

Är RB social eller liberal?

Reflektioner kring en tysk

Inauguraldissertationsabhandlung

Av professor PER HENRIK LINDBLOM

Tyska doktorsavhandlingar, även otryckta, kan fortfarande vara av stort intresse för en svensk publik. Ett lysande exempel på detta är Marius Kohlers omfattande "diss" om framväxten av den svenska rättegångsbalken. Detta komparativt-rättshistoriska verk bildar nedan utgångspunkt för ett ställningstagande till om RB är en produkt helt i den legendariske österrikiske processualisten Franz Kleins anda och om balken i så fall bör karaktäriseras som social eller liberal. I det sammanhanget finns det skäl att beröra bl.a. målsättningen att man i processen skall nå den materiella sanningen, den formella och materiella processledningen samt straff- och civilprocessens ackusatoriska utformning. Även dagsaktuella frågor om "access to justice" aktualiseras i sammanhanget. Uppsatsen mynnar ut i påståendet att skillnaden mellan artskillnader och gradskillnader inte är en artskillnad utan en gradskillnad.

1. Tyska "dissar" i svenska bibliotek

För oss som skrev doktorsavhandling i processrätt på 1960-talet var det absolut nödvändigt att bevaka den väldiga tyska standardlitteraturen. Det var också självklart att man skulle kolla upp aktuella "dissar" inom ämnesområdet. Med dissar menade vi då "Inauguraldissertationer", dvs. det avslutande skriftliga arbete som är en förutsättning för en tysk doktorsexamen i juridik. Nog visste vi att dessa "doktorsavhandlingar" i allmänhet alls inte kunde jämföras med de uppsvullna svenska. De var och är i kanske de flesta fall snarare en motsvarighet till våra "tilllämpade studier" och examensarbeten. Den tyska doktorsexamen kan ju närmast jämföras med en svensk juris kandidatexamen. Vill man fortsätta med rättsvetenskap i Tyskland har man efter doktorsexamen kvar att prestera sitt huvudarbete, "Habilitationsskriften", innan man kan räknas in i kretsen av rättsvetenskapsmän och -kvinnor.

De flesta "dissarna" var och är alltså ganska begränsade och — åtminstone i våra ögon — mestadels ointressanta och oåtkomliga. Man kan heller inte begära annat. Men genom universitetsbibliotekens dåvarande internationella utbytesverksamhet var det både en möjlighet och en skyldighet för oss doktorander den tiden att via ett särskilt kortregister i universitetsbiblioteket Carolina Redivivas väldiga transithallar kontrollera om trots allt någon redan uppfunnit de fyrkantiga hjul vi var på väg att konstruera.

Chansen att ett användbart typiskt tyskt gediget och strängt strukturerat alster skulle bringas fram i det svenska ljuset var inte stor eftersom utbytet endast omfattade tryckta dissar. Idag är möjligheterna ännu mer begränsade och detta trots att vissa särskilt förnämliga doktorsavhandlingar publiceras av välrenommerade förlag och trots att den genomsnittliga kvaliteten snarare ökat. Den tyska doktrinen intar inte längre samma dominerande ställning (inte ens inom processrätten), biblioteksutbytet har till stora delar gått upp i rök,¹ kunskaperna i germanska språk har deklinerat och förresten: vem kan veta om det bästa alltid är just det som är utgivet av trycket? Den kusliga frågan drabbar inte bara den tyska processrätten utan all litteratur.

Ja, säkert finns det både tryckta och otryckta tyska dissar (för att inte tala om havererade avhandlingsmanuskript i bortglömda skrivbordslådor) av stort värde för oss här uppe på den europeiska marginalen. Kanske skriver man rent av om Sverige, ja till och med om svensk processrätt och dess jämförelsevis utforskade utveckling i tid och rum? Kanske har någon dristat sig till att äntligen ta ett inte bara brett utan även djupt grepp och lyft fram processrättens historia i en obruten kedja från 1200-talet och ända fram till våra dagar? Kanske gömmer sig vid något tyskt universitet en drygt 600 sidor lång blott "stencilerad" doktorsavhandling i A4-format med en initierad redogörelse för utvecklingen från landskapslagarna via den (ännu) "äldre" rättegångsbalken i 1734 års lag och det mer än hundraåriga förarbetet på vår "nya" rättegångsbalk 1942 ända fram till 1980- och 90-talens flexibilitetsreformer och dagens heta frågor om grupptalan, EG-rättens betydelse för den nationella processrätten och processrättens harmonisering? Vem vet, kanske finns det redan en sådan "Inaugural-dissertationsabhandlung", skriven av någon som talar och läser svenska utan problem och därför har förutsättningar att sanningsenligt berätta hela historien — om än på tyska?

Så kan man drömma sig bort under oktobers täcke av guldbrokad för att sedan vakna upp i den silvriga november och finna att drömmen faktiskt är sann! Men den här gången var det inte en rutinkoll på Carolina Rediviva utan ett sakkunniguppdrag från Albert-Ludwigs-Universität Freiburg som svarade för uppvaknandet. Det gällde Marius Kohlers "diss" *Die Entwicklung des Schwedischen Zivilprozessrechts* (2001).² Det är inga dåliga grejor!

¹ En del av röken har dock fortsatt upp i cyberrymden, där man på "nätet" kan återfinna visst material på dess väg genom kosmos mot den stora glömskan bortom Lyrans stjärnbild.

² Marius Kohler, *Die Entwicklung des Schwedischen Zivilprozessrechts. Eine rezeptionshistorische Strukturanalyse der Grundlagen des modernen schwedischen Verfahrensrechts. Inauguraldissertation zur Erlangung der Doktorwürde an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität im Breisgau*, 642 s., hösten 2001. Avhandlingen kommer med stor säkerhet att publiceras, sannolikt på Mohr-Siebeck's förlag.

2. Ämnesval, innehåll och allmän värdering

Kohlers avhandling är enligt min bestämda uppfattning en lysande prestation av stort värde för svensk processrättsvetenskap. För oss svenskar är ämnesvalet det bästa tänkbara inom ramen för vad man kan önska av komparativ rättshistorisk forskning. Det finns ju åtskilliga svenska framställningar om en del av de frågor som behandlas, men de är nästan genomgående antingen föråldrade, kraftigt avgränsade till vissa institut eller ytliga.³ Ingen har tidigare tagit ett så brett grepp på ämnet och ingen har behandlat hela den svenska utvecklingen på processrättens område under en så lång tidsperiod. Ytterst få har heller arbetat med så stor noggrannhet och fullständighet. Att det inte är en landsman som svarat för undersökningen har nog också bidragit till det breda perspektivet och synskärpan. Kohler är för ung för att vara långsynt men ändå tillräckligt distanserad för att inte kunna beskyllas för närsynthet. Bilderna är klara och skarpa, inte sällan tredimensionella. Och ur hans förstärkare tycker man sig höra historiens röster — med Dolby!

Till det mycket positiva intrycket bidrar också författarens häpnadsväckande kännedom om svenska förhållanden, lagstiftningsproceduren, källorna, det svenska språket, den svenska historien och den svenska litteraturen. Redan notapparaten och källförteckningen utgör en guldgruva för fortsatt forskning på området. Det är för mig obegripligt hur författaren på så kort tid som två år (varav ett i Sverige) kunnat fullfölja sina djärva ambitioner.

Framställningen är logiskt disponerad. Det erbjuder inte läsaren några svårigheter att följa den i huvudsak kronologiska redogörelsen. Tyskan är lättbegriplig och njutbar även för den som i likhet med författaren till denna uppsats har tynande kunskaper på området.

Kohlers syfte är att redogöra för den svenska processrättens utveckling ända från medeltiden fram till år 2000 med särskild inriktning på receptionen av utländsk rätt. Hans metod är att i enlighet med modern komparativ receptions-historisk forskning sätta rättsimporten i relation till det politiska, religiösa, ekonomiska, vetenskapliga etc. utbytet de undersökta länderna emellan. Detta sker inte genom en detaljerad analys av något utvalt processuellt institut utan huvudsakligen genom en brett upplagd studie av civilprocessens grundläggande struktur i de länder undersökningen omfattar, dvs. — utöver Sverige — Frankrike, England, Tyskland och Österrike.

I ett ganska komprimerat inledande parti beskrivs mot denna fond den svenska utvecklingen från landskapslagarna fram till den tidpunkt då det mer än hundraåriga arbetet på den nya rättegångsbalken inleddes 1810. I denna del undersöker Kohler inte endast det germanska inflytandet utan även tidig påverkan från romersk-kano-

³ En särställning i såväl kvantitativt som kvalitativt avseende intar Göran Ingers djupgående studier rörande institutet erkännande i svensk processrätts-historia. Där ägnas även den allmänprocessuella utvecklingen inte ringa uppmärksamhet.

nisk rätt. Vad gäller tiden från början av 1500-talet fram till slutet av 1700-talet tecknar författaren en åskådlig bild av utvecklingen fram till en process med vissa gemeinrättsliga drag som de kommer till uttryck i ÅRB i 1734 års lag (skriftlighet, legal bevisteori, medelbarhet i form av den muntligt-protokollariska modellen osv.) Han observerar även skillnaderna mellan förfarandena i första och andra instans och utvecklingen av rättsmedelssystemet. Äldre svensk processrättsdoktrin presenteras utförligt.

Avhandlingens tyngdpunkt har dock placerats i tidsepoken från början av 1800-talet och fram till nya RB 1942. Jag återkommer strax till ett centralt tema i denna fascinerande framställning. Men först skall nämnas att Kohler fullföljer undersökningen fram till våra dagar via studier av reformerna av RB i slutet av 1980-talet⁴ samt några "folk-hemsreformer" utanför RB:s ramar (småmålslagen, rättshjälpslagen, Allmänna reklamationsnämnden och senare års debatt om grupptalan). Det anglo-amerikanska inflytandet har då blivit mer påtagligt; för perioden 1810–1942 dominerar däremot de stora kontinentala processkodifikationerna: den "liberala" Code de Procédure Civil 1806 med dess påverkan på den tyska Zivilprozessordnung 1877 (ZPO), som senare genom reformer 1909, 1924 och 1933 starkt influerades av österrikaren Franz Kleins epokgörande idéer⁵ om en "social" process som dessa först kom till uttryck i den österrikiska Zivilprozessordnung 1895 (ÖZPO).

Kohler redogör ingående för "lagstiftarnas" och rättsvetenskapsmännens kontakter med särskilt Tyskland och Österrike och visar hur det utländska inflytandet kommer till uttryck i doktrin, förarbeten, lagförslag och lagstiftning. Undersökningen omfattar däremot inte hur denna lagstiftning sedermera kom att tillämpas i domstolarna. Skickliga och snärtiga redogörelser för fransk, tysk, österrikisk och engelsk rätt ger ett gott underlag för den egentliga komparationen.

Kohlers analys av den svenska processrättens reception av utländsk processrätt och processrättsvetenskap är mestadels övertygande. I ett elegant avslutande parti presenteras huvudresultaten i komprimerad form. Författaren är försiktig i sina slutsatser och framställningen övertygar nästan genomgående om riktigheten i hans påståenden. Noggrannheten är stor och mistagen få. Här finns inte plats att ens översiktligt redogöra för huvudresultaten i avhandlingen. I det följande skall jag inskränka mig till att kommentera ett enda, men desto mer centralt, tema.

⁴ Prop. 1986/87:89.

⁵ Se även (före Klein) dennes landsman Anton Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890.

3. RB — en social eller liberal process?

3.1 Social eller liberal — en definitionsfråga

En av Kohlers grundläggande utgångspunkter är att undersöka hur "spänningen mellan den liberala och den sociala civilprocessen" kommer till uttryck i den svenska processrättsutvecklingen under arbetena på den "nya" svenska rättegångsbalken från 1942 och under reformarbetet därefter. I sin "Gesamtwürdigung" (s. 465) hävdar författaren att det inte kan råda något tvivel om att den svenska RB är ett tydligt exempel på den så kallade "Klein'schen Sozialmodelles". Han menar då den typ av civilprocess som först utformades av Franz Klein före det förra sekelskiftet och, som sagt, kom att prägla ÖZPO för att senare vinna insteg även i tysk processrätt genom ändringarna av ZPO under 1900-talet. Att den svenska RB har denna "sociala" karaktär visar sig enligt Kohler framför allt i förarbetsuttalanden på 1920- och 30-talen om processens syfte — att sträva efter den materiella sanningen⁷ — och genom utformningen av de väsentliga processtrukturen (uppdelningen av förfarandet, domarens processledning osv.). Författaren nyanserar visserligen detta påstående bland annat genom att erinra om att den i RB extremt genomförda muntligheten har släktskap med det ursprungliga "liberala" förfarandet enligt den tyska ZPO av 1877 (och kanske även med engelsk process). Detta kan dock enligt Kohler inte rubba helhetsintrycket att RB visar "überwiegende Ähnlichkeit mit dem Klein'schen Sozialmodell".

Den synnerligen noggranna genomgång och "bevisföring" Kohler lägger fram till stöd för detta påstående är i stort sett övertygande; nog är vår RB — liksom hela processrätten under 1900-talet — påverkad av Klein, som fortfarande åtnjuter ett högt anseende i vårt land. Själv har jag dock sedan drygt 20 år tillbaka vid flera tillfällen betecknat rättegången i tvistemål enligt RB som exempel på en i huvudsak liberal, kapitalistisk och individualistisk process.⁸ Visserligen har jag modifierat denna uppfattning något under läsningen av Kohlers avhandling och jag instämmer i huvudsak med författarens påståenden i analysen av varje särskild fråga. Men jag anser ändå fortfarande att processen enligt RB bäst betecknas som liberal.

Hur kan jag då vara ense med Kohler? Förklaringen är att meningskiljaktigheterna oss emellan i första hand gäller rubriceringen och kriterierna på vad som skall menas med en "liberal" respektive "social" civilprocess. Min uppfattning är också till viss del styrd av min

⁶ Jfr Lars D. Eriksson om välfärdsstaten i *Retfærd* nr. 69, årgång 1995, s. 5 ff.

⁷ Att processen har detta syfte, både i tvistemål och brottmål, hävdas fortfarande på sina håll. Men frågan är ju *varför* domaren i så fall skall sträva efter den materiella sanningen. Här skall denna debatt inte upprepas (se t.ex. min bok *Progressiv process*, 2000, s. 41 ff.). Vad gäller Ekelöfs teori — enligt somliga "önsketänkande" — rörande moralbildning som processfunktion se senast, men från ett annat perspektiv, T. Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt*, 2001, s. 111 ff. ("Rättegången som moraldiskurs").

⁸ Se t.ex. uppsatser från 1977, 1980, 1984 publicerade i uppsatssamlingen *Studier i processrätt*, 1993, s. 25–35, 52 och 185.

kunskap om hur man i praktiken tillämpade RB efter dess ikraftträdande och under flera decennier därefter, ett ämne som inte omfattas av Kohlers undersökning. Till det kommer hur vissa ledande svenska processualister sett på en del av de frågor som är av betydelse i sammanhanget, bland annat processens funktion och domarens strävan efter den materiella sanningen.

För att instämma i Kohlers slutsats måste man ställa relativt låga krav på vad som skall betecknas som en "social" process. Kohler anknyter här givetvis till Klein. Författaren redogör såvitt jag kan bedöma klanderfritt (och stimulerande!) för Kleins teorier och själv visar han ingen tvekan att använda begreppet "social process" i sammanhanget.⁹ Detta är ju också det vedertagna sättet att beskriva den processtyp Kleins tänkande ledde fram till.¹⁰ Ett alternativt — mindre dramatiskt men enligt min mening mer rättvisande — sätt att se saken är att beteckna Kleins process (med sina tyska och svenska efterföljare) som en *modifierad* form av liberal process. Den "nya" processmodellen innehöll (bibehöll) starka liberala drag och lämnade betydande delar av den sociala processproblematiken olöst, också vad gäller de brister Klein påtalade: svårigheterna att forcera rättsskyddsbarriärerna, den bristande balansen mellan parterna, ekonomiska och kunskapsmässiga hinder, de praktiska konsekvenser som bör dras av att även civilprocessen är en offentlig angelägenhet av betydelse för andra än parterna etc.

Jag vill naturligtvis inte begå akademisk harakiri genom att ifrågasätta Kleins oerhörda insatser och betydelse, inte heller vill jag bestrida att hans processmodell i vissa avseenden kan betecknas som mer "social" än de processformer den ersatte. Men "spänningen" mellan vad Kohler kallar den sociala och den liberala processen (i fransk, engelsk eller tidig tysk mening) är här inte uttryck för någon äkta dikotomi. Det gäller närmast gradskillnader inom en begränsad del på en vid skala med en uttalat liberal process vid den ena ytterpunkten och en i egentlig mening social process, med inte blott "formal" utan även "real and equal access to justice" och ett brett hänsynstagande också till andra än parterna, vid den andra yttergränsen. Om Kleins process som den kom till uttryck i RB 1942 hade varit "social" i tydligare mening skulle man inte ha behövt ägna huvuddelen av den internationella debatten och reformarbetet under de senaste femtio åren åt de frågor om "access to justice" (AtJ) och "Public Law Litigation" (PLL) som i vissa delar på ett berömvärd sätt identifierades re-

⁹ Låt mig erinra om Franz Kleins viktigaste verk: *Pro futuro — Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Osterreich*, Leipzig/Wien 1891; *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, 1. Band (hrsg. von J. Friedlaender und O. Friedlaender), Wien 1927; *Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses*, Wien 1900, Faksimileaufgabe Goldbach 1995; *Zeit- und Geistesströmungen im Prozess*, Dresden 1901, Nachdruck Frankfurt/M 1943, samt (tills.m. Friedrich Engel) *Der Zivilprozess Osterreichs*, Mannheim 1927, unveränderter Nachdruck Aalen 1970.

¹⁰ Se t.ex. P. O. Ekelöf, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*, 1956, s. 180.

dan av Klein vid det förra sekelskiftet men lämnades olösta i hans processmodell. Kohler tar upp den moderna diskussionen om AtJ (däremot inte PLL) men kopplar aldrig dessa begrepp till Kleins tankar och de resultat som blev följden av hans arbete.¹¹

Liksom Code Civil och Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) erbjuder Code de Procédure Civil och Zivilprozessordnung normer för tvister och tvistlösning i ett laissez-faire-samhälle.¹² BGB domineras av intressena hos "das Besitzende Bürgertum".¹³ Åtskilliga av dessa liberala drag — t.ex. den avgränsade tvåpartsstrukturen byggd på fiktionen om två jämnstarka parter — finns således kvar också i Kleins österrikiska processmodell, liksom i ZPO och det även efter ändringarna under 1900-talet samt i den nya svenska RB. Och RB:s fäder "köpte" inte alla Kleins idéer rakt av, även om det skedde i betydande utsträckning.¹⁴ Därför är Kohlers slutsatser inte felaktiga och våra åsikter inte oförenliga, trots att han betecknar RB som en social processordning medan jag kallar den liberal, kapitalistisk och individualistisk. Detta sker i fullt medvetande om att t.ex. Thore Engströmer — en av RB:s fäder och Per Olof Ekelöfs lärare — gjort uttalanden som i hög grad anknyter till Kleins kollektiva tänkande och därmed bekräftar Kohlers analys:

"Rättegångsväsendet börjar betraktas mera som en social välfärdsinrättning, till vilken de enskilda vända sig för att få bistånd i sina angelägenheter. Om ett sådant betraktelsesätt anses tyda på 'eine polizeistaatliche Gesinnung' eller mera resignerat försvaras därmed, att vi befinna oss i 'a Period of Collectivism' är tämligen likgiltigt. Redan för att rättegångsordningen skall åtnjuta folkets förtroende får den uppenbarligen icke stå i alltför skarp strid mot den allmänna uppfattningen om samhällets uppgifter och medel att fylla dessa; den måste fastmer stå i god harmoni med denna."¹⁵

Spänningen mellan en social och en liberal process kan åtminstone ytligt sett föras tillbaka på allmänpolitiska uppfattningar, på en indivi-

¹¹ Se om PLL och AtJ senast Progressiv process (not 7 ovan) s. 31 ff. och 305 ff.

¹² Så beträffande de nämnda civilrättsliga kodifikationerna T. Wilhelmsson i Tfr 2001 s. 16.

¹³ F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, s. 16, här citerat efter Wilhelmsson a. st.

¹⁴ Däremot köpte och svalde man Oskar Bülow's läror (1868) om processrättsförhållandet och processförutsättningarna i en utsträckning som man varken då eller senare gjort i något annat land. Kohler beskriver på flera ställen Oskar Bülow's betydelse för tysk och svensk processrätt men förefaller inte fullt ut ha uppmärksammat vår världsunika ställning i detta avseende. Ingenstans i världen har man någonsin dragit lika vittgående konsekvenser av skillnaden mellan processhinder och materiella brister i kärandens talan som i Sverige. Receptionen började med Wredes lansering av Bülow's tankar och kom sedermera till extremt uttryck och rigid vidareutveckling i nya RB, mer än femtio år efter publiceringen av Bülow's bok om processförutsättningarna, se min diss. *Processhinder*, 1974. Först på senare tid har skillnaderna i regler för handläggning och avgörande mjukats upp något. Jag hoppas på en fortsatt utveckling i den riktningen.

¹⁵ T. Engströmer, *Partsförhör i tvistemål* (i *Förhandlingarna å det femtonde nordiska juristmötet*, bil 1, 1931) s. 17. Jfr även citat från Gierke och Weber i min bok *Grupptalan*, 1989, s. 706 not 226.

dualistisk contra en kollektivistisk samhällssyn. Intressant i det sammanhanget är förhållandet mellan två av de ledande personerna under stora delar av arbetet på den nya svenska rättegångsbalken i början av 1900-talet.¹⁶ Johannes Hellner var ordförande i reformarbetet från 1911 till 1917 och företrädde klart liberala värderingar (han representerade liberalerna i riksdagen och blev sedermera utrikesminister). Karl Schlyter var sekreterare i utredningsarbetet under denna tid och fortsatte att verka som medlem i processkommissionen fram till 1925. Han framstår som socialist av socialdemokratisk typ. Det skulle vara av intresse att undersöka närmare i vilken mån skillnaderna i deras personliga politiska uppfattning medförde svårigheter som slog igenom vid arbetet på den nya lagen.

Man får dock akta sig för förhastade slutsatser i de här sammanhangen. Per Olof Ekelöf företrädde allmänpolitiskt aktivt en klart liberal samhällsuppfattning. Det hindrade honom inte att i processuella sammanhang, i Hägerströms, Lundstedts och Olivecronas efterföljd, främst se till samhällsnyttan. Ekelöf betonade ju processens allmänna samhällsfunktion och handlingsdirigerande betydelse, till och med på bekostnad av det individuella rättsskyddet. Han förespråkade även en mycket aktiv materiell processledning och stödde Karl Olivecronas teori om bevisbörda och beviskrav. Även denna teori syftar till maximal handlingsdirigering, också på bekostnad av den materiella sanningen och största möjliga materiella rättvisa i det enskilda fallet. Att Hägerström och Lundstedt företrädde socialdemokratiska värderingar och att Karl Olivecrona (åtminstone tidvis) aktivt propagerade för en extrem allmänpolitisk uppfattning, som både liberaler och socialdemokrater med avsky tog avstånd från, hindrade alltså inte dessa fyra centralgestalter från att hysa i stort sett samma uppfattning om rättens och civilprocessens samhällsfunktion.

3.2 *Strävan efter den materiella sanningen*

Kohlers slutsatser beträffande den nya RB från 1942 bygger till stor del på klara uttalanden under förarbetena rörande vikten av att domaren strävar efter *den materiella sanningen*. Hans belägg för sin tes är starka. Men vad lagens fäder säger är en sak och vad RB innebar vid sitt ikraftträdande — liksom vad doktrinen främsta företrädare anbefalldes¹⁷ — en annan. RB:s uppbyggnad i tvistemål präglas av en långtgående dispositionsprincip (en extrem partsautonomi rörande yrkanden, grunder, invändningar, medgivanden, erkännanden och delvis också beträffande rättsanvändningen). Detta begränsar rättens möjlighet att utröna vad som är den materiella sanningen. Detsamma

¹⁶ Se K. Å. Modéer, "Den stora reformen", i Svensk Juristtidning 1999 s. 400 ff.

¹⁷ Se t.ex. K. Olivecrona, *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, 1930, s. 34 ff. och Ekelöf i ovan i not 10 a.a. s. 239 där den sistnämnda om "den formella sanningens princip" skriver att "detta monstruösa uttryckssätt" förefaller vara statt på avskrivning och att man "får hoppas att så kommer bli fallet även med den materiella sanningens princip inom straffprocessrätten".

gäller förbudet att ändra talan, preklusion av nya omständigheter och bevis, domens rättskraft samt en del annat. Domaren tvingas i hög grad att avstå från att söka sanningen, om hon nu skulle vilja det. Därvidlag innebar den nya RB med sin klart akusatoriska karaktär ett brott mot den inkvisitoriska äldre rättegångsbalken.

I dessa avseenden kan man alltså säga att nya RB snarare innebar att processen blev mer liberal än social jämfört med vad som gällt tidigare, åtminstone om man går efter lagtexten. I praktiken hade dock domaren blivit allt mindre sanningssökande och allt mer passiv under 1800-talet.¹⁸ Och även om man i början av 1900-talet försökte råda bot på missförhållandena under slagordet ”processreform utan lagändring”, kunde man strax före den stora lagreformen fortfarande karaktärisera läget som att civilprocessen enligt äldre rättegångsbalken redan före RB hade börjat utvecklas till en process ”konstruerad efter individualistiska principer för ett samhälle med en liberalt organiserad ekonomi”.¹⁹

3.3 Domarens formella och materiella processledning

Av stor vikt då det gäller att bedöma om en förskjutning i riktning mot sanningssökande och en liberal process ägde rum genom införandet av RB 1942 är även frågan om *domarens processledning*. Kohler har rätt i att den *formella* processledningen — dvs. domarens ansvar för rättegångens yttre förlopp — aktiverades genom RB:s tillkomst på så sätt att man strävade efter att begränsa antalet uppskov och avbrutna huvudförhandlingar. Men införandet av RB innebar inte att man i lagtext gav domaren ett eget ansvar för att snabbt driva målet fram till dom. Parternas möjligheter att fördröja domen var i praktiken så gott som obegränsade, åtminstone så länge de var ense om att skjuta upp avgörandet.²⁰ Först genom ändringar av RB i slutet av 1980-talet fick kravet på ökad aktivitet från domaren i detta hänseende genomslag i lagtext och praxis.²¹

Vad gäller den *materiella* processledningen kom RB — tvärt emot hur Kohler uppfattat saken — snarare att gå i liberal än social riktning. För att förstå detta bör man känna till att man med ”materiell processledning” i Sverige menar både domarens verksamhet för att *begränsa* och för att *utvidga* processmaterialet. Kohler berör tyvärr dessa båda frågor, som i Sverige bildar två sidor av samma sak, på helt olika ställen i sin avhandling (s. 274 ff. respektive s. 372 ff.). Han utgår från att domarens verksamhet för att genom frågor och erinringar klarlägga parternas ståndpunkter sker i avsikt att utleta den materiella

¹⁸ Ekelöf ovan i not 10 a.a. s. 185. — Beträffande begränsningarna i sanningssökandet i modern amerikansk brottmålsprocess, se L. Ebervall, Försvarens roll. Ideologier och gällande rätt, 2002, s. 61.

¹⁹ Se t.ex. P. O. Ekelöf, Interventionsgrunden, 1937, s. 273.

²⁰ Ekelöf ovan i not 10 a.a. s. 186.

²¹ Se prop. 1986/87:89, t.ex. s. 194 beträffande rutinen att vilandeförklara mål ”att återupptas på begäran av part” utan att ett sista datum fastställts.

sanningen. Domarens materiella processledning har dock huvudsakligen ett processekonomiskt syfte; genom en kraftfull materiell processledning under förberedelsen skall man begränsa processen till vad som är stridigt mellan parterna och möjliggöra en huvudförhandling utan avbrott eller uppskov. På samma sätt siktar processledningen under huvudförhandlingen till att undvika onödiga överklaganden; det får inte råda sådan tvekan om parternas ståndpunkter att domskälen kommer som en överraskning för den som förlorar i första instans.²²

Nya RB 1942 innehöll inga regler om materiell processledning under förberedelsen och uttalandena i förarbetena var inte heller entydiga. Den bild Kohler ger (s. 387) av hur parter och domare tillsammans strävar efter bästa möjliga "Aufklärung" är enligt min mening alltför ljusblå och romantisk. Risken att framstå som partisk (och kanske personlig ideologi eller bekvämlighet) dämpade under många år domarens aktivitet även innanför ramarna för parternas yrkanden och åberopanden. Praxis varierade oerhört, men man kan mycket väl hävda att domarens materiella processledning minskade under mitten av 1900-talet och detta trots att t.ex. Ekelöf klart markerade sin uppfattning att domaren borde agera aktivt. På många håll tillämpades närmast ett slags liberalt "laissez-faire"-tänkande med starka drag av vad man i England kallar "the sporting theory", så även i brottmål. Först idag — efter flera lagändringar och en intensiv debatt — kan man märka en klar attitydförändring och en enligt min mening välkommen aktivering bland domarna.

3.4 Sammanfattning och jämförelse med straffprocessen

Genom personstudier och genomgång av doktrin, förarbeten och lagtext visar Kohler övertygande hur de som arbetade fram RB var starkt påverkade av Klein, ÖZPO och ändringarna av ZPO under de första decennierna på 1900-talet och hur detta kom till uttryck i lagtext och förarbeten. Men den omvandling som faktiskt ägde rum kan även beskrivas som en förstärkning av processens liberala drag. I flera avseenden skedde en försvagning av dess sociala karaktär jämfört med tidigare, t.ex. om man ser det hela i ett långt perspektiv och lägger vikt vid övergången från ÄRB:s aktivt sanningssökande process till RB:s dispositiva tvåpartsrättegång med en (i decennier) passiv domare.

²² En åtminstone delvis annan sak är att man genom kraftfull materiell processledning kan förbättra genomslaget för värderingarna bakom den materiella lagstiftningen. När denna är av social skyddskaraktär (som t.ex. inom konsument- och hyresrätten) får den materiella processledningen sociala skyddskonsekvenser på både det enskilda och allmänna planet. Under Rättegångsutredningens mer än tioåriga arbete var jag den ende i utredningen som förespråkade en särskilt aktiv processledning i just sådana mål, se SOU 1982:26 Del B s. 111 ff. och 616 ff. I propositionen (prop. 1986/87:89 s. 106) ställde man sig dock (halvhjärtat) åtminstone delvis bakom mitt synsätt. — Beträffande förhållandet mellan Thomas Wilhelmssons "sociala civilrätt" och "social processrätt" se Grupptalan, 1989, s. 706 f. och Progressiv process (ovan not 7) s. 180 f. med not 34, 37 och 39.

Rättegången enligt RB visar i detta avseende flera anglo-amerikanska drag. Det gäller även införandet av en stramt avgränsad huvudförhandling präglad av muntlighet, omedelbarhet och koncentration samt utformningen av bevisupptagningen, t.ex. vittnesförhören och partsförhören. Allt detta, och annat som det här inte finns plats att beröra, bidrar till att den svenska civilprocessen då och fortfarande kan beskrivas som något av en hybrid mellan den kontinentala "inkvisitoriska" och den ackusatoriska dispositiva anglo-amerikanska rättegångsmodellen.²³ Man kan alltså mycket väl tala om en endast lätt förskjutning på den liberala skalan eller om en övergång från en ursprungligen inkvisitorisk, delvis indispositiv process med vissa gemeinrättsliga drag till ett befästande av en ackusatorisk, dispositiv, muntlig och offentlig process av anglo-amerikansk typ.

Detta paradigmskifte är kanske ännu tydligare vad gäller *brottmålsprocessen*, som dock inte omfattas av Kohlers undersökning. Straffprocessen enligt RB har visserligen en betydande inkvisitorisk *potential* i form av lagregler och förarbetsuttalanden som siktar till att man skall uppnå materiell sanning och som ger domaren möjlighet att agera *ex officio*, enligt mångas uppfattning särskilt till förmån för den tilltalade.²⁴ Men *de facto* utnyttjas inte dessa möjligheter, åtminstone inte då det gäller att begära ett fullständigande av förundersökningen eller komplettering av bevismaterialet. I stället tillämpas RB så att brottmålsrättegången snarare utvecklats till en form av ackusatorisk anglo-amerikansk "two-man-battle" (med en påföljande marginalisering av brottsoffret, en utveckling som startade på medeltiden och som man börjat ifrågasätta först under senare tid).²⁵ Trots officialprövningen i brottmål blev domaren genom RB:s tillkomst betydligt mer passiv, särskilt vad gäller den materiella processledningen.²⁶ Under en period fanns det domare som agerade mera kraftfullt i tvistemål än i brottmål i detta avseende. En aktivering i brottmål har skett först under det senaste decenniet. Vidare begränsas även i brottmål sökandet efter den materiella sanningen av en rad regler, som t.ex. av rättskraften, förbudet mot *reformatio in pejus* och av att rätten är bunden vid åklagarens gärningsbeskrivning; reglerna om komplettering av förundersökningen och bevisningen är nära nog obsoleta. Vidare innebär de okodifierade, men i brottmål i stort sett oomtvistade, reglerna om bevisbörda och beviskrav att rättens strävan efter en materiellt riktig dom endast avser *fällande* domar i brottmål. Att domen är materiellt felaktig i de flesta fall då den tilltalade blir *frikänd* torde inte bara domaren utan även de flesta av oss andra vara väl medvetna om. Lika

²³ Se P. H. Lindblom i 45 *The American Journal of Comparative Law* (1997) s. 812 f.

²⁴ Se *Progressiv process* (ovan not 7) s. 216, jfr beträffande en "sned" materiell processledning till förmån för den tilltalade Ekelöf ovan i not 10 a.a. s. 239 f.

²⁵ Se *Progressiv process* (ovan not 7) s. 189 ff.

²⁶ Detta kan till viss del förklaras med att samma domare har att handlägga både brottmål och tvistemål.

medvetna är vi om det önskvärda, ja nödvändiga, i att ha det på det sättet.

4. Liberal eller social — en artskillnad eller en gradskillnad?

Det är alltså ett diskutabelt påstående att den svenska RB är ett klart exempel på en social process, även om man utgår från blygsamma anspråk på vad som skall menas med "social" i sammanhanget. De reformer som skett i social riktning har nästan alltid företagits genom speciallagstiftning utom ramen för RB och samma lagstiftningsteknik används fortfarande för att uppnå förbättrad access to justice, t.ex. då det gäller att återupprätta den balans mellan parterna RB förutsätter. Rättegången enligt RB visar än i dag betydande liberala drag och är därmed i de flesta fall väl anpassad till det (allt mer?) liberala samhälle vi lever i.²⁷

Jag vill låta det vara osagt i vilken utsträckning den svenska processhybriden är resultatet av en medvetet selektiv reception av utländsk rätt eller om det varit fråga om en nationell utveckling på rent pragmatiska grunder.²⁸ Men svaret är nog, som så ofta, att det inte är fråga om antingen—eller utan om både—och. Varken civilprocessen eller livet låter sig utan vidare kategoriseras i sådana kantiga slagord, dikotomier och distinktioner som vi använder i vetenskapliga och pedagogiska sammanhang. Påståenden om artskillnader är ofta uttryck för förenklingar.²⁹ Mestadels gäller det gradskillnader. Kanske är även skillnaden mellan artskillnader och gradskillnader snarare en gradskillnad än en artskillnad.

²⁷ Kanske skulle man kunna säga att civilprocessen enligt RB är *socialliberal*, men till och med det är enligt min mening att ta i.

²⁸ I Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning, Första delen, Domstolsförfattningen (SOU 1926:31), understryker man i inledningen (s. 26): "... det svenska rättegångsväsendet (intar) till hela sin byggnad ... en mycket egenartad ställning i förhållande till rättegångsordningarna i övriga kulturländer ... det är av vikt att ... framgå med största varsamhet och icke efterbilda främmande mönster som inte passa för vårt land och vårt folk. ... Det myckna värdefulla, som finnes i vårt nuvarande rättegångsväsende, får icke förspillas; institutioner och former som äro införlivade med folkets vanor och föreställningssätt och som omfattas med dess förtroende, få icke utan vägande skäl avlägsnas." Se även Modéer (ovan not 16) s. 411.

²⁹ Se t.ex. B. Lindell, *Civilprocessen* s. 319 med not 65, jfr P. H. Lindblom, *Miljöprocess Del II*, 2001, s. 538 not 82 och s. 552 f. beträffande distinktionen kvalitativ — kvantitativ.