sammanhänger med möjligheten att sakligt överklaga den. För skiljemannaförfarandets vidkommande bör den fördel mellandomen skulle medföra lika väl stå att vinna genom en ändamålsenlig processledning från skiljenämndens ordförandes sida.»⁷³

Som bekant har sedermera, enligt processlagberedningens förslag, ett stadgande om *mellandom* givits såvitt gäller den allmänna rättegången (RB 17: 5).

Mot denna bakgrund kan det synas tvivelaktigt huruvida *mellandom* bör kunna ges inom skiljeförfarandet. Någon säker vägledning torde ej kunna hämtas från rättspraxis;⁷⁴ ej heller torde frågan ha behandlats i svensk doktrin.

Uppenbarligen är det intet som hindrar att en skiljedomstol fastställer en viss förhandlingsordning som går ut exempelvis därpå att man först skall behandla en fråga huruvida skadeståndsskyldighet över huvud taget skall anses föreligga och därefter skall ta upp frågan om det eventuella skadeståndets storlek. Men antag då att skiljemännen sedan den första frågan slutbehandlats förklarar sig hysa den åsikten att skadeståndsskyldighet föreligger samt att de därefter uttalar att bevisning och argumentation rörande skadeståndets storlek skall upptagas. Vilken juridisk betydelse skulle detta

⁷³ NJA II 1929 s. 43 f.

⁷⁴ Det kan dock ifrågasättas om icke den i rättsfallet NJA 1941 s. 468 prövade, såsom »deldom» betecknade domen rätteligen bort, enligt RB:s terminologi, ha karakteriserats såsom *mellandom*. — I fallet NJA 1955 s. 289 hade skiljemännen givit en dom som de betecknat såsom »mellandom». Domen borde dock rätteligen ha karakteriserats såsom *deldom*. HD har tydligen betraktat den såsom sådan.

förfaringssätt ha om man förutsatte att mellandom vore otillgänglig?

Det tycks mig vara av intresse att på denna punkt anknyta till tysk doktrin. Man har där skiljt mellan »Zwischenurteil», vilket motsvarar mellandom enligt svensk rätt, samt »vorläufige Entschliessung», vilket torde kunna översättas med »preliminärt ställningstagande». Skillnaden mellan Zwischenurteil och vorläufige Entschliessung framträder däri att ett avgörande av det förstnämnda slaget är att betrakta såsom definitivt och i fråga om överklagbarhet jämfäst med en vanlig skiljedom under det att ett avgörande av den senare typen icke är definitivt — skiljemännen är oförhindrade att, därest de finner skäl härtill, ändra sin preliminära ståndpunkt — och icke kan överklagas annat än i samband med det slutliga avgörandet.⁷⁵

Det tycks mig rimligt att göra en motsvarande distinktion med avseende på svensk rätt. Och under sådana omständigheter kan det här diskuterade problemet preciseras såsom avseende följande fråga: Kan i ett skiljeförfarande ges en »mellandom» som har karaktären av en ordinär mellandom och icke blott karaktären av ett preliminärt ställningstagande?

För min del anser jag att denna fråga bör besvaras jakande, och detta på i huvudsak följande skäl.

Att SkmL icke innehåller något stadgande om mellandom behöver icke i och för sig leda till den slutsatsen att mellandom icke kan förekomma. SkmL är över huvud taget synnerligen kortfattad och måste i många väsentliga avseenden kompletteras med regler som hämtar stöd från RB och från annan lagstiftning. Vidare är att märka att SkmL tillkom långt tidigare än RB och att det vid tiden för SkmL:s tillkomst ej framstod såsom aktuellt att införa institutet mellandom. Att SkmL:s 19 § icke ändrades i samband med RB:s genomförande kan ej ha någon avgörande betydelse: de i lagstiftningsarbetet engagerade personerna kan mycket väl ha tänkt sig saken så — om saken över huvud taget uppmärksammas — att någon ändring icke var erforderlig ef-

⁷⁵ Beträffande det nu sagda se SCHÖNKE, Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 171 ff., samt samme författares Lehrbuch des Zivilprozessrechts, s. 453.

tersom 19 § icke innehåller något uttryckligt förbud mot mellandom.

Det ovan citerade uttalandet i SkmL:s motiv kan ej heller anses ha någon större vikt. I och med att institutet mellandom införts i den ordinära processen har hela frågan kommit i ett nytt läge. Det är visserligen riktigt att mellandomens värde till viss del sammanhänger med möjligheten att sakligt överklaga densamma, men det är uppenbart att mellandomen kan fylla en viktig funktion även inom ett processuellt system som icke bereder möjlighet till sådana överklaganden. Möjligheten till preliminära ställningstaganden ger nämligen icke samma garanti för att ett skiljeförfarande skall kunna gestaltas på ett lämpligt sätt som vad möjligheten till mellandom ger. Endast genom att acceptera mellandomen såsom instrument för processens uppdelning kan man få säkerhet för att parterna lägger sig vinn om att noga följa en av skiljemännen uppgjord förhandlingsplan. Ett preliminärt ställningstagande kan parterna frestas att söka få rubbat genom att sedermera införa ny bevisning och ny argumentation.

De nu berörda skälen är knappast tillräckligt starka för att tillåta den slutsatsen att en skiljedomstol skulle vara berättigad att mot endera partens önskan ge en mellandom. Det tycks mig emellertid vara väl motiverat att påstå att en skiljedomstol bör kunna ge en mellandom *därest parterna förklarat sig vara ense om lämpligheten* av ett sådant förfaringssätt.⁷⁶ Mellandomen har ju samma karaktär som en slutlig dom i en fastställelseprocess: det skulle vara egendomligt om man ställde sig på den ståndpunkten att en skiljedomstol skulle vara behörig att ge dom över en fastställsetalan endast i det fallet att denna talan kunde betraktas såsom fristående.

⁷⁶ Åsikten överensstämmer med den som deklarerats av SCHÖNKE (Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 184; Lehrbuch des Zivilprozessrechts, s. 451) såvitt gäller tysk rätt. — Enligt LINDBOE, Privat rettergang, s. 99, står det en norsk voldgiftsrett fritt att »med omsyn till om den vil behandle og avgjøre enkelte deler av tvisten før de andre». — »Det kan i en erstatningssak være praktisk å vente med å behandle og avgjøre skadens størrelse til det er avgjort om erstatningsplikt overhodet foreligger.»

*C. Oriktig rättstillämpning såsom ogiltighets- och
klandergrund.*

a. Allmänna synpunkter.

Det mest effektiva sättet att förebygga otillfredsställande rättsskipningsmetoder inom skiljeförfarandet vore otvivelaktigt att uppställa regler enligt vilka varje slags oriktig rättstillämpning kunde föranleda till att skiljedomen bleve ogiltigförklarad eller hävd av en ordinär domstol.⁷⁷ Det ligger emellertid i öppen dag att ett sådant regelsystem icke är önskvärt. Skiljeförfarandet bör normalt sett kunna fungera såsom ett privat eninstansförfarande. Reglerna måste vara så utformade att det i alla normala fall ter sig utsiktslöst för en tappande part, som kalkylerar förnuftigt, att söka få skiljedomen rubbad.

Å andra sidan är det uppenbart att det under vissa speciella omständigheter måste vara möjligt att få en skiljedom försatt ur spel. Men vilka bör dessa omständigheter vara? Bör det över huvud taget kunna komma på fråga att betrakta ett felaktigt val av rättsskipningsmetod såsom en hävningsgrund?⁷⁸ På dessa frågor skall jag till en början anlägga vissa allmänna synpunkter; till frågan om gällande rätt återkommer jag i ett följande avsnitt.

Först skulle jag vilja hävda att vissa av de argument som brukar anföras gentemot tanken på att domstolarna skulle kunna häva oriktiga skiljedomar bör kunna lämnas helt utanför diskussionen. Hit får räknas det i SkmL:s motiv⁷⁹ åberopade argumentet att staten icke har något ansvar för skiljedomars riktighet. Det är alls icke fråga om att staten skall ikläda sig några särskilda garantier för skiljedomarnas innehåll; frågan är blott vilka regler som skall gälla för vissa statliga organ som kan få med skiljedomar att skaffa, nämligen domstolar-

⁷⁷ Jfr redogörelsen för fransk rätt ovan å s. 130 ff.

⁷⁸ För att undvika mångordighet kommer jag i det närmast följande att bortse från den möjligheten att oriktig rättstillämpning skulle kunna leda till att skiljedomen kunde betraktas såsom *ogiltig*. Problemet om förhållandet mellan ogiltighets- och hävningsgrunder tas upp till speciell behandling nedan å s. 231 ff.

⁷⁹ NJA II 1929 s. 5 f. Jfr ovan, s. 41 f.

na (i ogiltighets- och klanderprocesser) samt överexekutorerna (i verkställighetsärenden). Vidare torde kunna bortses från följande argument: »De ordinära domstolarna saknar möjlighet att ingripa mot skiljedomstolarnas rättsskipningsverksamhet, eftersom det förhåller sig så att de ordinära domstolarna är obehöriga att begagna sådana alternativa rättsskipningsmetoder som parterna i händelse av enighet kan ålägga skiljedomstolarna att ta i bruk.» För det första är detta argument tvivelaktigt från vissa synpunkter som jag berört tidigare.⁸⁰ För det andra saknar argumentet slagkraft såvitt gäller varje system enligt vilket den ordinära domstolen blott har behörighet att kassera en klandrad skiljedom — icke att sätta ny dom i dess ställe.

Vilka argument är det då, närmare bestämt, som det gäller att i detta sammanhang beakta? För att få ett grepp om detta spørsmål kan vi ta vår utgångspunkt i en tes som skulle kunna formuleras på detta sätt: »Varje beaktansvärt intresse som en part kan ha av att få en skiljedom hävd knyter sig till innehålllet i det slutliga avgörande som förutsättes skola få juridisk betydelse (exigibilitet, rättskraftsverkan) för framtiden.»

Denna tes kan tyckas vara plausibel. Antag exempelvis att parten anser det slutliga avgörandet vara rimligt trots att det under skiljeförfarandet förelupit ett synnerligen grovt fel — låt oss säga ett klart avsteg från den kontradiktoriska principen (SkmL 14 §) — vad kan parten då ha för behov av en möjlighet att få skiljedomens hävd? Han har ju all anledning räkna med att ett därpå följande skiljeförfarande (en därpå följande rättegång)^{80a} kommer att resultera i en dom med alldeles samma innehåll!⁸¹ — Antag å andra sidan att parten säger sig: »Detta skiljeförfarande har bedrivits under oklanderliga yttre former, men avgörandet är horribelt.» Vad har parten för glädje av att förfarandet varit oklanderligt?

⁸⁰ Se ovan, s. 124 ff.

^{80a} Skiljeavtalet är stundom — men icke alltid — att betrakta såsom förfallet i och med att en skiljedom blivit hävd. Se TIRKKONEN, Skiljemannaförfarandet, s. 144.

⁸¹ Ofta kan parten naturligtvis ha intresse av att dom icke ges förrän vid viss tidpunkt.

Låt oss då tills vidare förutsätta att den uppställda tesen skulle vara godtagbar. Vilken konsekvens borde dragas härav? — En möjlighet vore att man gäve det radikala svaret att en skiljedom aldrig borde hävas under någon annan förutsättning än den att skiljedomen innefattade ett oriktigt avgörande, dvs. ett avgörande vilket icke svarade mot det avgörande som kunde förväntas därest ett nytt, korrekt, skiljeförfarande komme till stånd. Emellertid är det uppenbart att en sådan tanke är helt orimlig. Och varför detta? Det skulle kunna svaras att *hänsynen till den allmänna processuella ordningen* kräver att vissa grövre fel i förfarandet skall kunna åberopas såsom klandergrunder oberoende av om skiljedomen innefattar ett rimligt avgörande eller icke. Jag är dock icke säker på att just detta argument träffar det väsentliga. Argumentet må ha slagkraft såvitt det gäller den allmänna rättegången, men varför skulle en domstol som fått att pröva en klandertalan behöva med just denna motivering upphäva en på privat väg tillkommen dom som domstolen finner vara alldeles korrekt och som, om den hävdades, kunde förmodas komma att — sedan ett nytt tidsödande och dyrbart förfarande ägt rum — efterföljas av en dom med samma innehåll? Nej, det väsentliga skälet för att den nyss skisserade tanken måste anses orimlig sammanhänger med den omständigheten att klandermöjligheterna, såsom nyss berörts, över huvud taget måste begränsas. Ty hur skulle en begränsning ske om klander endast kunde grundas därpå att skiljedomen innefattade ett oriktigt avgörande? Jo, den enda möjligheten till begränsning vore i så fall att man toge sikte på *graden av skiljedomens oriktighet*. Och att det vore absurt att uteslutande laborera med en sådan klandergrund framstår tydligt om vi tänker oss det fallet att en person som icke haft tillfälle att utföra sin talan blivit förpliktad till betalning genom en skiljedom som kan betecknas såsom i någon mån — icke höggradigt — oriktig. Det begångna felet måste uppenbarligen i detta fall betraktas såsom en åtminstone kompletterande hävningsgrund. Om felet är synnerligen grovt (till följd av försummelse från skiljedomstolens sida kanske parten icke ens fått kännedom om skiljeförfarandet) så måste parten rimligtvis kunna få skiljedomen hävd helt obero-

ende av om klanderdomstolen finner skiljedomen riktig eller icke — parten bör såvitt möjligt försättas i en situation som är lika gynnsam för honom som den situation som skulle ha förelegat därest något skiljeförfarande icke kommit till stånd. Och detta måste ofrånkomligen leda till att skiljedomen häves.

Den tes som vi tog till utgångspunkt bör emellertid kommenteras även i ett annat avseende. Tesen uttalar sig om det fallet att en skiljedom faktiskt har blivit given. Men detta innebär en begränsning av perspektivet. Antag att vi hade en ordning enligt vilken endast oriktig rättstillämpning kunde åberopas såsom klandergrund. Och antag att en part vid skiljeförfarandets början skulle märka att skiljedomstolen vore i färd med att på ett flagrant sätt bryta mot den kontradiktoriska principen. Det vore uppenbarligen orimligt om parten icke skulle kunna åberopa en sanktion i lagen såsom skäl för en protest mot detta fel i och för sig. Det är således ofrånkomligen nödvändigt att vissa »fel i förfarandet» i lagen utpekas såsom särskilda klandergrunder. Detta kan då ske på ettdera av två sätt: antingen på det sättet att felet i fråga görs till en klandergrund som skall beaktas oberoende av om den inverkat på avgörandet eller icke, eller också på det sättet att felet förklaras skola leda till skiljedomens hävande om felet med någon grad av sannolikhet — olika grader är här tänkbara — kan ha bidragit till att skiljedomen fått ett oriktigt innehåll.

Det sistnämnda alternativet förutsätter tydligen att domstolen skall kunna ingå på en bedömning av skiljedomens riktighet. Då uppkommer slutligen den fråga som framstår såsom särskilt väsentlig för ämnet i denna bok: Bör oriktig rättstillämpning kunna betraktas såsom klandergrund endast försåvitt det därjämte förelupit något fel i förfarandet eller bör oriktig rättstillämpning kunna betraktas även såsom en *fristående klandergrund*, nämligen i mer flagranta fall?

För att åskådliggöra vad jag avser med »flagranta fall» skall jag ge två exempel, till vilka jag får anledning att återkomma i det följande:

»Vitesfallet»: En skiljedomstol har utan hänsyn till vederböran-

de parts yrkande om jämkning enligt 36 § avtalslagen, utdömt ett avtalsvite av orimlig storlek.⁸² Förfarandet har skötts på ett oklanderligt sätt.

»Entreprenadfallet»: I ett entreprenadkontrakt har tydligt angivits att entreprenadsumman skall utgöra 100 000 kronor. Kontraktet innehåller vidare en skiljeklausul enligt vilken tvister rörande »tolkning och tillämpning» av entreprenadavtalet skall hänskjutas till skiljemän. Entreprenören, som kalkylerat oförsiktigt och till följd härav gjort viss förlust, har inför skiljedomstolen yrkat att av byggherren utfå 200 000 kronor. Byggherren — en förmögen person — har bestritt detta yrkande och påfordrat dom enligt gällande rätt. Inga erinringar finns att göra mot skiljedomstolens sätt att utforma förfarandet. I skiljedomen har byggherren förpliktats att betala 200 000 kronor. Såsom »motivering» härför har anförts att byggherren »bör anses vara närmare än entreprenören att bära den i detta sammanhang uppkomna förlusten».

Fallen kan sägas vara flagranta av den orsaken att de innefattar kvantitativt väsentliga avsteg från fundamentala, lätt iakttagbara, rättsregler. I vitesfallet tillkommer den omständigheten att den ifrågavarande rättsregeln är »tvingande».

b. Konfrontation med 20 och 21 §§ SkmL.

I SkmL:s 20 och 21 §§ ges bestämmelser om skiljedoms ogiltighet och om klander av skiljedom. Det är främst klanderbestämmelserna i 21 § som påfordrar uppmärksamhet i det följande; inledningsvis skall jag emellertid göra ett par påpekanden i anslutning till ogiltighetsbestämmelserna i 20 §.

Enligt sistnämnda lagrum är skiljedom ogill »om ej giltigt skiljeavtal förelegat» (20 § 1.) samt »i den mån skiljemännen dömt angående fråga, som ej enligt lag må skjutas under skiljemän» (20 § 3.). Kan dessa båda punkter möjligen ha något intresse i förevarande sammanhang?

⁸² Jfr NJA 1948 s. 69: En vid en gummifabrik anställd tidsstudieman (som tydligen icke hade möjlighet att få insyn över några viktigare yrkeshemligheter) hade förbundit sig, vid äventyr av »böter» om 100 000 kronor, att icke inom fem år efter anställningens slut ta plats hos något konkurrentföretag. Arbetsgivaren yrkade vid ordinär domstol att det stadgade vitet »eller det belopp Häradsrätten med tillämpning av 36 § avtalslagen kunde pröva skäligt» måtte utdömas. Häradsrätten utdömde 10 000 kronor. Hovrätten ogillade helt den förda talan. Prövningstillstånd gavs icke.

Låt oss till en början anknyta till det nyss anförda exempel som jag kallat »entreprenadfallet». Antag att den för-
 lorande parten argumenterar på följande sätt: »Skiljeavta-
 let avser 'tolkning och tillämpning' av entreprenadavtalet. I
 detta avtal står klart utsagt att entreprenadsumman skall ut-
 göra 100 000 kronor. Genom 'tolkning' eller 'tillämpning' av
 avtalet kan man omöjligen komma till det resultatet att nå-
 gon högre summa skall utgå. Det finns med andra ord icke
 något skiljeavtal som bär upp den skiljedom som här har
 givits. Domen bör fördenskull anses ogiltig.» — Denna ar-
 gumentation måste anses klart ohållbar. Frågan om skilje-
 avtalets giltighet måste nämligen kunna besvaras efter en
 jämförelse mellan skiljeavtalet och den *tvistefråga* som ak-
 tualiseras i det konkreta fallet. Att tvistefrågan eventuellt
 kan ha blivit oriktigt bedömd i skiljedomen är en omständig-
 het som är utan betydelse för frågan om skiljeavtalets giltig-
 het — det förekommer f. ö. stundom att en ordinär domstol
 definitivt tar ställning till frågan om ett skiljeavtals giltig-
 het innan skiljeförfarandet påbörjats.⁸³ Konsekvensen av
 detta är bl. a. att en skiljedomstol kan få att pröva en tvist
*som enligt gällande rätt omöjligen borde kunna lösas på
 mer än ett sätt*, en tvist som avser huruvida ett enligt gällan-
 de rätt giltigt och fullkomligt tydligt avtal skall följas eller
 icke följas. Om man menar att det bör finnas tillgång till
 rättsmedel för den händelse en skiljedomstol skulle ge ett
 felaktigt svar på en sådan fråga så måste man acceptera tan-
 ken på att oriktig rättstillämpning *i och för sig* kan åberopas
 såsom skäl för skiljedomens hävande.

Låt oss emellertid även anknyta till det exempel som jag
 kallat »vitesfallet». Har detta fall några särskilda aspekter
 på grund av att där förekommit ett avsteg från en tvingande
 rättsregel? — Enligt 20 § 1. jämförd med 1 § SkmL är en
 skiljedom ogill därest skiljeförfarandet avsett en fråga som
 icke varit »av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan
 träffas». Uppenbarligen följer härav att skiljedomstolarna i
 betydande mån är förhindrade att åstadkomma resultat som

⁸³ Se senast rättsfallet NJA 1955 s. 500.

skulle strida mot tvingande rätt.⁸⁴ Såsom antytts tidigare⁸⁵ förhåller det sig emellertid icke så att ogiltighetsregeln i 20 § 1. griper in så snart ett skiljeförfarande avser någon fråga med avseende på vilken en tvingande rättsregel gäller. Och det är otvivelaktigt att man ej kan åberopa de anförda lagbestämmelserna till stöd för ett påstående om att vitesfallet skulle utgöra ett ogiltighetsfall. — Men kan då icke bestämmelsen i 3. av 20 § anses såsom ett stöd för att domen i vitesfallet skall anses ogiltig? Nej, skiljemännen kan icke sägas ha dömt »angående fråga, som ej enligt lag må skjutas under skiljemän»;⁸⁶ de kan endast sägas ha givit en dom som strider mot en tvingande rättsregel. Om denna felaktiga dom skall kunna hävas eller icke, det är en fråga för vars besvarande ingen ledning kan hämtas av 20 §.

Det ställda problemet skall därefter konfronteras med 21 § SkmL. Enligt detta lagrum skall skiljedom på parts talan av domstol hävas i bl. a. följande fall:

»1. i den mån skiljemännen överskridit sitt uppdrag...

...

3. om skiljeman varit jävig eller ej utsedd i behörig ordning; eller

4. om, utan partens förvållande, i avseende på ärendets behandling förelupit annat fel, som med sannolikhet kan antagas hava inverkat på utgången.»

Låt oss till en början fråga: Skulle 1 eller 3 punkten i 21 § kunna tillämpas på entreprenadfallet och vitesfallet? — Det torde vara obestriddligt att ingendera av dessa möjligheter står till buds. Bestämmelsen i 1. hade varit att betrakta såsom ett tillämpligt direktiv för den händelse skiljedomstolen skulle ha utdömt högre entreprenadsumma, resp. vitesbelopp, än vad som yrkats av parten i fråga eller om skiljedomstolen skulle ha grundat domen på andra rättsfakta än sådana som i vederbörlig ordning åberopats; bestämmelsen säger där emot alls intet om det fallet att skiljedomstolen utan att

⁸⁴ Beträffande de många tveksamma frågor som här aktualiseras se TIRKONEN, Skiljemannaförfarandet, s. 29 ff.

⁸⁵ Se ovan, s. 127 f.

⁸⁶ Jfr nedan, s. 222, not 2.

spränga den ram som parterna uppdragit kring processen träffar ett avgörande som strider mot gällande rätt. — Såvitt angår 3. måste man naturligtvis omedelbart avvisa den tanken att en doms oriktighet skulle kunna betraktas såsom tillräckligt bevis för att skiljemännen varit jäviga: det förefaller mig rentav som om jävsfrågan alltid borde prövas helt utan hänsyn till skiljedomens innehåll⁸⁷ (vilket ju nödvändigtvis måste ske i sådana fall då jävsfrågan aktualiseras före skiljeförfarandet eller under detsammias lopp).

Vi kommer därefter fram till 4. i SkmL:s 21 §. Låt oss då först rikta vår uppmärksamhet på passusen »i avseende på ärendets behandling förelupit . . . fel». I vad mån kan denna passus, uppfattad efter vanligt språkbruk, ge någon ledning? — Klart är till en början att den ger ledning åtminstone såtillvida som den anger att klandergrund icke föreligger annat än om ett *fel begåtts* av skiljedomstolen.⁸⁸ Exempelvis innebär detta att en part icke kan få en skiljedom hävd blott därför att han kan göra sannolikt att skiljedomen skulle fått ett annat innehåll därest skiljemännen haft tillgång till visst bevismaterial som parten först i klanderprocessen återoppar och som skiljemännen ej haft skyldighet att införskaffa ex officio.

Men kan man då även av den ifrågavarande texten utläsa att fel avseende rättstillämpningen icke skulle kunna betraktas såsom klandergrunder? Så synes mig icke vara fallet. Såväl i det allmänna språkbruket som i det speciellt juridiska språkbruket förekommer det nämligen att man talar om »rättslig behandling» av en tvistefråga, ett mål eller ett ären-

⁸⁷ Om en påtagligt oriktig dom givits kan den förlorande parten självfallet stundom ha anledning att efterforska huruvida något jäv förelegat. Det kan förefalla otillfredsställande att intet rättsmedel står parten till buds för den händelse parten efter utgången av den i 21 § stadgade klandertiden skulle få klarhet om att skiljemännen tagit mutor (jfr RB 58: 1). Det är emellertid att märka att rätten till *skadeståndstalan mot skiljemännen* icke äro underkastad någon särskild tidsbegränsning. Och jag kan icke se något hinder mot att skiljemännen, om de tagit mutor, skulle kunna förpliktas att utge ett skadestånd som vore ekvivalent till den skada som parten drabbats av genom att skiljedomen fått ett oriktigt innehåll.

⁸⁸ Jfr WELAMSON, Domvillobesvär av tredje man, s. 78 ff., ang. förhållandet mellan rättegångsfel och »materiella» fel.

de. Det skulle emellertid kunna hävdas att ett jakande svar på den ställda frågan vore motiverat av den ifrågavarande punktens fortsatta lydelse: »... fel, som med sannolikhet kan antagas hava inverkat på utgången». Ty ligger det icke i sakens natur att varje rättstillämpningsfel inverkar på utgången? Nej, så synes icke vara fallet. Det kan nämligen tänkas att ett rättstillämpningsfel inverkar blott på domskälen,⁸⁰ icke på domslutet.

Dessa språkliga överbäganden syns mig dock ha ringa intresse. Det förhåller sig nämligen så att SkmL, sedd såsom en systematiskt uppställd helhet, måste uppfattas såsom ett argument — naturligtvis såsom ett argument av primär betydelse⁸⁰ — vilket talar för att rättstillämpningsfel ej — åtminstone ej utan reservationer — bör godtagas såsom klandergrunder. Enligt SkmL 2 § skall parterna, om de slutit skiljeavtal utan förbehåll om rätt att klandra skiljedomen, anses ha »utfäst sig att åtnöjas med densamma»; lagen äger icke tillämpning på skiljeavtal som innefattar »förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen». Dessa formuleringar skulle sakna varje rimlig mening⁸¹ om man vore berättigad att utgå ifrån att fel i rättstillämpningen vore — utan inskränkning — att betrakta såsom klandergrunder. — Å andra sidan måste man säga sig att 2 § i SkmL får en förnuftig innebörd så snart man förutsätter att möjligheten till klander av en skiljedom är *i åtminstone något hänseende* inskränkt. Under sådana omständigheter finns det anledning att granska den frågan, huruvida det vore förenligt med gällande rätt att såsom klandergrunder betrakta rättstillämpningsfel vilka efter någon viss måttstock kunde betraktas såsom *grova*.

⁸⁰ Om så är fallet torde skiljedomen icke under några omständigheter kunna hävas. Se NJA 1941 s. 468. Jfr, ang. engelsk rätt, nedan s. 228 f.

⁸⁰ Jfr ovan, s. 111.

⁸¹ Det skulle möjligen kunna invändas att SkmL 2 § under inga omständigheter kan följas helt efter ordalagen, eftersom lagen uppenbarligen ej kan bli otillämplig för den händelsen att parterna skulle ha gjort ett — överflödigt — förbehåll om rätt till klander enligt 20 och 21 §§ SkmL. Men den omständigheten, att en sådan obetydlig och självklar reservation som den sistnämnda måste göras, kan självfallet icke berättiga till den slutsatsen att 2 § skulle sakna betydelse i förevarande sammanhang. }_{LM}

Det skulle kunna göras gällande att denna fråga vore att besvara nekande redan av det skälet att varken lag, rättspraxis⁹² eller doktrin⁹³ ger något stöd för att det skulle kunna göras någon åtskillnad mellan grova och mindre grova rättstillämpningsfel i det aktuella hänseendet. — Nåväl, låt oss då till en början utgå ifrån att en sådan åtskillnad icke kan komma på fråga.

Det primära intresset knyter sig då till spørgsmålet hur vi närmare bestämt skall dra gränsen mellan å ena sidan rättstillämpningsfel, vilka icke finge betraktas såsom klandergrunder, och å andra sidan fel varpå klandertalan kunde grundas. Här återkommer en fråga som jag tidigare tagit upp till debatt,⁹⁴ nämligen frågan om brukbarheten av termen »materiell rätt» såsom distinktionskriterium. Vore det rimligt att hävda att begränsningen beträffande klandergrunderna blott avsåge tillämpningsfel i fråga om materiella rättsregler i inskränkt mening? — På denna fråga skulle jag vilja svara att det vore klart orimligt om man skulle söka isolera dylika tillämpningsfrågor från andra frågor som skiljemannen har att besvara då han på grundval av processmaterialet överväger vilken dom han skall ge. Det vore exempelvis absurt om man skulle resonera på följande sätt: »'Materiell klandertalan' är utesluten. Bevisbördereglerna är emellertid icke 'materiella'. Här har skiljemännen bedömt bevisbördefrågan oriktigt. Klandertalan bör kunna bifallas.» Det vore även absurt om man skulle göra en distinktion enligt vilken felaktigheter vid bevisvärderingen hänfördes till de möjliga klandergrunderna. Detta, om något, skulle medföra risk för att skiljeförfarandet icke kunde fungera såsom eninstansförfarande.

⁹² I rättsfallet NJA 1934 s. 491 (invändning om att verkställighet å utländsk skiljedom skulle strida mot »goda seder» lämnades utan avseende) gjordes följande partsuttalande: »Under alla förhållanden måste, så länge man rör sig inom de diskutabla materiella rättsfrågornas sfär, skiljemännens avgörande vara bindande för parterna.» (kurs. här.)

⁹³ DILLÉN har hävdad (SvJT 1933 s. 26) att »det enligt svensk rätt icke gives något medel, varigenom en från den materiella rätten avvikande skiljedom skulle kunna bringas om intet».

⁹⁴ Se ovan, s. 154 ff.

Låt oss då knyta an till den tidigare^{94a} berörda möjligheten att särskilt ta fasta på gränsen mellan å ena sidan intellektuella tankeoperationer i och för sig, å andra sidan skiljeförfarandets yttre gestaltning. Är en sådan gräns brukbar i detta sammanhang? — Det ligger nära till hands att besvara denna fråga nekande under hänvisning till det faktum att *skiljedomen* är en yttre företeelse. Är det icke rentav så att all intellektuell verksamhet som skiljemännen ägnar sig åt kommer att, i den mån den över huvud taget är relevant, resultera i sådant som är iakttagbart utifrån, nämligen utsagor, muntliga eller skriftliga, riktade till parterna och andra i skiljeförfarandet engagerade personer? Jo, detta förefaller obestridligt. Men låt oss då överväga den möjligheten att man skulle göra en åtskillnad mellan å ena sidan sådana fel vilkas yttre effekt framträdde under skiljeförfarandets lopp, dvs. vid någon tidpunkt före den definitiva domens tillblivelse, och å andra sidan sådana fel som framträdde endast i själva domen.

Om denna hypotes vore godtagbar så skulle domaren i en klanderprocess alltid ha anledning att ställa följande fråga: »När nu käranden påstår att ett fel begåtts, implicerar då detta påstående ett uttalande om att skiljeförfarandet fram till tidpunkten för domen borde ha fått ett annat yttre förlopp än vad det faktiskt haft? Borde skiljemännen ha vidtagit någon åtgärd som de i verkligheten underlåtit? Borde de ha underlåtit någon åtgärd som de i verkligheten företagit?»⁹⁵

Denna hypotes kan kanske vid första påseendet förefalla rimlig. Konsekvensen bleve att klandergrund finge anses föreligga exempelvis i det fallet att skiljemännen underlåtit att avvisa kärandens talan trots att rättegångshinder förelegat och i det fallet att skiljemännen underlåtit att ge den ena parten tillfälle att bemöta påståenden som den andra parten framställt. Konsekvensen bleve även att eventuella svagt un-

^{94a} Ovan, s. 156 ff.

⁹⁵ Det finge under dessa omständigheter anses vara av största betydelse för domens hävbarhet huruvida parterna givit särskilda instruktioner i fråga om bevisupptagning m. m. Ang. »bristfällig rättslig utredning» såsom klandergrund jfr ovan, s. 192, not 47 b.

derbyggda, godtyckliga och ologiska tankar som inverkat blott på domens innehåll ej kunde betraktas såsom klandergrunder. Detta tycks stämma ganska väl med lag, doktrin och rättspraxis. Emellertid är att märka att skiljemännen ofta har intagit en ståndpunkt till en för sakens avgörande väsentlig rättsfråga redan på ett tidigt stadium av skiljeförfarandet *och låtit detta ståndpunktstagande inverka på den materiella processledningen*. Antag exempelvis att käranden i en skiljeprocess begärt att få framlägga bevisning om att reklamation skett för sent, att skiljedomstolen avvisat denna begäran och att skiljedomstolen såsom motivering för detta hävdade, i klar strid mot gällande rätt, att tidpunkten för reklamationen icke kunde anses ha någon betydelse i målet. Bör ett sådant förhållande kunna åberopas såsom klandergrund? Jag skulle vilja svara att avvisningsbeslutet i och för sig omöjligen bör kunna betraktas såsom klandergrund. Detta beslut står nämligen i klar konsekvens med skiljemännens inställning till frågan om reklamationens betydelse. Kan icke en felaktig bedömning av sistnämnda fråga betraktas såsom en godtagbar klandergrund, så bör icke heller avvisningsbeslutet kunna föranleda till skiljedomens hävande.

Men vilka typer av fel vore det då som kunde komma i betraktande såsom klandergrunder? Det kanske skulle kunna sägas att det vore fråga om sådana fel som förekommit under skiljeförfarandets lopp och som icke haft något nödvändigt samband med de frågor vilka skiljemännen haft att befatta sig med för att kunna fastställa domens innehåll i sak. Även en sådan gränsdragning stöter emellertid på vissa betänkligheter. Några iakttagelser beträffande problemet om *res judicata* torde kunna utvisa detta.⁹⁶

Om gränsdragningen skulle utföras efter de sist berörda linjerna så bleve konsekvensen att klandergrund finge anses föreligga därest en skiljedomstol underlåtit att *avvisa* kärandens talan trots att det föreläge en tidigare meddelad, lagakraftvunnen dom (ordinär domstolsdom eller skiljedom) rörande samma »sak» (RB 17: 11). Däremot borde klander

⁹⁶ Jfr till det följande OLIVECRONAS utredning i SvJT 1950 s. 704 ff. beträffande spörsmålet huruvida *res judicata*-frågan »hör till rättegången» i lagens mening eller ej.

icke kunna grundas på den omständigheten att en skiljedomstol underlåtit att *vid domens meddelande* låta sig påverkas av kunskapen om en tidigare given, lagakraftvunnen dom rörande samma »sak». Det skulle med andra ord förhålla sig så att klandergrund förelåge därest skiljedomstolen underlåtit att beakta en tidigare doms *negativa* rättskraft under det att en oriktig bedömning av en tidigare doms *positiva* rättskraft icke kunde leda till skiljedomens hävande. Det förefaller mig också som om rättspraxis skulle ge ett visst stöd åt denna tanke: i rättsfallen NJA 1930 not A 138, 1936 s. 663, 1944 s. 638 och 1953 s. 751 har HD hävt skiljedomar under hänvisning till tidigare meddelade domars negativa rättskraft, i rättsfallet NJA 1945 s. 81 ogillade HD däremot en klandertalan vilken bl. a. grundats därpå att skiljedomstolen upptagit värdet av en gåva till annat belopp än det som fastställts i en tidigare meddelad, lagakraftvunnen underrättsdom. — Man kan emellertid fråga sig om det verkligen är rimligt att göra en sådan åtskillnad mellan den negativa och den positiva betydelsen av en tidigare doms rättskraft. Detta innebär nämligen att man drar ytterst vittgående konsekvenser av det förhållandet att den rättskraftiga domen i negativt avseende betraktas såsom just grund för *avvisande* (icke såsom grund för *ogillande*). Och det är tvevelaktigt om det verkligen finns något fog för sistnämnda betraktelsesätt.⁹⁷ Men låt oss då, till ytterligare belysning av problemet, förutsätta att negativ och positiv rättskraft borde jämföras i förevarande hänseende. Detta skulle i så fall innebära att klandergrund förelåge antingen i intetdera fallet eller i båda fallen. Det första av dessa alternativ kan utan vidare avvisas såsom synnerligen otillfredsställande och klart stridande mot de nyss omnämnda rättsfallen, det senare alternativet kan däremot tyckas rimligt; det vore onekligen föga tilltalande om man icke skulle kunna — icke ens i de mest flagranta fall — komma till rätta med skiljedomar som vore oförenliga med tidigare meddelade, lagakraftvunna domar. Låt oss då antaga att detta alternativ skulle godtagas. Vore detta förenligt med den tanke som angavs i föregående stycke? Nej, detta är icke fallet.

⁹⁷ Se EKELOF, Kompendium över civilprocessen, I, s. 269 f.

Men skulle det icke här kunna sägas vara fråga om ett ensamstående specialfall som icke behövde föranleda till några avsteg, i övrigt, från den nyssnämnda tanken? Borde man icke, med andra ord, kunna betrakta oriktiga ståndpunkts-taganden till tidigare givna domars negativa eller positiva rättskraft såsom klandergrunder utan att i övrigt göra avsteg från principen om att blott fel som ej hade något nödvändigt samband med domens sakliga innehåll finge beaktas såsom klandergrunder? För att denna fråga skall kunna besvaras är det nödvändigt att beakta vilka skäl det är som kan anföras för principen om domens rättskraft. OLIVECRONA, som begagnar termen »orubblighetsprincipen», har framhållit att denna princip »är ett väsentligt led i det system av regler som man har för att uppehålla en fast egendomsordning»⁹⁸ och har även uttalat följande:

»Man bör således först och främst sätta in regeln om domens orubblighet i dess sammanhang. När en dom givits, griper den på mångfaldiga sätt in i systemet av imperativtecken. För fastheten i detta system är det nödvändigt att hithörande imperativtecken äro orubbliga. Ett avsevärt moment av osäkerhet skulle införas *ifall något annat härvidlag gällde om domen än om avtalet.*»⁹⁹

I det jag tar fasta på detta uttalande, och särskilt på den sista satsen däri, skulle jag vilja ställa följande fråga: Finns det anledning att upprätthålla ett system som går ut därpå att avsteg från principen om en lagakraftvunnen doms orubblighet betraktas såsom klandergrund men att avsteg från principen om avtals orubblighet icke — icke ens i de mest flagranta fall — godtas såsom skäl för en skiljedoms hävande? Jag har svårt att finna att så skulle kunna vara fallet. Ett avtal måste, lika väl som en dom, kunna tjäna som en fast riktlinje för berörda parterers verksamhet. Parterna skall icke i ett normalt fall behöva anordna en särskild fastställelseprocess för att bli garderade för framtiden. Möjligheten till fastställelse talan står för övrigt inte ens öppen i det normala fallet; för att sådan talan skall kunna upptagas till prövning fordras bl. a. att »ovisshet råder om rättsförhållandet» (RB 13: 2), och därmed kan naturligtvis icke avses

⁹⁸ OLIVECRONA, *Domen i tvistemål*, s. 206.

⁹⁹ OLIVECRONA, a. a. s. 204 (kurs. här).

en sådan omständighet som den att parterna har skäl att hy-
sa tvivel därom, huruvida en framtida skiljedomstol kommer
att hålla sig till gällande rätt eller icke.

Är det då, när allt kommer omkring, möjligt att fasthålla
vid den tanken att blott fel i förfarandet — i motsättning till
rättstillämpningsfel — skulle kunna betraktas såsom ogil-
tighets- eller klandergrunder? Det finns anledning att betviv-
la detta. Men skulle man då icke kunna lösa problemet ge-
nom att med ett enkelt konstgrepp »intolka» svårare rätts-
tillämpningsfel i »begreppet förfarande»? Så synes man ha
gjort i tysk doktrin, varur jag citerar följande uttalande:

»Setzt sich das Schiedsgericht . . . über eine gesetzliche Vorschrift,
auf deren Innehaltung die Parteien verzichten konnten, deren
Beachtung sie aber ausdrücklich gefordert haben, bewusst hinweg,
so sollte ein derartiger, dem Parteiwillen böswillig entgegenste-
hender Spruch nicht Vollstreckungswirkung erlangen können. Der
Schiedsspruch, der sich in dieser Weise über den Parteiwillen hin-
wegsetzt, ist das Ergebnis eines Verfahrens, zu dem das Schieds-
gericht nicht befugt war; es liegt ein 'unzulässiges Verfahren' . . .
vor.»¹

Av de båda punkter som detta uttalande innehåller tycks
mig den första förtjäna beaktande; den andra däremot synes
mig åtskilligt dubiös. En hänvisning till en term sådan som
»unzulässiges Verfahren» tycks mig nämligen icke kunna
anses utgöra någon bärande argumentation för den i första
punkten uttryckta åsikten. Motsvarande betänkligheter vore
förenade med den tanken att man med avseende på svensk
rätt skulle »tolka» frasen »... i avseende på ärendets be-
handling förelupit annat fel...» på sådant sätt att den finge
tjäna såsom argument för hävning av skiljedomar som vore
att anse såsom grovt oriktiga. Däremot är det icke uteslutet
att en närmare undersökning skulle kunna visa att oriktig
rättstillämpning i vissa fall borde kunna betraktas såsom
ogiltighets- eller klandergrunder *trots att SkmL:s lydelse
icke kan åberopas såsom stöd* för en sådan uppfattning. För
att vi skall kunna komma till någon klarhet om hur det för-

¹ SCHÖNKE, Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 195. Jfr s. 227, där det hävdas
att »Aufhebung» kan ske »wenn das Schiedsgericht, das nach dem Schieds-
vertrag an das positive Recht gebunden sein sollte, unter erkennbarer Aus-
serachtlassung desselben eine reine 'Billigkeitsentscheidung' erlassen hat».

håller sig med detta bör vi närmare gå in på den frågan, huruvida det kan anses möjligt att på något rationellt sätt avgränsa skilda slag av rättstillämpningsfel från varandra.

- c. Efter vilka linjer skulle rättstillämpningsfel som finge betraktas såsom ogiltighets- eller klandergrunder kunna avgränsas från andra rättstillämpningsfel?

Det i rubriken antydda problemet inrymmer två delspörsmål som jag i det följande skall behandla i huvudsak vart för sig. Det första spørsmålet är: Vilka rättstillämpningsfel skulle över huvud taget kunna tillerkännas relevans såsom ogiltighets- eller klandergrunder? Och det andra spørsmålet: Bör eventuella relevanta rättstillämpningsfel behandlas såsom ogiltighetsgrunder eller såsom klandergrunder?

1) En radikal lösning vore att genomgående anse *bristande överensstämmelse med tvingande rätt* utgöra ogiltighets- eller klandergrund. Denna lösning har man valt i den *österrikiska ZPO* där det stadgas (§ 595) att en skiljedom är »wirkungslös» därest den »gegen zwingende Rechtsvorschriften verstösst». ² — En lösning som är mindre radikal men som dock ger möjlighet till hävande i vissa fall av skiljedomar som är oförenliga med tvingande rätt har man valt i *tysk rätt*: enligt § 1041 i den tyska *ZPO* skall »Aufhebung» ske därest »die Anerkennung des Schiedsspruchs gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstossen würde». Den tyska rätten har, enligt vad doktrinen påpekat, icke gått så långt som den österrikiska. Man har ansett sig kunna tolerera att skiljedomar kan vila på »falscher Anwendung nachgiebigen oder zwingenden Rechts». — »Dagegen würde es

² TIRKKONEN (Skiljemannaförfarandet, s. 141) hävdar att ordalydelsen i den finska lagens 21 § (». . . eller annars överskridit sin befogenhet . . .») inrymmer bl. a. den situationen att »skiljemännen vid sakens avgörande försummat att iakttaga stadganden av absolut karaktär i inhemsk materiell rätt». Jag skulle emellertid vilja ifrågasätta om icke detta är en något »pressad tolkning». Jfr ovan, s. 99 ff. och s. 213. — Med avseende på dansk rätt har HJEBLE hävdat (Frivillig Voldgift, s. 169) att en skiljedom blir ogiltig »dersom den strider mod saadanne tvingende Retsregler — deres Ord eller Formaal — som Parterne ikke i Normeringens Øjeblik ved Avtale kan fravige, hvilket i Almindelighed vil sige Love, der er givet for at beskytte en offentlig Interesse».

vom Standpunkt der allgemeinen Interessen nicht angehen, Schiedssprüche anzuerkennen, die von einer Rechtsauffassung getragen sind, die mit den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung nicht in Einklang stehen.»³

Vi kan då fråga oss: Överensstämmer svensk rätt med det österrikiska alternativet eller med det tyska? Eller förhåller det sig kanske så att en skiljedom enligt svensk rätt står fast även i sådana fall där den efter tyskt betraktelsesätt skulle anses hävbar?⁴

Det tycks mig till en början uppenbart att det österrikiska alternativet icke kan anses förenligt med svensk rätt. Utan klart stöd i lagen kan man omöjligen komma till den slutsatsen att en relativt obetydlig avvikelse från en tvingande rättsregel skulle kunna duga såsom skäl för ogiltigförklaring eller hävande av en skiljedom. Icke heller de lege ferenda tycks mig den österrikiska bestämmelsen lämpa sig såsom förebild. Tvingande rättsregler — exempelvis ogiltighetsreglerna i avtalslagen — aktualiseras ju icke så sällan i skiljerättslig praxis, och jag tror att det skulle få menliga följder om en förlorande part skulle ha fog för ogiltighets- eller klandertalan varje gång som det framstode såsom tvekelaktigt huruvida skiljedomstolen tillämpat en sådan rättsregel på ett korrekt sätt.

Men kan då svensk rätt anses överensstämma med det tyska alternativet? Det ligger nära till hands att besvara även denna fråga nekande, under hänvisning till SkmL:s tystnad. Jag tror emellertid att frågan tarvar närmare begrundan, eftersom det här gäller ett alternativ som bärs upp av synnerligen starka skäl. Är icke dessa skäl rentav så starka att de bör tillmätas betydelse även i trots av lagens tystnad?

Av intresse i detta sammanhang tycks mig vara följande

³ SCHÖNKE, Das Schiedsgerichtsverfahren, s. 228.

⁴ BERGENDAL har yttrat (Forhandlingerne på det attende nordiske juristmøde, s. 137): »Skall vi ha preceptiva rättsregler, är det nog påkallat att deras efterlevnad får kontrolleras av de statliga domstolarna. Även om det är en i och för sig oklanderligt sammansatt och opartisk skiljedomstol, som har givit ett lagstridigt avgörande, bör alltså rättelse kunna vinnas. Detta gäller enligt min mening icke bara föreningsförhållanden utan alla rättsförhållanden, även ekonomiska. Men sådan är icke vår gällande rätt.»

uttalande som gjordes av lagrådet under förarbetena till SkmL:

»Även om skiljeavtalet avsett en fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas, är det icke uteslutet, att skiljedomen får sådant innehåll, att dess verkställande skulle strida mot en materiell rättsregel av tvingande natur. Huruvida denna omständighet skall anses äga någon inverkan å skiljedomens giltighet, lämnas av förslaget... obesvarat.»⁵

Det förefaller av detta uttalande som om lagrådet skulle ha ansett att SkmL icke kan åberopas som stöd vare sig för eller emot den tanken att ogiltighetsgrund skulle föreligga därest skiljedomen vore oförenlig med tvingande rätt. SkmL skulle i så fall icke i och för sig behöva lägga några hinder i vägen för ett accepterande av det tyska alternativet. Det avgörande finge anses vara om detta alternativ på det hela taget kunde anses tillfredsställande mot bakgrund av den svenska skiljerättens system.

Vi bör då vidare lägga märke till bestämmelsen i 7 § 8. i lagen om utländska skiljeavtal och skiljedomar samt vissa uttalanden i motiven till denna bestämmelse. Det stadgas: »Ej må utländsk skiljedom här i riket gälla, där... 8. i avseende å förfarandet eller skiljedomen föreligger omständighet, som medför, att skiljedomens tillämpande skulle strida mot goda seder.» I motiven härtill yttras bl. a.:

»Ifrågasätts kan, huruvida ett förbehåll om 'goda seder' påkallas av något egentligt behov. Helt och hållet uteslutet är dock måhända icke, att ett dylikt förbehåll kunde visa sig tillämpligt. Skulle det t. ex. befinnas att under skiljemannaförfarandet de mest elementära rättsprinciper blivit åsidosatta eller skulle skiljedomen gå ut på utförande av någon prestation som enligt svensk rättsåskådning icke bör kunna lagligen framtvingas, kan förbehållet bliva av betydelse.»⁶

Man kan nu fråga: Bör icke något motsvarande gälla med avseende på *svenska* skiljedomar? Bör med andra ord icke även en svensk skiljedom kunna hävas därest domens tillämpande skulle »strida mot goda seder»? Detta förefaller obestridligt, ty vi kan icke rimligen avböja verkställighet av en

⁵ NJA II 1929 s. 51.

⁶ NJA II 1929 s. 93.

utländsk skiljedom under hänvisning till bristande överensstämmelser med svenska seder annat än om det är fråga om seder vilka vi kräver att våra egna skiljedomstolar skall iakttaga: »En effet, il ne peut être question de l'ordre public dans les conflits des lois, si, au préalable, on ne l'a déjà rencontré en droit interne.»⁷

Men om det nu finge anses motiverat att låta principen om ordre public (goda seder, offentlig ordning) gripa in över det skiljerättsliga systemet, skulle man härav kunna dra några bestämda slutsatser med avseende på de problem som vi just nu debatterar? — Det torde vara obestriddligt att ordre public-principen har en synnerligen vag innebörd. Jag citerar HULT:

»Denna princip innebär i och för sig knappast mer än en erinran om att vissa intressen inom en särskild stat kunna anses så fundamentala, att staten icke kan tolerera, att dess domstolar tillämpa en däremot stridande främmande lag. Men någon norm eller måttstock för avgörandet av när dylika intressen skola anses vara för handen innehåller icke ordre public-principen.»⁸

Låt oss på denna punkt återknyta till det exempel som jag tidigare betecknat såsom »vitesfallet».⁹ Vore det rimligt att i ett sådant fall som detta förklara skiljedomen ogiltigt med den motiveringen att »de mest elementära rättsprinciper» här blivit åsidosatta eller att det vore fråga om en prestation »som enligt svensk rättsåskådning icke bör kunna lagligen framtvingas»? — Det kanske kunde synas som om denna fråga borde besvaras nekande av det skälet att principen om ordre public icke kunde anses tillämplig annat än beträffande *vissa typer av* tvingande rättsregler, vartill icke avtalslagens ogiltighetsregler vore att hänföra. Det skulle exempelvis kunna hävdas att en skiljedom vore att betrakta såsom ogiltig därest den innefattade avsteg från bestämmelserna i en prisregleringslag¹⁰ men däremot icke i ett sådant fall som

⁷ LIENHARD, Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international, s. 67. Lienhard framhåller även (s. 54) att l'ordre public alltid är »indépendant des textes positifs».

⁸ HULT, Juridisk debatt, s. 35.

⁹ Se ovan, s. 210 f.

¹⁰ Enligt SCHÖNKE (Lehrbuch des Zivilprozessrechts, s. 455) har man i tysk rättspraxis ansett »Verstoss gegen die öffentliche Ordnung» föreligga i det

vitesfallet. Ett sådant betraktelsesätt skulle medföra den fördelen att man kunde komma ifrån den svåra kvantitativa bedömningsfråga som aktualiseras av vitesfallet, nämligen frågan vilken grad av »obillighet» som skall krävas för att en vitesdom skall kunna anses hävbar. Jag tror emellertid att det vore mycket otillfredsställande om man i detta sammanhang skulle utföra en gränsdragning som uteslutande toge sikte på rättsreglernas typ. Alla slags rättsregler som kan betecknas såsom tvingande aktualiserar betydelsefulla samhällsintressen, och samhällets organ måste ha möjlighet att i vissa fall aktivt motverka åsidosättande av sådana regler, i andra fall genom passivitet åstadkomma att icke ett åsidosättande av reglerna får några följder för en part som icke frivilligt vill anpassa sitt handlande efter ett rättsstridigt avgörande som faktiskt skett. Och om i vitesfallet avsteget från tvingande rätt är påfallande stort bör det enligt min uppfattning anses motiverat att fränkänna skiljedomen rättskrafts- och exibilitetsverkan — följaktligen att anse den ogill.

Låt oss fortsätta resonemanget genom att anknyta till det fall som jag kallat »entreprenadfallet».¹¹ Vari består närmare bestämt den i förevarande sammanhang relevanta skillnaden mellan detta fall och vitesfallet? Skillnaden torde tydligast framträda om vi tänker oss att byggherren — på motsvarande sätt som den förpliktade i vitesfallet — ursprungligen skulle ha förbundit sig att betala just den summa som skiljedomstolen utdömt. Om så hade skett skulle den givna skiljedomen uppenbarligen ha varit helt i sin ordning: den relevanta skillnaden hänför sig tydligen därtill att entreprenadfallet alls icke aktualiserar någon tvingande rättsregel. Men innebär då detta att den felaktiga domen i entreprenadfallet från samhällelig synpunkt är mindre betänklig än den felaktiga domen i vitesfallet? För en sådan åsikt finner jag ingen motivering.¹² Det förhåller sig blott så att entreprenadfallet aktualiserar delvis andra problem: det synes vara mindre anledning att i detta fall åberopa »den offentliga ordningen»

fallet att en skiljedom gått ut på »Zahlung von Schadensersatz, der auf Grund vorschriftswidriger Preise errechnet ist».

¹¹ Se ovan, s. 211.

¹² Jfr ovan, s. 36 f.

såsom skäl för ett åsidosättande av skiljedomen, det förefaller under alla omständigheter rimligt att hävda att domen icke bör kunna anses ogiltig oberoende av om den klandrats eller icke.¹³ Men bör då en sådan skiljedom som domen i entreprenadfallet över huvud taget kunna försättas ur spel? Bör det anses möjligt att komma till rätta med skiljedomar som innefattar felaktig tillämpning av *dispositiva* rättsregler? Hur skall i så fall gränsen dras mellan sådana skiljedomar som vore att anse som orubbliga och sådana skiljedomar som det vore möjligt att försätta ur spel? Låt oss till en början granska dessa frågor utan att känna oss bundna vid gällande svensk rätt.

En möjlighet vore att man skulle resonera på följande sätt: »Det gäller att komma fram till en regel som innefattar hänsynstagande till två skilda intressen, nämligen *dels* intresset av att en dom, vilken innefattar ett väsentligt avsteg från sådana för rättstillämpningen relevanta direktiv som samfällt givits av parterna eller — därest inga direktiv givits — från gällande rätt, icke skall bli ovillkorligen bindande, *dels* intresset av att skiljeförfarandet icke skall förlora karaktären av ett privat eninstansförfarande till följd av att möjligheten till ogiltighets- eller klandertalan kommer att stå öppen även i normala fall. Om dessa båda mot varandra stridande intressen skall kunna rationellt vägas mot varandra måste man välja en regel enligt vilken det generellt dras en gräns mellan *svåra* och *mindre svåra* rättstillämpningsfel.» — I konsekvens med detta resonemang skulle följande förslag till regel kunna uppställas till diskussion: En skiljedom skall förklaras ogiltig eller på parts talan hävas *om det är uppenbart att domen innefattar väsentlig avvikelse från särskilda anvisningar som givits av parterna eller, därest sådana anvisningar icke givits, från tillämplig gällande rätt.*¹⁴

En sådan regel skulle nära överensstämma med ett förslag som framlagts i äldre norsk doktrin, nämligen av SCHWEIGAARD. Om parterna i skiljeavtalet instruerat skiljemännen

¹³ Se vidare nedan, s. 231 ff.

¹⁴ Jfr *resningsbestämmelsen* i RB 58: 1: »Sedan dom i tvistemål vunnit laga kraft, må till förmån för någon av parterna resning beviljas . . . 4. om rättstillämpning, som ligger till grund för domen, uppenbart strider mot lag.»

om att »kjende efter Lands Lov og Ret»¹⁵ borde enligt Schwei-gaard följa att »en grov og aabenbar Afvigelse fra Lovens Bud af den Beskaffenhed, at ingen Ret kunde have dømt saaledes, maa som en bestemt Overskridelse af Fuldmagten . . . have Kjendelsens Ugyldighed tilfølgge, medens den ikke kan svæk-kes derved, at den i et tvivlsomt factisk eller retligt Spørgs-maal er afsagt efter en Synsmaade, der afviger fra Domme-rens».¹⁶

Mot regler av denna typ kan riktas den obestriddigen träf-fande anmärkningen att de endast på ett synnerligen vagt sätt anger gränsen mellan tolerabla och intolerabla rättstill-lämpningsfel. Finns det då någon möjlighet att komma ifrån denna vaghet genom att ange mer speciella kriterier? — Låt oss knyta an dels till engelsk rätt, dels till ett lösningsförslag som framlagts i senare norsk doktrin.

I *engelsk rätt* fäster man särskilt avseende därvid, huru-vida ett begånget fel är synligt »on the face of the award». Följande uttalande i en auktoritativ kommentar torde kunna anses belysande:

»Where an arbitrator makes a mistake either in law or in fact in determining the matters referred, but such mistake does not appear on the face of the award, the award is good notwithstan-ding the mistake, and will not be remitted. But if the arbitrator states unsound reasons for his decision in the award so that there is a mistake on the face of it, the award may be remitted.»¹⁷

Det finns enligt min mening goda skäl att betvivla att en så-dan regel skulle vara att föredraga framför den nyss upp-ställda. Å ena sidan tycks det mig som om det vore olämp-ligt att anse varje fel »on the face of» en skiljedom såsom intolerabelt — om en ingående motivering ges kan ju lätt ett påtagligt fel smyga sig in utan att skiljedomen fördenskull behöver anses förkastlig. Å andra sidan kan en skiljedom mången gång vara iklädd en oklanderlig yttre dräkt men

¹⁵ Enligt den uppfattning som jag hävdat tidigare (ovan s. 23 och s. 190) borde icke någon åtskillnad göras mellan ett sådant fall och det fallet att skiljeavtalet saknar instruktion beträffande rättsskipningen.

¹⁶ SCHWEIGAARD, Den norske Proces, s. 20.

¹⁷ RUSSELL on arbitration, s. 128. Jfr härtill HJELLE, Frivillig Voldgift, s. 172, angående »Fejl i Slutningsrækken» såsom ogiltighetsgrund.

samtidigt vara uppenbart lagstridig; man kan ha skäl att säga sig att *varje tänkbart resonemang* som kan ha lett fram till domen skulle, om resonemanget redovisats, ha kommit domen att framstå såsom påfallande »bad on its face».

Det i norsk doktrin framlagda förslaget härrör från LINDBOE. Denne författare gör — sedan han konstaterat att »en rekke handlinger, som er belagt med straff når de foretas av en dommer, er straffri når de foretas av en voldgiftsmann»¹⁸ — följande uttalande:

»Det må være berettiget å bruke den kanskje dristige tolking, at ugylldighetsgrunner ikke bare skapes av de handlinger som etter gjeldende lovbestemmelser er belagt med straff, men også — for så vidt voldgiftsmenn, partene, deres lovlige stedfortredere og deres prosessfullmektiger angår — alle de handlingar som ville ha vært straffbare om de var foretatt av dommere eller mot dommere eller 'for retten' under en domstolsak.»¹⁹

Jag tar här blott fasta på detta uttalande i vad avser skiljemännens (voldgiftsmennenes) rättsskipningsmetoder. Är det en rimlig tanke att en skiljedom skulle kunna hävas därest skiljemännens rättstillämpning vore till den grad felaktig att en ordinär domare i motsvarande fall skulle ha kunnat ådömas ansvar för ämbetsbrott? Det ligger nära till hands att antaga att man skulle kunna vinna en viss stadga i rättspraxis genom att på sådant sätt systematiskt sammankoppla tvenne regelkomplex med varandra. Jag betvivlar emellertid att en sådan sammankoppling i detta fall kunde erbjuda några fördelar. Ett ämbetsbrott av en domare torde kunna bestå i »åsidosättande av vilken föreskrift som helst»²⁰ och det måste anses synnerligen oklart under vilka förutsättningar ett sådant åsidosättande kan leda till straffrättsligt ansvar. Något bidrag till preciseringen av det skiljerättsliga regelsystemet skulle man alltså knappast kunna vinna på denna väg.

Låt oss då utgå från att vi måste räkna med såsom ofrånkomligt att varje regel enligt vilken skillnad skulle göras mellan tolerabla och icke tolerabla rättstillämpningsfel måste bli

¹⁸ Jfr, såvitt gäller svensk rätt, DILLÉN i SvJT 1933 s. 27.

¹⁹ LINDBOE, Privat rettergang, s. 147.

²⁰ WELAMSON, Domvillobesvär av tredje man, s. 80.

synnerligen vag. Vi måste då vidare fråga oss om en sådan vaghet är förenad med sådana olägenheter just i förevarande sammanhang — i andra sammanhang nödgas man ju ofta finna sig i att gällande rätt har en mycket vag struktur — att man över huvud taget borde avvisa tanken på att oriktig rättstillämpning skulle kunna betraktas såsom hävningsgrund.

Till belysning av sistnämnda fråga skulle jag vilja anföra följande exempel på hur en domare skulle kunna tänkas resonera därest han i ett skadeståndsmål hade att tillämpa en sådan vag hävningsregel som den nyss till diskussion uppställda:

»Skiljemännen har här utdömt 25 000 kronor i skadestånd. Enligt gällande rätt borde enligt min mening skadeståndet ha beräknats till 10 000 kronor. Grunden för skadeståndets beräkning är emellertid så osäker att jag skulle ha ansett varje belopp mellan 5 000 och 15 000 kronor såsom fullt rimligt. Om en summa av låt mig säga 18 000 kronor utdömts så skulle jag ha ansett domen klart avvika från gällande rätt. Hur stor skall då avvikelsern vara för att kunna anses såsom 'väsentlig': skall gränsen gå vid 20 000, vid 30 000 eller kanske rentav vid 50 000 kronor? Därom känner jag mig högst osäker!»

Om vi antar att det typiskt sett skulle vara att räkna med att domaren hade en sådan osäkerhetskänsla, vilka väsentliga olägenheter skulle vara förbundna med detta? — Klart är till en början att en konsekvens bleve att praxis skulle komma att få en tämligen oenhetlig prägel. Men skulle man också behöva befara att talan om hävning av skiljedomar under sådana omständigheter skulle komma att föras i tid och otid och att skiljeförfarandet därigenom skulle komma att förlora sin karaktär av, normalt sett, eninstansförfarande? För en sådan farhåga tycks det mig icke finnas något fog. Ty det skulle under alla omständigheter te sig utsiktslöst för en förlorande part att föra talan mot skiljedomen i sådana fall där skiljemännen kommit till ett någorlunda rimligt resultat. Regelns vaghet skulle med andra ord icke i och för sig behöva leda till några betänkliga konsekvenser, blott det framstode såsom klart att gränsen mellan väsentliga och mindre väsentliga rättstillämpningsfel i allt fall ginge långt utanför den sektor inom vilken den någorlunda insiktsfulle

och noggranne skiljemannen kunde komma att träffa sitt avgörande.²¹

Resonemanget har nu lett fram till en punkt där ett ställningstagande måste ske. Ställningstagandet kan emellertid tills vidare blott avse frågan huruvida en regel sådan som den till diskussion uppställda på det hela taget kan anses ändamålsenlig. Denna fråga skulle jag för min del vilja besvara jakande. Men detta innebär intet omdöme om gällande rätt. Det innebär icke ens — detta vill jag särskilt betona — någon rekommendation riktad till lagstiftaren, ty det får icke förbises att vi här rör oss på ett område där internationell likformighet är av betydande vikt: hänsyn till betraktelsesätt inom främmande rättssystem kan kräva att svensk rätt accepterar regler som ur en eller annan synpunkt framstår såsom mindre lämpliga. För att vi skall få ökad klarhet om de berörda problemens aspekter de lege lata och de lege ferenda bör vi nu gripa oss an med ett problem som hittills lämnats öppet, nämligen följande: Bör rättstillämpningsfel — om vi nu förutsätter att sådana över huvud taget skall ha relevans — tillmätas betydelse *såsom ogiltighetsgrunder* eller *såsom klandergrunder*?

2) Ett aktstycke som betecknats såsom skiljedom kan stundom ha en sådan form eller ett sådant innehåll att det under inga omständigheter kan tillmätas någon betydelse i rättskrafts- eller exigibilitetshänseende gentemot den part som enligt aktstycket är att betrakta såsom den förlorande: det kan med andra ord förhålla sig så att den förlorande parten icke behöver vidtaga några som helst angrepps- eller försvarsåtgärder för att undgå att få några praktiska nackdelar av »domen». Det vore emellertid uppenbarligen orimligt att inom det skiljerättsliga systemet uteslutande laborera med nullitetsregler: systemet måste därjämte innehålla regler enligt vilka en förlorande part nödgas finna sig i att vissa rättsföljder inträder därest han icke företar åtgärder till sitt fre-

²¹ Det lär ha förekommit att den förlorande parten instämt klandertalan i det särskilda syftet att få skiljedomen bragt inför offentligheten — väl medveten om att hans talan var utsiktslös och att han riskerade att få betala samtliga rättegångskostnader. I ett sådant fall torde domstolen kunna döma till *straff* enligt RB 9: 1.

dande. Låt oss då ta sikte särskilt på *fullgörelsesdomar* och undersöka vilka skilda slag av regler som teoretiskt vore tänkbara. Följande alternativ tycks mig kunna särskiljas:

a) Regler enligt vilka den förlorande parten kan förhålla sig helt passiv. (Om den vinnande parten begär tvångsverkställighet skall verkställighetsmyndigheten avslå hans begäran; kommunikation med den förlorande parten är onödig; om kommunikation trots detta ägt rum får den förlorande parten ingen nackdel av att han underlåter att inkomma med svar.)

b) Regler enligt vilka den förlorande parten kan förhålla sig passiv ända fram till den tidpunkt då han får kännedom om att tvångsverkställighet begärts. (Vid denna tidpunkt måste han, vid risk att verkställighetsförordnande kommer att ges, framställa sina invändningar mot skiljedomen.)

c) Regler enligt vilka den vinnande parten har möjlighet att föra någon form av talan om att skiljedomen skall »stå fast». (Då detta skett — icke förr — måste den förlorande parten vid äventyr av preklusion framställa sina invändningar.)

d) Regler enligt vilka den förlorande parten inom viss tid måste klandra skiljedomen, vid äventyr att klandergrunderna eljest prekluderas.²²

Vilka av dessa regeltyper ingår då i det svenska skiljerätts-

²² Såvitt gäller *fastställelsesdomar* skulle de motsvarande alternativen bli följande:

a) Regler enligt vilka den förlorande parten kan förhålla sig helt passiv. (Om den vinnande parten i en senare rättegång eller i ett senare skiljeförfarande åberopar sig på skiljedomens rättskraft så skall intet avseende fästas härvid.)

b) Regler enligt vilka den förlorande parten kan förhålla sig helt passiv ända fram till den tidpunkt då den vinnande parten åberopar sig på fastställelsesdomens rättskraft. (Vid denna tidpunkt måste han, vid äventyr att rättskraftsverkan kommer att anses föreligga, framställa sina invändningar mot skiljedomen.)

c) Regler enligt vilka den vinnande parten har möjlighet att föra någon form av talan om att skiljedomen skall »stå fast». (Då detta skett — icke förr — måste den förlorande parten, vid äventyr att rättskraftsverkan inträder, framställa sina invändningar.)

d) Regler enligt vilka den förlorande parten måste, därest han vill förhindra rättskraftsverkan, klandra skiljedomen inom viss tid.

liga systemet? UL 46 §, jämförd med SkmL 20 §, ger tydligen föreskrifter av typerna a) och b) — gränsen mellan dessa båda typer kan icke anses klart utstakad. Vidare framgår av sagda bestämmelse i UL, jämförd med 21 § SkmL, att vi begagnar oss av regler av typen d). Men innehåller då svensk rätt någon regel av typen c)? Härpå torde kunna svaras att de ogiltighetsgrunder som omnämnas i 20 § SkmL under vissa förutsättningar kan underkastas domstols prövning medelst fastställsetalan, varigenom den förlorande parten kan tvingas att redan innan verkställighetsfrågan aktualiseras skjuta fram sina försvarsmedel,²³ men att svensk rätt, i motsats till exempelvis tysk rätt,²⁴ i övrigt icke innehåller några regler av typen c).

Jag skall icke här diskutera det svenska systemets lämplighet i största allmänhet, ej heller skall jag ta upp den viktiga frågan om gränsdragningen mellan nullitets- och klandergrunder²⁵ till generell behandling. Jag skall blott, i anknytning till det tidigare sagda, ge några synpunkter de lege lata och de lege ferenda på spørsmålet huruvida *rättstillämpningsfel* bör kunna betraktas såsom nullitets- eller klandergrunder.

Först skulle jag då vilja fastslå såsom oomtvistligt att svårighetsgraden hos rättstillämpningsfel kan variera i mycket betydande mån. Med hänsyn härtill kan man icke utgå från

²³ Se NJA 1936 s. 194 (yrkande hos domstol om att skiljedom måtte fastställas såsom verkställbar upptogs till prövning utan att hänvändelse till överexekutor förut skett). Jfr NJA 1933 s. 649 (motsvarande ställningstagande i fråga om utländsk skiljedom). *Negativ* fastställsetalan — yrkande om att skiljedom måtte förklaras ogiltig — har prövats i en mängd rättsfall; se t. ex. NJA 1953 s. 751.

²⁴ Enligt tysk rätt måste en skiljedom, för att tvångsverkställighet skall kunna ske, först ha förklarats »vollstreckbar» av domstol (ZPO § 1042). De »Aufhebungsgründe» som den förlorande parten kan vilja göra gällande prekluderas icke förrän i och med att »Vollstreckbarerklärung» givits (möjlighet att åberopa vissa *resningsgrunder* kvarstår även efter denna tidpunkt). Att märka är att »Antrag auf Vollstreckbarerklärung» kan ske även i det fallet att skiljedomen är en fastställsetal (SCHÖNKE, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, s. 454): den vinnande parten måste även i detta fall ha möjlighet att åstadkomma preklusion av den förlorande partens hävningsgrunder.

²⁵ Se NJA II 1929 s. 45 ff. Märk även de skiljaktiga åsikterna i rättsfallet NJA 1953 s. 751.

att rättstillämpningsfel skall — om de över huvud taget skall anses relevanta — hänföras *antingen* till nullitetsgrunderna *eller* till klandergrunderna. Jag skulle rentav vilja hävda att det fördelaktigaste vore att begagna ett system enligt vilket en viss grupp av fel — ordre public-fallen — vore förenade med rättsföljden nullitet och en annan grupp av fel — sådana fel som kunde hänföras under den tidigare diskuterade regeln — kunde föranleda till skiljedomens hävande endast under förutsättning av klandertalan inom viss tid. Jag tror nämligen att vissa nackdelar måste bli förenade med varje system som blott begagnar sig av endera typen av regler. Om man blott har nullitetsregler löper man antingen den risken att dessa regler — om de är snäva — ger alltför små möjligheter till ingripande, särskilt till ingripande mot avgöranden som strider mot tvingande rätt, eller den risken — om reglerna är vittfamnade — att givna skiljedomar ej i tillräckligt hög grad kan fylla sin uppgift såsom stabiliseringsfaktorer. Om man däremot blott begagnar sig av klanderregler så blir konsekvensen att en parts passivitet kan få följder som i ett och annat fall kan framstå såsom helt orimliga.

På tidigare anförda skäl skulle jag vilja hävda att det enligt gällande svensk rätt finns möjlighet att i alldeles exceptionella fall — fall som, får man hoppas, saknar nästan all praktisk betydelse — betrakta rättstillämpningsfel såsom *nullitetsgrunder*. Vore det lämpligt att dessa möjligheter utvidgades? Denna fråga bör enligt min mening besvaras med ett klart nej. Om över huvud taget en utvidgning av möjligheterna till skiljedomars försättande ur spel bör ske, så bör denna utvidgning ske medelst en förändring av klanderreglerna.²⁶

Låt oss då komplettera det tidigare debatterade regelförslaget genom att knyta an till SkmL:s 21 §. Förslaget skulle få följande utformning:

På parts talan (tidsfrist: 60 dagar efter delfåendet) skall skilje-

²⁶ Jfr, med avseende på finsk rätt, TIRKKONEN, *Skiljemannaförfarandet*, s. 145 f. — Det bör i detta sammanhang observeras att den i RB 58: 1, 4., givna resningsgrunden (». . . rättstillämpning, som ligger till grund för domen, uppenbart strider mot lag.») enligt RB 58: 4 måste göras gällande inom viss tid (6 månader) från det domen vunnit laga kraft.

dom av domstol hävas om det är uppenbart att domen innefattar väsentlig avvikelse från särskilda anvisningar som givits av parterna eller, därest sådana anvisningar icke givits, från tillämplig gällande rätt.

Kan en sådan regel anses förenlig med nu gällande svensk rätt? Enligt min mening måste denna fråga besvaras nekande, eftersom det tycks mig ofrånkomligt att en regel av denna typ icke kan accepteras utan klart stöd av lag. Bör då lagstiftaren gå i författning om att införa en sådan regel? Härpå skulle jag vilja svara att detta i varje fall icke bör ske annat än efter överbäganden vilka tar sikte på den internationella samfärdsels krav. Om regeln skulle stöta på betänkligheter i länder med vilka vi har affärsförbindelser så skulle detta kunna medföra den nackdelen att det bleve svårare för svenska affärsmän att få till stånd skiljeklausuler med föreskrift om skiljeförfarande efter svensk rätt.²⁷ Nu förhåller det sig visserligen så, vilket torde ha framgått av det sagda, att man åtminstone i en del främmande rättsordningar faktiskt begagnar sig av regler enligt vilka grova rättstillämpningsfel kan få relevans såsom ogiltighets- eller klandergrunder, men det är möjligt att en lagbestämmelse som uttryckligen uppställde klandergrunden »väsentlig avvikelse från gällande rätt» dock skulle komma att möta motstånd. Över huvud taget synes det förhålla sig så att de nu behandlade problemen lämpligen bör diskuteras på ett internationellt plan. Skiljeförfarandet har särskilt stort värde såsom medel för slitande av tvister i vilka personer av olika nationaliteter är engagerade. Riktlinjerna för de skiljerättsliga problemens lösning bör därför i största möjliga utsträckning fastställas genom internationella överenskommelser.

²⁷ Ang. vissa hithörande problem se GRÖNWALL i SvJT 1939 s. 369 ff.

S U M M A R Y

My plan was originally to give a broad treatment of problems concerning arbitration procedure. I soon found, however, that many of these problems could not very well be investigated except along with a theory on the arbitrators' methods of law application. In this work, therefore, I have put problems which have reference to law application into the foreground. Questions of other kinds have been treated only so far as they have seemed to bear on matters that belong within the main scope of the study.

The first chapter (pp. 15—76) is intended to give some general points of view on arbitration as an alternative to litigation.

Under the first two §§ (pp. 15—29) the reasons are investigated that make businessmen and others prefer arbitration to litigation. It is stated that these reasons cannot be generalized: in most cases the parties rely on arbitration because they prefer some kind of alternative procedural arrangement (higher speed, secret procedure, no need for the parties to appear personally, only written documents, conferences held in a foreign language etc.), sometimes they prefer some kind of alternative way of solving the question in dispute. It is stressed that cases of the last-mentioned type should not, even if they were more frequent (in Sweden they occur very rarely, if at all), be taken as arguments for a general policy according to which the arbitrators were to set the strict law aside when making their awards. Preliminarily the following thesis is put forward (p. 23): The principal rule ought to be that the arbitrators give judgement strictly according to law; from this rule exceptions should be made only if the parties have given mutual instructions to the arbitrators about some specific kind of alternative method for the deciding of the case (N. B. a specific instruction, not an instruction of a vague character), or if the parties have given mutual prescriptions about such procedural arrangements as make strict application of law wholly or nearly impossible (award to be given within a very short

time etc.). In the following sections this thesis is discussed from various points of view.

Under § 3 (pp. 29—35) an opinion is criticized, the gist of which is that arbitration has a certain »nature» wherefrom can be inferred that the arbitrators have to make use of other kinds of arguments than those which are employed by ordinary courts. It is pointed out that it is of very little use to try and find some kind of »common denominator» to arbitration: arbitration can range from something that is almost exactly like litigation to something that has very little to do with the administration of justice: in any case it is quite wrong to use opinions about the nature of arbitration as arguments for one or the other solution of the problems here discussed. Further is debated the theory according to which arbitration has a special significance as being founded upon »the will of the parties». The opinion is asserted that this theory cannot explain any specific difference between arbitration and litigation; it may even happen that two parties agree not to make use of an arbitration clause, their actual »will» being that the case shall be decided by an ordinary court. But under these circumstances, would we not be well advised to concentrate on the reform of litigation instead of furthering arbitration, which would appear to be only a poor substitute?

Under § 4 (pp. 35—42) reasons are given why a negative answer should be given to this question. The distinction between arbitration and litigation refers to terminology and to law making technique. It would not, of course, be impossible to establish rules for »litigation» that would cover all kinds of alternatives that we now consider as belonging to arbitration. But it would be utterly impractical to do so. For any community that is apt to regard the wants of free commercial life and that wants a not overcomplicated ordinary law of procedure, arbitration is a necessary institution. But its importance is dependent, among other things, on the structure of the »ordinary» court organization.

Under § 5 (pp. 42—76) some suggestions are made concerning the organization of ordinary legal procedure in Sweden.

The second chapter (pp. 77—164) concerns the question: What methods should the arbitrators use in deciding their cases?

After some preliminary remarks (under § 1, pp. 77—79) it is discussed (under § 2, pp. 79—95) what can reasonably be meant by »strict application of law». By »application» should be meant a way of acting that is determined by knowledge — knowledge of »law». But what can be meant by law? It cannot be said that »law» is such and such just because a statute that has been duly promulgated and has not been annulled contains a certain phrase (the statute can for instance be obsolete), because the supreme court has acted in a certain way or has used certain wordings in a judgement (the court can have acted or spoken contrary to »law») or because some author has given an opinion about what is, according to him, valid law. What can, then, be meant by law? It has been held that a statement about the contents of the law has an acceptable meaning if the statement can be regarded as a prediction of what decision would be given if a certain case at the present time were brought to a judge's consideration. But if such is the case, how could one use law as an argument? It does not seem possible that a judge could increase his knowledge through referring to another, imagined, judge. Is the conclusion, as some writers have stated, that there is no such thing as law? Is it a fact that we only have a disparate collection of »sources of law» (statute phrases, wordings in supreme court cases, actual customs in the society and so on) and nothing else? As an answer to these questions the following thesis is presented (p. 90): By strict application of law should be meant a way of acting that is based upon knowledge of (a) the so called »sources of law» (b) a system of principles according to which these sources are differently »weighted». The weighting principles apply primarily to »written law» and secondarily to supreme court practice (they might as well, but may not necessarily, apply to special kinds of doctrine). If any such »source» is relevant it does not follow that other kinds of knowledge become irrelevant — the judge cannot make a distinction between relevant and irrelevant parts of know-

ledge that from a common sense point of view may seem to be relevant to his acting — but it follows that judgement should be given in accordance with the written law (the supreme court practice) if other kinds of knowledge do not give extraordinarily good reasons against such a judgement.

Under §§ 3 and 4 (pp. 95—119) the mentioned thesis is confronted with current opinions about »interpretation of law» and about »valuations» of the judge. It is stressed that while interpreting law we should not disregard the distinctions between different »sources of law». It is, for instance, not recommendable to say: »As follows by the supreme court decision in the case... the meaning of this statute is...». If we want methods of law application that are as far as possible exact and that give as much room as possible for scientific reasonings we ought to distinguish very strictly between different kinds of arguments. We ought to say: »Here is the problem. What knowledge do we have? How are different parts of that knowledge to be 'weighed'? What solution of the problem is the 'right' one when we consider the result of our weighting?» — The judge ought to let himself be influenced by one valuation, and one only: »I shall as far as possible let myself be guided by my knowledge.» It is, of course, a fact that the judge's knowledge is often very limited. But from that does not follow that any reservations should be made against the opinions now presented. We just have to be reconciled to the fact that often two different ways of solving a problem can both be reasonable. We also have to consider the fundamental difference between the judge's own valuations (»This is, in my opinion, agreeable») and his *knowledge about* valuations that are current in the community (»People generally find it hard to...»). Knowledge of the latter kind is to be regarded but is to be »weighed» lower than knowledge of written law and case law.

The theory now indicated makes it possible to distinguish between different kinds of alternatives to what has here been called »strict application of law». Some similar alternatives are discussed under § 5 (pp. 119—153).

After some introductory remarks (under A) an alternative

is treated (under B, pp. 130—136) that can be said to mean: Arbitrators are free to give judgement against the law! Here comes into consideration the institute *amiable composition*. An *amiable compositeur* is supposed to be allowed to *puiser dans l'équité* and, in so doing, find arguments for his decision. But what is *équité*? Nobody seems to have been able to explain that. And if such is the case this institute (which is quite unknown in Swedish practice) should be discarded. The parties can have no valid reason to say to their arbitrators: »We want you to decide this case in whatever way that seems agreeable to you.» If they so say the arbitrators should comment: »In that case we will, of course, decide according to the law; if you want us to make use of any alternative method you have to specify that method to us!» — It is further opined that the institute *amiable composition* should be discarded not only from the written law but from arbitral practice on the whole. If we just »keep silent» about the question the danger is that in countries where *amiable composition* is now frequent there would be a general adaptation downwards. It might, for instance, be said that the arbitrators ought to try to find a middle way between law and *équité*. But how could we find the middle way when one of the other ways — the way of *équité* — has not been mapped out?

If these critical opinions are accepted the following questions arise: How can alternative methods be specified? What alternatives can have practical value? Under what circumstances ought the arbitrators to make use of such methods? — It follows from the above mentioned theory that any alternative method must refer to the compact of knowledge on which the award shall be based. It might be said that the award shall be based on *more* or *less* knowledge than what is usual when »law» is strictly applied. It might also be said that the principles of weighting shall be other than those which are used by ordinary courts. These propositions are used as skeleton for the investigation under C. — E.

C. (pp. 136—139) The ordinary judge is supposed to use, *ex officio*, law as argument for his decisions. But it is, of course, not possible to say exactly how far he has to go to

gain knowledge of the law. On the other hand it would surely be an unmotivated insinuation against the ordinary courts if it were suggested that an instruction to the arbitrators to apply the law »very strictly» would be of significance. But some kinds of arrangements — for instance arrangements about the constitution of the arbitral court or arrangements about specially exhaustive pleadings — may have as result that the award can be based on exceptionally good knowledge.

D. (pp. 139—140) The parties can have no direct interest in a method by which the award would be based on an extraordinarily small foundation of knowledge. But they may wish a specially quick or a specially cheap procedure and may have reason to accept the disadvantage, necessarily combined herewith, that the award must be based on summary knowledge. Such a wish ought to be respected within reasonable limits but the consequence is not that the arbitrators should judge without regard to the law: they should give an award that agrees as well as possible with all the legal knowledge that the arbitrators have had opportunity to collect.

E. (pp. 141—152) Alternative weighting principles could, theoretically, be of unlimited number. Let us, however, consider only some alternatives which might have importance in point of principle or in practice.

The so called »juridical» sources of law could be weighted in a way out of the ordinary. It could, for instance, be contended that one kind of written law shall be weighted higher than other kinds, that one kind of case law shall have exceptional importance or that one kind of doctrine shall be as definite a guide as if it had been included in the written law (the last kind of instruction might be of practical importance in cases where a new written law is proposed but not yet in force). Instructions of these types — on the whole they seem to have little practical importance — should be followed by the arbitrators if the instructions do not seem quite unreasonable (in which case strict law should be applied notwithstanding the instructions).

The »juridical» sources of law (written law, court practice

and doctrine) could be weighed lower than other kinds of knowledge (pp. 142—152) — it is here that the most important problems arise. How could then »other kinds of knowledge» be specified? Three possible theories are mentioned. 1) The arbitrator could use a *de lege ferenda*-method — he could, that is to say, give his problem a solution that coincides with his opinion about what a written law would have stipulated, if the legislator had had opportunity to take regard to present conditions. This theory is, however, refuted. Such a method would be quite too vague. In the hands of careful arbitrators it would have very little importance as an alternative to the strict-law method; in the hands of less careful persons it would be extremely dangerous. 2) A method according to which the arbitrators on one hand should take the law for guidance in cases that could be considered »typical» under the law but on the other hand would be allowed to compromise in non-typical cases (deviate, according to existing »feelings of justice» in the community, from the pattern »all or nothing»). But if such a method were to be used, should it apply also to special stipulations in a contract that may have been agreed on by the parties? That seems hardly suitable, for what reasons could the parties have to deviate from stipulations that they have just given? Possibly it could be said that the method ought to be applied only to points that the parties did not touch upon in their agreement. But if so, the parties could not make use of the technique according to which a contract refers only to points on which the parties like to deviate from dispositive law; the parties would under those circumstances be wise to point out also those dispositive rules that they wanted to have strictly taken into consideration. And would that not be utterly impractical? And is it not a fact that the greatest dangers are those which cannot be foreseen when the contract is made? Is it not therefore dangerous to give instructions by which an alternative, non-exact, method is to be applied specially to problems of this kind? 3) The arbitrators could take regard specially to such points of view that we usually call »humanitarian». But why should such points of view be deemed more important in arbitra-

tion than in litigation? A possible answer is that arbitration plays its part in secrecy and that, as such is the case, there is little danger that an application of humanitarian points of view might loosen the regularity of commercial life. But such arguments are certainly dubious. What we are searching for is methods that are, in fact, to be used by the arbitrators, and secrecy about the cases where these methods are applied cannot lessen any misgivings.

Under F. (pp. 152—153) is questioned whether the problem has not other aspects when it comes to cases where the dispute between the parties is quite well defined at the time when they agree to rely on arbitration. Suppose that the parties in such a case say to their arbitrators: »You may, if you like, disregard the law.» Should not the arbitrators in such a case allow themselves to give whatever kind of award that seems to be »just» from a common sense point of view? It is considered that this question ought to be answered in the negative. The arbitrators should interrogate the parties and so make clear what the point in dispute actually is. On this point, the law should be applied strictly. It is not suitable that the arbitrators take on their own responsibility to deviate from the law; in some cases this can even be very serious. An example:

A building-contractor has made heavy losses on a certain venture. The representatives of the builder — a community — want to give him compensation but dare not take the responsibility for a payment that has no foundation in the contract. So an arbitration is arranged. The representatives of the community do not commit themselves to any specific sum of money but say to the arbitrators: »You may well give an *amiable composition*.» The building-contractor gets the money he wants. The amount can be noted in the books of the community as »payment under arbitral award».

Under § 6 (pp. 153—164) are treated some further implications of the theories here mentioned.

The third chapter (pp. 165—235) mainly concerns the following question: How is arbitration to be arranged if we want as reliable guarantees as possible for a high standard of law application and at the same time do not want to endanger the possibility of obtaining, through arbitration, quick, private and definite settlements of disputes?

Under § 1 (pp. 165—184) different ways are mentioned in which an arbitral court can be established. It is suggested that arbitral clauses should as a rule contain special regulations about the appointment of arbitrators so that we can avoid the unsatisfactory practice according to which arbitrators are nominated by parties already involved in, and often stirred up by, actual conflict.

§ 2 (pp. 184—200) concerns procedural questions that arise at the outset of the arbitration. It is suggested that from the beginning it should be made quite clear what methods of judging are to be used by the arbitrators. If the parties do not both agree upon any specific and allowable alternative method — for instance a summary method (*vide supra* p. 241) — the arbitrators ought to declare without uncertainty that they are going to apply the law strictly. Sometimes this can make one of the parties withdraw the case. (It happens that the parties have quite misunderstood the purpose of arbitration: »As a matter of fact I have not claimed duly, but this is arbitration, isn't it?»). It is also suggested that the arbitrators ought not to endanger their position as impartial judges through acting as mediators. They should, however, arrange the arbitration in such a way that undue agitation among the parties is avoided. That, in turn, may make it easier for the parties to make up the case among themselves.

§ 3 (pp. 201—235) concerns some questions which have reference to the possibilities of disputing arbitral awards. Some of these questions are of interest only under Swedish law and will not be mentioned here.

Under C. (pp. 207—235) is debated whether incorrect application of the law ought to be considered as a valid reason for setting aside an award. Such a rule would, of course, quite effectively bring about a high standard of administration of law. But it would at the same time, at least if it were to be applied without exceptions, make it impossible to rely on arbitration as a means of obtaining quick and private settlements. In most countries (also in Sweden) it is considered that an award cannot be set aside merely because the arbitrators have wrongly applied the law; there must be

some kind of mistake that concerns the »procedure». But such a distinction actualizes many difficulties. It is first to be noted that the interests of the parties mainly refer to answers that the arbitrators have given to questions of law. If, for instance, the arbitrators have quite wrongly found for the plaintiff in a large sum of money, what consolation can the defendant find in the fact that the procedure may have been quite correct? It should also be taken into consideration that the distinction between faults in procedure and faults in application of law is a very difficult and hazardous one. Where, for instance, do faults concerning *res judicata* belong? (Is it reasonable on one hand to set aside awards that do not agree with judgements given earlier, and on the other hand to neglect to set aside awards that do not at all agree with quite clear contracts; is it not necessary that contracts, as well as judgements, shall play dominant parts as stabilizing factors?) And where does belong an error consisting in a refusal to receive certain kinds of evidence? On one hand this certainly seems to be an error that concerns procedure. On the other hand the arbitrators cannot reasonably be forced to receive evidence that is, in their view of the law, completely irrelevant. After a discussion of some length the following rule is put up for consideration (p. 234): »An arbitral award is to be set aside by the court if it is *evident* that the award *fundamentally* disagrees with instructions that have been given by the parties or, such instructions failing, with applicable law.»

Such a rule would contain a reasonable compromise: it would be possible to set aside awards in cases where grave errors have occurred (the arbitrators may have been bribed, though this cannot be proved); it would, on the other hand, be impossible successfully to dispute awards that are at least fairly reasonable. It would, of course, be necessary to combine such a rule with a stipulation about a narrow time limit — the suggestion is that protest should be entered within 60 days from the time when the party received knowledge of the award (Swedish law does not prescribe any kind of deposition of awards).

The work is concluded by the remark that neither a rule

of the last-mentioned kind, nor any other important innovation, ought to be put into effect except after being considered on the international level. Arbitration has special importance as a means of settling disputes between parties of different nationalities. Uniformity of arbitration is highly desirable.

INDEX

Advokatverksamhet 25 26 36
 AGGE 96 102
 AHLANDER 102 114
 AHRNBORG 56 73 74 177
 Aktenversendung 187
 Aktiebolag 50
 ALEXANDERSON 145
 ALLORIO 34
 ALMÉN 90
 American Arbitration Association 47 193 200
 Amiables compositeurs 130—
 135 188 190 201
 Analogi 101 106 109 110
 Appel 130 131 133
 Arbetsdomstolen 17 163
 Arrendelagen 171
 AUGDAHL 79
 Avsägelse, se Skiljemannauppdrag
 Avvisning av talan 200, 217—
 219
 BAGGE 132
 BARRE 170
 Behauptungslast 157
 BEHM 145
 Bekantskapsförhållande 165
 166 179
 BERGENDAL 223
 BERGH 198
 BERGLUND 28 31 41 51 65 121
 203
 BERGSTRÖM 17
 Bevisbörda (-skyldighet) 16
 157 158 216
 Bevisfråga 156
 Bevismaterial 159 160 169
 214
 Bevisupptagning 74 78 185
 204 217
 Bevisvärdering 115 146 147
 159 216
 Billighet 13 14 20 21 29 30
 45 75 121 122 125 134 148
 151—153 188 190 192 221

BOËTHIUS 177
 Bolagsordning 50
 Bristfällig rättslig utredning
 192 217
 Bundenhet, skiljemännens 77
 119 124 133
 Byggnadsstyrelsen 45

CASSEL 198
 Checkmål 43
 Clause compromissoire 59 131
 CONRADT 128 178
 CONRADY 77 100 123
 CUCHE 59

DANIELSSON 115
 De lege ferenda-metod 143 173
 Deldom 204
 DENNEMARK 129
 DILLÉN 13 22 24 27 28 41
 66 73 77 121 122 124 138
 181 190 216 229
 Direktiv, betydelsen av ter-
 men 89 104
 Domskal, se Motivering till
 skiljedom
 Domslut 198 199 215
 Droit au fond 155

ECKHOFF 81
 Editionsföreläggande 50
 EKDAHL 187
 EKEBERG 69 70
 EKELOF 16 49 73 84 85 92 99
 103 104 144 148 149 154 155
 157—159 162 185 198 199
 219
 EKLUND 53 58
 Ekonomisk förening 50
 ENGSTRÖMER 32
 Entreprenad 45 152 192 211—
 213 226 227
 Équité 131—133
 Ersättning till skiljemän 22
 187 196

- Exekutionstitel 32 38 175 198
 202
 Exigibilitet 30 32 193 198 208
 226 231
 Extraordinära rättsmedel 65
- Fastställelseedom (-talan) 206
 220 221 232 233
 FEHR 42 171 181
 Flygförvaltningen 45
 Formell processledning, se
 Processledning
 Formell rätt, se Processuell
 rätt
 Forumregler 53 71 72
 Fristående imperativ 89
 Fullgörelseedom (-talan) 32 38
 175 198 232 233
 Förarbeten, lagens 83 85 87
 88 90 100 102 103 113 204
 206 207 224
 Förberedelse 74 78 185 201
 Förfarandet, dess relation till
 rättstillämpningen 120
 153—164 208—211 221
 Förlikning 27—29 32—34 127
 128 152 186 187 193 194
 Förlängning av tid 22 140 189
 Förslagslista beträffande skilj-
 män 170
 Försvarsdepartementet, där-
 under lydande förvaltnings-
 myndigheter 45
 Försäkringsbrev 174
 Förtroendemän, skiljemän så-
 som 29 153 165—173 179
 195
- Generellt avfattade lagbestäm-
 melser 110
 GIHL 82 86 98 132
 Goda seder, se Ordre public
 GORPHE 132
 Grunder, ett lagrums 100 101
 Grundlagarna 95
 GRÖNWALL 235
 GULDBERG 99
 Gällande rätt(sregel): analys
 av begreppet 81—94, för-
 slag till definition 90 91,
 såsom föremål för »tolk-
 ning» 95 96
 GÄRDE 32 52 65 103 136
 Gärning, begreppet 104
- HÄFFNER 144
 HAGBERGH 50
- Handelskammare 27 47 132
 169—171 193 194 200 201
 Handelsmål 43 51—55 68 72
 HASSLER 13 43 65 168
 HEDENIUS 94 114 115
 HELLNER 91 111 148
 Hemlighet 22 23 36 43 73 74
 149 150
 HJEJLE 61 65 120 121 152
 222 228
 HOLM 19 145
 Hovrättsting 70
 HULT 92 105 111 144 157 225
 HULTMAN 14
 Humanitära synpunkter i
 rättsskipningen 148—151
 173
 Huvudförhandling 78
 Hyreslagen 171
 HÄGERSTRÖM 100
 Hänvisningsteknik 126 129
 Hävande av skiljedom 18 77
 122 130 192 204—235
- Imperativ 89 220
 Indispositiva mål 36 37 71
 Inhibition 50
 Innebörd, lagens 101—106
 Instansordningen 57 69
 Integritet, skiljemannens 172
 197
 Inter-American Commercial
 Arbitration Commission 47
 Interimistisk prövning 50
 Internationell reglering av
 skiljeförfarandet 132 135
 231 235
 Internationella handelskam-
 maren 27 47 132 193 194 201
 Internationella skiljedomsto-
 lar 165
 Internationella tvister 35—38
 235
- Juridiska rättskällor, speciella
 vikttningsprinciper för 141
 142
 Jämkning av vite, se Vite
 Järnvägsstyrelsen 45
 Jäv mot skiljeman 168 177
 178 182 196 213 214
 KALLENBERG 29 30 33 59 60
 124
 Kamouflerad förlikning 152
 KARLGREN 102 145
 Kasuistiska lagbestämmelser
 110

KELLOR 193 200
 KERN 187
 Klander av skiljedom 36 77
 121 122 124 192 197 199
 203—235
 Kodifiering 91
 Kollegial domstol 162 163 169
 Kollisionsrättslig hänvisning
 129
 Kommerskollegium 52 56 72
 Kommunikation 174 175 180
 181 232
 Kompromiss 26 28 29 45 145
 147 193 194
 Kontradiktorisk princip 30
 208—210 217
 Kostnader 22 39 49 50 63
 140 186 187 191 192 196
 197 201 209 231
 Kristidsförfattningar 95
 Kvalifikationer, skiljemännens
 40 173—177 182—184
 Kvarstad 50

 Lagmotiv, se Förarbeten
 Lagrådet 53 58 59 62 65 224
 Lagskrivningsteknik 40 110
 LAWSKI 53 58
 Legal bevisteori 146
 Legalt skiljeförfarande 31 42
 Lekmän såsom skiljemän 36
 79 138 139 175—177 191
 192 200
 LENT 165
 LIENHARD 225
 LINDBOE 31 120 121 173 201
 206 229
 LINDHAGEN 67 199
 Luckor i lagen 109
 Luckor i rätten 109
 Lucrum cessans 187
 LUNDSTEDT 49 82 85 91 109
 115
 Länsstyrelsen i Gävleborgs
 län 174 175
 Länsstyrelsen i Skaraborgs
 län 184

 Majoritetsprincipen 162
 MALMSTRÖM 52 102
 MARX 132 134
 Materiell processledning, se
 Processledning
 Materiell rätt 13 14 58—61 77
 78 119—121 124 154—158
 216 222 224
 Materiellrättslig hänvisning
 129

Mellandom 204—206
 MINOLI 34
 »Monica Smith» 105 186 198
 Motiv, lagens, se Förarbeten
 Motivering till skiljedom 45
 133 162 197—200 211 215
 228
 Muntlighet 36 73 74 185
 MUSSFELD 190 199
 Mutor 214

Natur, bevisbörderegler
 157
 Natur, skiljeförfarandets 14,
 29—32
 Natur, skiljemannaavtalets
 168
 Negativ fastställelsetalan, se
 Fastställelsetalan
 Negativ rättskraft, se Rätts-
 kraft
 NIAL 18 129
 NISELL 50
 Normer 82 83 225
 NORRMÉN 130
 Nullitet 231—234
 Nya lagberedningen 204
 Nyanseringsmetod 144—148,
 161 173
 Nämndemansdom 19 149

Obiter dicta 124
 Odelbarhet, skiljedomstolens
 195
 Offentlig ordning, se Ordre
 public
 Offentlighet 36 73 74 231
 Oförstånd, risken för utfästel-
 ser i anledning av 62—66
 Ogillande av talan 219
 Ogiltighet, skiljeavstals, se
 Skiljeavtal
 Ogiltighet, skiljedoms 77 127
 197 199 204—235
 OLIVECRONA 13 78 80 82 86
 89 157 200 218 220
 Omröstning 161—163
 Opposition en nullité 131
 Ordförande, skiljedomstolens
 175 176 183 185 195 204
 Ordre public 129 199 216
 222—226 234
 Oriktig dom, problemet därom
 i diskussionen kring »gäl-
 lande rätt» 94
 Orubblighetsprincipen 220

- Partiskhet, skiljemans 45 161
 166—170 197
 Partsinställelse 36 74
 Patentmål 43
 Plädering 160 172
 Positiv fastställsetalan, se
 Fastställsetalan
 Positiv rättskraft, se Rätts-
 kraft
 Prejudicerande verkan, skilje-
 doms 149 153 198
 Preklusion av klandergrunder
 232 233
 Preskriptionsregler 93 133
 Prestigesynpunkter 26 27 66
 67
 Presumption 190
 Prisregleringslag 225
 Privatstraff 16
 Processkommissionen 52 57 68
 71 105 204
 Processlagberedningen 53—59
 65 68 70—73 127 204
 Processledning 153 176 183—
 192 204 218
 Processuell rätt 30 77 78 157
 Processuella rättigheter 59—
 62 66
 Prorogation 33 51 57 69 72

 Ramen för skiljeförfarandet
 184 214
 Ratio decidendi 68
 Regeringsformen 95
 REIMER 190 199
 Requête civile 130 131
 Res judicata, se Rättskraft
 Resning 227 233 234
 Riksåklagarämbetet 104
 ROBERT 59 131—133 201
 Ross 82 83 89 98 108 111 113
 RUSSELL 228
 Rättegångshinder 17 24 64
 180 189 198 217
 Rättighet 125 152 168
 Rättsfråga 139 156—158 218
 Rättskraft 30 32 38 175 176
 198 208 218—220 226 231
 232
 Rättskällor 85 88 90—92 112
 Rättskänsla 144 145 147
 Rättsmedel 57 154 201—235
 Rättsnormer 82 83
 Rättsregel, se Gällande rätt(s-
 regel)
 Rättssats 91 122 124
 Rättsskapande, domarens
 verksamhet såsom 109

 Rättssäkerhet 49 50 60 61
 63—66 71 146 200
 Röstberäkning, se Omröst-
 ning

 Sakframställning i skiljedom
 198 199
 Sakfråga 156—158
 Sakkunniga, tillkallande av 43
 138 140 154 160 177 186 188
 191 192
 Sakkunskap inom skiljedom-
 stol 47 75 137 163 174—177
 179 180 201
 Sanktioner 15—19 22—24 77
 116 130 133 171 210
 Sanningsförsäkran 50 74
 Sannolikhet 115 157 158 210
 213 215
 SAYERS 176
 Schiedsgutachter 123
 SCHLYTER 51
 SCHMIDT 81 89 113
 SCHWEIGAARD 227 228
 SCHÖNKE 33 51 77 121 132
 134 136 169 178 201—203
 205 206 221 223 225 233
 Sedvanerätt 89—91
 Sekreterare åt skiljedomstol
 176 187
 Sjörättsmål 43 51—55 72
 Skadestånd 16 17 77 145 161
 162 183 204 214 230
 Skandinaviska arbitrage-kam-
 maren för hudar och skinn
 47 48 202
 SKARSTEDT 50
 Skiljeavtal (-klausul), giltig-
 het av 18 127 128 161 178
 189 208 211 212
 Skiljeavtal (-klausul), tolk-
 ning av 110
 Skiljedomsinstitut 47 48 169—
 171 176 177 189 200—202
 Skiljemannaavtal 168
 Skiljemannauppdrag, avsä-
 gelse av 183 187 192 196 197
 Skiljemannauppdrag, åta-
 gande av 167 172 173 200
 Skriftlighet 36 72 74 75 185
 Snabbhet 22 23 43 48 56 63
 75 140 182 186 200
 Specialdomstol 38—40 55
 Specialprocess 42 43
 Stadgar, ekonomisk förenings
 50
 Statliga verk 45 171
 VON STEYERN 162

Stockholms handelskammares
skiljedomsinstitut 169—171
200

Straffrättsliga aspekter 16 77
150 197 229 231

STRAHL 83 84 89 92 105

Subjektiv lagtolkning 112 113

Summarisk rättsskipning 140
160 186 188 189 191 192

Suppleanter för skiljemän 170
Sveriges skiljenämnd för
spannmåls- och foderämneshandeln 47 200 202

Sveriges tekniskt-industriella
skiljedomsinstitut 47 170

Teleologisk metod 101 103
111—113

THORNSTEDT 91 111 112

Tid för skiljedoms meddelande
22 79 140 187—189 196 197
201

Tillämpning, begreppet 80 84
86 98 101—107 110

TIRKKONEN 18 121 128 138
168 169 196 208 213 222 234

Tolkning 89 95—113 211 212
221 222

Tredje skiljeman 45 167—169
175 179 180 183 184

TRYGGER 121

Trävaruskiljedom 174—176

Tvingande rätt 18 19 127—
130 188 211—213 222—226
234

Tvångsmedel 50 51

Tystnadsplikt 169

UNIDROIT 167—170

Utfyllnad 106

Utländsk lag 129

Utländsk skiljedom 202 203
224 225 233

WALDOW 37

Vattenfallsstyrelsen 45

WELAMSON 60 214 229

Verk, se Statliga verk

Verkställighet av skiljedom 36
44 175 190 198 199 202 203
208 216 232 233

WESTERBERG 95

WESTERMANN 109

Viktning 68 79 90 92 139 141
142

VINGE 194 195

Vite 16 17 50 210—213 225
226

Vittne, hörande av 50 154

Vittnesattest 74

Väg- och vattenbyggnadsstyrelsen 45

Värderingar 85 88 113—119
144 146

Växelmål 43

Yrkande 28 176 184 213

Yrkeshemligheter 43 73

Yttre gestaltning, skiljeförfarandets 154 159 160 208
217

ZETTERBERG 43

Åberopande 156 157 213 214

Åtagande, se Skiljemannauppdrag

Ämbetsbrott 229

Ärekränkning av skiljeman
196

»Ärendets behandling» 213
214 221

Överexekutor 22 44 50 140
171 174 175 177—184 198
199 202 208 233

Överläggning till dom 145 160
161 169

Överskiljenämnd 201—203

Överskridande av uppdrag
213 222

Överståthållarämbetet 22
177—179 181—184 203

INSTITUTET FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

Institutet för Rättsvetenskaplig Forskning grundades år 1947 av Knut och Alice Wallenbergs Stiftelse. Enligt sina stadgar har Institutet till ändamål att främja rättsvetenskaplig forskning och bör därvid särskilt verka för en sådan bearbetning av gällande svensk rätt, som kan vara till gagn för domstolarna, det praktiska rättslivet och juristutbildningen.

Institutet avser att låta de verk, till vilkas författande bidrag lämnas, i regel utgivnas i en bokserie under Institutets beteckning. Härmed föreligger

Per Olof Bolding

SKILJEFÖRFARANDE OCH RÄTTEGÅNG

En studie i processuell organisation och
rättstillämpningsmetodik

I serien har tidigare utkommit

<i>Hjalmar Karlgren</i>	Skadeståndsrätt
<i>Håkan Nial</i>	Internationell förmögenhetsrätt
<i>Lars Welamson</i>	Om anslutningsvad och reformatio in pejus
<i>Karl Olivecrona</i>	Rättegången i brottmål enligt RB
<i>Gunnar Lagergren</i>	Delivery of the goods and transfer of property and risk in the law on sale
<i>Hjalmar Karlgren</i>	Avtalsrättsliga frågor
<i>Håkan Nial</i>	Om handelsbolag och enkla bolag
<i>Per Olof Ekelöf</i>	Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper
<i>Lars Welamson</i>	Domvillobesvär av tredje man
<i>Hans Thornstedt</i>	Om rättsvillfarelse
<i>Knut Rodhe</i>	Obligationsrätt
<i>Tore Strömberg</i>	Åtalspreskription

NÄRMAST UTKOMMA

Åke Malmström: Rättsförhållandet mellan föräldrar och barn
Nils Regner: Svensk juridisk bibliografi

Sigurd Dennemark: Om svensk domstols behörighet i förmögenhetsrättsliga tvister

Pris häft. kr. 22:—