



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Henrik Bellander

Processrättens förflutna – bara av historiskt intresse?
Metodologiska reflektioner utifrån HD:s syn på taleändringar
i NJA 2011 s. 718

Särtryck ur häfte 2/2017

PROCESSRÄTTENS FÖRFLUTNA – BARA AV HISTORISKT INTRESSE?

METODOLOGISKA REFLEKTIONER UTIFRÅN HD:S SYN PÅ TALEÄNDRINGAR I NJA 2011 S 718

Henrik Bellander¹

I processrättslig litteratur framhålls ofta behovet av ett utvecklingsperspektiv. Däremot behandlas sällan hur ett sådant perspektiv skall komma till användning vid lösningen av konkreta processrättsliga problem. Vid tillämpningen av rättegångsbalken kan argument hämtas från rättskällor som spänner över de senaste 100 åren. I vissa lägen tillmäts sådana argument stor vikt, eftersom de överlevt genom åren och kan sägas ge uttryck för grundläggande principer. I andra situationer avfärdas de, kanske just för att de varit präglade av en viss tid eller av övergivna teoretiska uppfattningar. I denna artikel ges, utifrån argumentationen i NJA 2011 s 718, en betraktelse över hur ett historiskt perspektiv kan vara användbart vid processrättslig problemlösning, både för att förstå varför problemen uppkommer och som hjälp vid deras lösning.²

I. SAMHÄLLSUTVECKLINGEN OCH PROCESSRÄTTEN

I.1 MED RB-REFORMEN SOM UTGÅNGSPUNKT

Mellan rättshistorien, det förflutna, och rättstillämpningen, den gällande rätten, är det omöjligt att dra en tydlig gräns. När rättegångsparter och domare ställs inför processrättsliga problem tillämpas bestämmelser i rättegångsbalken (RB) som i många fall varit oförändrade sedan balken trädde i kraft 1948.³ Söker man lösningar i RB:s förarbeten förflyttas man ytterligare flera decennier bakåt i tiden; arbetet med balken inleddes redan 1911. Processkommissionen (PK) respektive Processlagberedningen (PLB) avlämnade sina betänkanden under

¹ Jur dr i processrätt vid Uppsala universitet.

² Jag tackar kollegor och deltagare vid de s k mikroseminarierna i processrätt vid Uppsala universitet för värdefulla bidrag och diskussioner om innehållet i denna artikel. För liknande angreppssätt som i artikeln, se t ex Lyles, Rättshistoria – Några tankar om innehåll och former, i JT:s jubileumshäfte 2007, s 71 ff, Modéer, Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs, i SvJT 2009 s 340 ff, dens, Jurister på politikernas arenor. Det svenska kommitté- och utredningsväsendet i ett historiskt perspektiv, i SvJT 2011 s 735. Se i denna tidskrift också Nordquist, Förarbetenas rättskällestatus – ett historiskt perspektiv, i JP 2011 s 141 ff. Beträffande processrättsliga frågor, se Gregow, Tolkning och tillämpning av äldre bestämmelser på det processuella området, i Kleineman m fl (red), Festskrift till Lars Heuman, Jure 2008, s 209 ff.

³ De mest omfattande reformerna av RB skedde genom Rättegångsutredningen, se SOU 1982:25–26, SOU 1986:1, SOU 1987:46, prop 1986/87:89 och prop 1988/89:95, och reformen En modernare rättegång (EMR), se SOU 2001:103 och prop 2004/05:131.

1920- och 1930-talet och regeringens propositioner lades fram på 1930- och 1940-talet.⁴ Alltsedan balken trädde i kraft har domstolspraxis tillkommit och tillämpningsproblem har behandlats i lagkommentarer skrivna från 1940-talet fram till våra dagar.⁵ Söker man svar i sina läroböcker från juristprogrammet, Ekelöfs Rättegångsserie, har också denna sina rötter i 1950-talet.⁶

1.2 1900-TALETS FÖRSTA HALVA – ARBETET MED RB-REFORMEN

Ett sätt att sammanfatta denna drygt hundraåriga historik kan vara att knyta den till samhällsutvecklingen i övrigt. Arbetet med RB-reformen sammanfaller med 1900-talets första halva, präglad av två världskrig och tiden mellan dem. Argumentationen till stöd för RB-reformen påverkades också i takt med händelser i omvärlden.⁷ De tyska och österrikiska civilprocessuella kodifieringsprojekten under 1800-talet var centrala för reformarbetet under 1900-talets första decennier.⁸ PK framhöll i sitt betänkande 1926 att "[e]n väsentlig förbättring av rättegångsväsendet kan endast vinnas genom att man slår in på de vägar, som reformarbetet i övriga kulturländer följt på detta område".⁹ I takt med ett förändrat ekonomiskt och politiskt läge i Europa förändras denna argumentation. Gärde, som bl a var PLB:s ordförande, tonar några år senare ner Tysklands och Österrikes betydelse som föregångsländer. Han framhåller

4 Processkommissionen tillsattes 1911, påbörjade sitt arbete 1912 och lade fram sitt betänkande i SOU 1926:31–33. Regeringen, med justitieminister Gärde, lade fram förslag på reformens huvuddrag i prop 1931:80. Gärde var sedan ordförande för PLB, som lade fram betänkande med mer konkreta förslag på lagtext m m i SOU 1938:43–44. Regeringen lade sedan, baserat på PLB:s betänkande, fram förslag till nya RB i prop 1942:5. Lagen beslutades 1942 men trädde i kraft först 1948.

5 Flera av de som varit ledande redan under lagstiftningsarbetet ansvarade för den första kommentaren, se Gärde, Engströmer, Strandberg och Söderlund, Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande med kommentar, Norstedts 1949 och 1994. Söderlund hann sedan ge ut enbart första bandet av sin egen uppdaterade kommentar, Söderlund, Rättegångsbalken med kommentar. Del I kap 1–12, Norstedts 1970. Gullnäs, som var ordförande i Rättegångsutredningen, och Fitger ansvarade sedan 1984 för den kommentar som sedan Fitger ensam övertog ansvaret för och som nu med nya författare fortfarande uppdateras, se Fitger, Sörbom, Eriksson, Hall, Palmkvist och Renfors, Rättegångsbalken – en kommentar på internet, Zetoo (cit Fitger m fl). Nordh och Lindblom har dessutom kommenterat RB:s inledande 14 kapitel, se Nordh och Lindblom, Kommentarer till RB. Häfte 1 och Häfte 2,ustus 2001 respektive 2004.

6 Första utgåvan av Rättegång I kom 1957, och Ekelöf har succesivt utvecklat texten i band I–IV från 1957 och fram till sin död. Boman, Bylund, Edelstam, Pauli och Heuman har tillkommit som medförfattare.

7 Se också Modéer, Den stora reformen, i SvJT 1999 s 400 ff.

8 Se Hellner, Domstolsorganisationen och rättegången i tvistemål i första instans. Några grundlinjer för en reform, i SvJT 1916 s 5 och Engströmer, Om parts utsaga som bevismedel i tvistemål, i SvJT 1918 s 65, här s 75. För en diskussion om Franz Kleins influenser, se t ex Lindblom, Rättegångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar, i SvJT 1999 s 496 ff, här s 499 not 6.

9 SOU 1926:31 s 28.

hur lagförslaget grundsatser om muntlighet, skriftlighet och omedelbarhet är förankrade i uråldriga traditioner som funnits i den svenska processen redan i de gamla landskapslagarna, snarare än att de skulle vara hämtade från utländska ”kulturländer”.¹⁰

1.3 TIDEN EFTER ANDRA VÄRLDSKRIGET FRAM TILL IDAG – RB TILLÄMPAS OCH REFORMERAS

Tiden då RB varit i bruk sammanfaller med tiden efter andra världskriget. Istället för PK:s och PLB:s argument, hämtade från äldre tysk och österrikisk process eller från landskapslagarnas ”uråldriga germanska traditioner”, används nu i doktrin och i olika reformer argument om att modernisera processen, där *anpassningar till samhällsutvecklingen* är centrala, för civilprocessuella lösningar.¹¹ Ekelöf menar att samhällets individualism, pluralism, konkurrens, dynamik och ständiga motsättningar mellan människorna ställer lagstiftning och rättskipning inför utmaningar.¹² Lindell framhåller t ex att ”[d]e krav som det moderna samhället ställer på tillgång till rättslig prövning gör att andra former av tvistlösning än det traditionella sakta växer fram”.¹³ Lindblom beskriver hur man uppmärksammat ”politikens juridifiering” och ”juridikens politisering”, där domstolarna ges en växande politisk roll till följd av bl a ökande lagstiftningstakt, ändrad lagstiftningsteknik, införlivandet av EKMR med svensk rätt och anslutningen till EU.¹⁴ Westberg pekar på två liknande observationer som lyfts fram under denna period: ”Den ena pekar ut en förskjutning från politik till juridik. Den andra håller fram en förskjutning från statlig rättskipning till privat.”¹⁵

Även om argument om processens anpassning till samhällsutvecklingen nog fortfarande dominerar den processrättsliga diskussionen vill jag i denna artikel

10 Gärde, Rättegångsreformen. Några synpunkter; i SvJT 1931 s 1, här s 3. Gärde beskriver istället de tyska influenserna på kontinental process som negativa. Se också på samma tema Matz, Några aktuella processlagstiftningsfrågor i historisk belysning; i Festskrift till Erik Marks von Würtemberg, Nordiska Bokhandeln 1931, s 421 ff.

11 Se t ex Lindblom, Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?, i SvJT 2004 s 229 ff, Westberg, Civilrättskipning, 2 uppl, Norstedts 2013, s 109 och s 114.

12 Ekelöf, Edelstam, Heuman och Pauli, Rättegång I, 9 uppl, Norstedts Juridik 2016, s 24 ff (cit Ekelöf m fl, Rättegång I).

13 Lindell, Civilprocessen, 4 uppl, lustus 2017, s 48.

14 Lindblom, Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?, i SvJT 2004 s 229 ff, särskilt s 235 f.

15 Westberg, Civilrättskipning, s 109 och s 114. Westberg beskriver en utvecklingslinje från 1820-talet fram till och med 1942 års rättegångsbalk och en utvecklingslinje som börjar på 1970-talet och som tar sikte på behov av större förändringar av RB.

uppehålla mig vid en annan trend, eller ett problem, som processrätten har att förhålla sig till. Utöver utmaningarna att hantera upplevd politisering, privatisering, globalisering etc för att åstadkomma en moderniserad och samhällsanpassad process måste inom processrätten också hanteras *processrättens egna förflutna*.

Paradoxalt nog kan det förflutna få en ökad betydelse trots att det tidsmässiga avståndet till de äldre källorna ökar. En effekt av att RB varit i bruk under lång tid är att den kumulerade diskussionen blivit omfattande och svåröverblickad. I dag finns dock även de äldre källorna lätt tillgängliga. RB:s förarbeten och artiklar från SvJT, där en omfattande diskussion kring reformen och RB:s tillämpning förts, finns digitaliserade och fritt tillgängliga.¹⁶ Gärdes kommentar till RB, från 1949, finns sedan mitten av 1990-talet nyutgiven i faksimil.¹⁷ Ekelöfs Rättegångsserie, där första bandet gavs ut 1957, ges fortfarande ut i nya upplagor och rymmer inom sina pärmar mer än 60 års utveckling.

Jag kommer i det följande att reflektera över hur den utveckling som beskrivits ovan påverkar eller bör påverka argumentationen de lege lata, med hjälp av ett processrättsligt intressant HD-avgörande från senare tid.

2. DEN OMDISKUTERADE TALEÄNDRINGSFRÅGAN I NJA 2011 S 718

HD prövade i NJA 2011 s 718 frågan om en kårande, som under processen hade höjt beloppet i sitt yrkande och åberopat ett annat händelseförlopp till grund för beräkningen av en skada (orsakad av påstådd vårdslös rådgivning), hade gjort en tillåten taleändring enligt RB 13:3.

I RB 13:3 st 1 p 3 regleras undantag från det generella förbudet för en part att ändra en talan i tvistemål, vilket kan göras genom att ”framställa nytt yrkande, om det stöder sig på väsentligen samma grund”.¹⁸ I st 3 föreskrivs istället en generell möjlighet att ”utan att saken ändras, åberopa ny omständighet till stöd för sin talan”. Avgörande för frågan om en taleändring eller talejustering är tillåten är således hur begreppen ”grund” och ”saken” i dessa olika stadganden förstås.

¹⁶ Se t ex Sunnqvist, Rättsreform, rättsdebatt och rättskultur – 100 år med Svensk Juristtidning, i SvJT 2016 s 821 ff och Modéer, Katalysator för rättsliga diskurser. Svensk Juristtidning under Karl Schlyters redaktörskap, i SvJT 2016 s 881 ff.

¹⁷ Gärde, Engströmer, Strandberg och Söderlund, Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande med kommentar, Norstedts 1949 och 1994.

¹⁸ Rekvisitet speglar förutsättningarna för att kumulera två olika parallella käromål med stöd av RB 14:2.

HD prövade inledningsvis det som förändrats i kärandens grunder mot RB 13:3 st 3, och ansåg att det som tillkommit utgör ”påståenden” som inte förändrar saken:¹⁹

Det förhöjda yrkandet baseras på en skadeståndsberäkning där det verkliga händelseförloppet är oförändrat men det hypotetiska händelseförloppet ändrats till att avse de affärer som [käranden] ursprungligen önskade få utförda men som till följd av bankens rådgivning inte utfördes. Fråga är emellertid om samma uppdragsförhållande, som inbegripit såväl rådgivning som placeringar, och det rör sig om förvaltning av samma kapital, vilken förvaltning oförändrat påstås ha varit oaktsam i olika hänseenden och därmed skadeståndsgrundande. [...] De nya påståendena rörande det hypotetiska händelseförloppet kan i betraktande av det anförda inte, om de beaktas, anses förändra identiteten av den talan som [käranden] väckt. Eftersom saken således är oförändrad finns inget hinder mot att dessa påståenden läggs till grund för [kärandens] ursprungliga yrkande.

HD prövade därefter det förändrade yrkandet mot RB 13:3 st 1 p 3:²⁰

Huruvida ett förhöjt beloppsyrkande i sig innebär en taleändring eller inte torde emellertid i ett fall av förevarande slag sakna praktisk betydelse. I 13 kap. 3 § första stycket 3 föreskrivs nämligen att käranden får framställa nytt yrkande, om det stöder sig på *väsentligen samma grund*. Det gäller då så mycket mer om grunden inte alls ändras, dvs. att *fråga är om samma grund*. [...] I det aktuella fallet har konstaterats att vad [käranden] nu har åberopat till stöd för skadeståndsberäkningen inte utgör någon taleändring. En konsekvens av det är att det förhöjda yrkandet stöder sig på vad som enligt 13 kap. 3 § första stycket 3 är att anse som *samma grund som den väckta talan vilar på*. Yrkandet är därför tillåtet.

Att processuella frågor löses utifrån RB:s ordalydelse och förarbeten är i sig inget specifikt för detta exempel. Avgörandet är dock lämpligt för en djupare analys eftersom det rör tillämpning av ett stadgande som varit oförändrat sedan RB:s tillkomst, rör grundläggande processuella begrepp, inte tydligt är kopplat till tidsbundna fenomen och dessutom har lett till en efterföljande diskussion i litteraturen som visar att tillämpningen inte är okontroversiell. Pauli och

19 Se p 9 och 10 i avgörandet.

20 Se p 12 och 13 i avgörandet, min kursivering.

Edelstam kommenterade avgörandet i en artikel i SvJT, och riktade där kritik mot HD:s resonemang. Kritiken rörde både HD:s i beslutsskälens uttryckta uppfattning om vad som utgör rättsfaktum och hur avgörandet förhåller sig till hur RB 13:3 tidigare har tillämpats.²¹ Pauli och Edelstam påpekar att tillåtligheten av en förändring av karendens talan såvitt avser yrkande och/eller grund tidigare har bedömts *antingen* mot bestämmelsens st 1 *eller* mot st 3, men inte att prövningen ”klyvs” i båda dessa led.²² Vidare menar de att den rådande uppfattningen är att saken skall definieras utifrån rättsföljden, och inte grunden.²³ Slutligen kritiserar de att HD med sina formuleringar sår tvivel om huruvida st 1 p 3 inte bara är tillämplig om grunden är väsentligen densamma, utan också när grunden är oförändrad, trots att praxis och doktrin varit tydliga med att sådan tillämpning kan ske.²⁴ Sammanfattningsvis menar Pauli och Edelstam att avgörandets prejudikatvärde är begränsat, inte minst eftersom HD utan att redovisa skälen ”avviker från vedertagen processrättslig systematik, begreppsbildning och metod”.²⁵

JustR Lindskog, som deltog i HD:s avgörande, replikerade på kritiken och försvarade utgången. Jag kommer i avsnitt 3 nedan att återkomma till det konkreta tillämpningsproblemet, men vill först uppmärksamma Lindskogs argumentation på ett mer principiellt plan. I sitt genmäle mot kritiken anförde Lindskog:²⁶

Frågan vilken bestämmelse som det ligger närmast till hands att tillämpa torde nog för de flesta vara av mindre intresse, så länge slutsatsen blir densamma. [...] Det är möjligt att det aktuella avgörandet ur ett strikt processrättsteoretiskt perspektiv förtjänar det hårda omdöme som Pauli och Edelstam avger. För mig är det mindre intressant. Det som är viktigt i det juridiska hantverk som också rättsbildningen på processrättens område trots allt utgör är nämligen enligt min mening att man inte oreflekterat söker lösningarna i teoretiska modeller i form av ”systematik, begrepps-bildning och metod”. Inom ramen för Högsta domstolens norm-bildningskompetens bör det vägledande för den civilprocessrättsliga

21 Pauli och Edelstam, ”Över ån för att hämta vatten?” – en analys av ett HD-avgörande om ändring av talan, i SvJT 2012 s 474. Se också desamma i Ekelöf, Edelstam och Pauli, Rättegång II, 9 uppl, Norstedts 2015, s 165 f (cit Ekelöf m fl, Rättegång II).

22 Pauli och Edelstam, ”Över ån för att hämta vatten?”, s 482 f.

23 Pauli och Edelstam, a a s 483 f.

24 Pauli och Edelstam, a a s 485.

25 Pauli och Edelstam, a a s 487.

26 Lindskog, Om att gå över ån – en replik, i SvJT 2012 s 587, här s 588 f.

prejudikatbildningen i stället vara de processrättsliga reglernas funktioner, nämligen att erbjuda parterna en förutsebar, balanserad och i övrigt rättssäker tvistlösningsordning, som med tillgodoseende av ett krav på rimlig effektivitet säkerställer ett materiellt riktigt avgörande så långt det låter sig göras.

Den sista meningen i citatet ovan kan ge en förklaring till diskrepansen i uppfattningarna, vilket kommer att utvecklas i följande avsnitt. För att förstå avgörandet i NJA 2011 s 718 och kritiken mot detta finns därför anledning att i följande avsnitt gå tillbaka till beskrivningen av utvecklingen i avsnitt 1, och komplettera denna med en kort reflektion kring hur olika *rättsteoretiska* strömningar sett ut under dessa perioder. Beskrivningen är då lämplig att dela in i samma perioder som använts i avsnitt 1 ovan, med ett avstamp 1911 och ett skifte vid tiden för andra världskriget.

3. NJA 2011 S 718 I ETT RÄTTSTEORETISKT UTVECKLINGSPERSPEKTIV

3.1 RÄTTSSKYDDSTANKAR OCH BEGYNNANDE REALISM OCH FUNKTIONALISM UNDER 1900-TALET FÖRSTA HALVA

1911 är inte bara året då PK inledde arbetet med RB, utan brukar också beskrivas som startpunkten för den s k Uppsalaskolan, då Hägerström installerades som professor i praktisk filosofi i Uppsala.²⁷ En jurist som tidigt och med emfas tog upp Hägerströms idéer var Lundstedt,²⁸ konkret inriktat på frågor om skadeståndsrättens principer om skadegörarens skuld.²⁹ Inom processrätten lanserar under 1920- och 1930-talen Olivecrona, Ross och Ekelöf liknande tankegångar.³⁰

27 Se om detta t ex Björne, Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III, Den konstruktiva riktningen, 1871–1910, Institutet för rätthistorisk forskning 2002, s 4 och Eliaesen m fl, Axel Hägerström and Modern Social Thought, The Bardwell Press 2014, s 2 f.

28 Se Lundstedt, Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig?, i SvJT 1921 s 325, dens, Fiktion eller sanning i juridiken?, i SvJT 1924 s 281 där han diskuterar ”den riktning, i vilken lagtolkningen i allmänhet bör gå” och dens, Grundläggning av en ny rättsvetenskap. Reflektioner i anledning av Hägerströms senaste verk, i SvJT 1928 s 460.

29 Se t ex Lundstedt, Kritik av nordiska skadeståndsläror, i TfR 1923 s 66, Undén, Om Julius Lassens tillitsteori, i SvJT 1929 s 342 och s 540 och Lundstedt, Om den s.k. tillitsteorien, i SvJT 1929 s 423.

30 Se Olivecronas kritik mot Kallenbergs rättsskyddssyn i Talerätt och materiell rätt. En relik från naturrätten, i SvJT 1925 s 177, Ross avhandling Theorie der Rechtsquellen: ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Deuticke 1929 och Ekelöfs användning av Lundstedts samhällsnyttoprincip i sin avhandling Om interventionsgrunden, Almqvist & Wiksell 1937, t ex s 102 f. Se också Nordin, Från Hägerström till Hedenius: den moderna svenska filosofin, Doxa 1983, s 126 ff.

Hägerströms och hans efterföljares idéer präglades av dåtidens starka samhällsorientering och avståndstagande från hur de uppfattade den s k viljeteorin till förmån för en mer realpsykologisk inställning.³¹ Utöver de *realistiska* anspråken kan man också peka på dess *funktionalism*. Till skillnad från tidigare blev dels frågan om civilprocessens funktion väsentlig, dels gavs den nya svar. Processrättsprofessorn Kallenberg var representant för det i doktrinen dominerande synsättet på processens funktion, inspirerat av mer konstruktivistiska tankar. Lösningarna förankrades i den systematik, begreppsanvändning och de principer som kunde härledas ur lagstiftningen:³²

Civilprocessens ändamål kan väl i de särskilda fallen sägas närmast vara skyddande af privata rättsintressen, men det får dock ej förbises, att själfva processinstituten, i stort sedt, äfven tjenar ett mera omfattande och betydelsefullare syfte nämligen hela rättsordningens upprätthållande och rättsfredens bevarande.

Samma betoning av de enskilda fallen fanns hos t ex PK, som motiverade sina förslag om fri bevisvärdering, omedelbarhet, muntlighet och koncentration med att syftet med processen skall vara att ”det verkliga saksammanhanget utreds och att dom blir meddelad på grund därav”. Här anförs vidare:³³

Det har understundom förmenats, att civilprocessen icke i samma grad som rättsskipningen i brottmål skulle hava till uppgift att åstadkomma en utredning av sanningen i målet och ett avgörande av målet på denna grund utan i stället skulle i viss mån nöja sig med något, som betecknats som formell sanning i motsats mot den materiella sanningen, som vore straffprocessens mål. [...] Även civilprocessens uppgift måste vara att åvägbringa en tillfredsställande utredning av vad som förekommit i målet och att därmed bereda grund för en riktig prövning av detsamma.

Den rättsrealistiska diskussionen fördes under första halvan av 1900-talet delvis i polemik med sådana uppfattningar om att civilprocessens uppgift är att

31 Se t ex Hägerström, Är gällande rätt uttryck av vilja?, i Festskrift tillägnad professor Vitalis Norström, Wettergren & Kerber 1916, s 171 ff och dens. Till frågan om den objektiva rättens begrepp. I. Viljeteorien, Akademiska bokhandeln 1917, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område, i Theoria 1935 s 32 ff och Kriminalpsykologiskareflexioner, i SvJT 1925 s 329. Se också Bjerre, Anmälan av Hägerström, Är gällande rätt uttryck av vilja?, i SvJT 1918 s 142.

32 Kallenberg, Svensk civilprocessrätt. Föreläsningar I, Gleerup 1917, s 64 ff.

33 SOU 1926:33 s 5 f.

utreda den ”materiella sanningen”.³⁴ Olivecrona menade t ex att Kallenbergs framställningar präglades av en naturrättslig åskådning att rättigheter existerar oberoende av processen, och inte ”bara om domare och myndigheter handla enligt dessa regler”.³⁵ De rättsrealistiska idéerna präglade dock inte det pågående arbetet med RB-reformen i någon högre grad.³⁶ PLB:s ordförande Gärde uttalade t ex i en artikel 1931, i polemik med Olivecrona och Lundstedt, att det var en självklarhet att ”samhället och lagarna grundar sig vissa i den mänskliga naturen inneboende anlag” och att lagen ”till sin natur” innefattar en värdebestämning, en klassificering av handlingarna.³⁷

För analysen av HD:s tillämpning av RB 13:3 i NJA 2011 s 718 är användningen av begrepp som ”grund” och ”saken” centrala, och HD påpekar i beslutsskäl hur behandlingen av taleändringsfrågan sammanhänger med rättskraftens utsträckning.³⁸ I RB:s förarbeten kopplas användningen av dessa begrepp till en syn på ”processföremålet” som präglats av tysk processrätt och teorier om det s k ”processrättsförhållandet”, där processuella sanktioner härleddes till parter och domstols skyldighet att verka för en materiellt riktig dom. I Kallenbergs stora framställning Svensk civilprocessrätt, utgiven

34 Se t ex Andersson i Eliaesen m fl, a s 216 och Ekelöf, En rättsvetenskaplig tragedi, i Hästad (red), Festskrift till Henrik Hessler, Norstedts 1985, s 145 ff. Diskussionerna fördes också i hög grad mellan företrädarna för ett realistiskt synsätt. Ross menade t ex att Lundstedt bara ersatte vissa metafysiska begrepp som ”rättfärdighet, rättighet, plikt, rättssvishet, normativ giltighet” etc med en annan metafysisk princip om ”sammällsnytta”, se Ross, Realismen i Retsvidenskapen og Samfundsnnyttekimæren, i SvJT 1932 s 324 och Lundstedts svar i Lundstedt, Är det metafysik att beakta sammällens intressen i rättsvetenskapen?, i SvJT 1932 s 537. På motsvarande sätt kan nämnas diskussionen kring det s k Hägerstöm-Lundstedtska misstaget, se Nordin, Från Hägerström till Hedenius och Strang, Two Generations of Scandinavian Legal Realists, i Retfærd 2009 nr 1/124 s 62 ff.

35 Olivecrona, Talerätt och materiell rätt. En relik från naturretten, i SvJT 1925 s 177.

36 Reformen var å andra sidan inte heller tydligt präglad av den rättsvetenskap Uppsalaskolan opponerade sig mot utan dominerades i hög grad av praktiska hänsynstaganden. Se t ex beskrivningen ovan av hur stödet för reformen kunde sökas både i komparativa argument och tysk och österrisk utveckling och i landskapslagarnas principer, utan att innehållet eller inriktningen på förslagen märkbart påverkades.

37 Gärde, Samhället och lagarna. Några reflexioner, i Festskrift till Erik Marks von Würtemberg, s 220. Se för bakgrunden till detta inlägg Hägerströms, Lundstedts och Olivecronas bidrag i Minnesskrift utgiven av Juridiska Fakulteten i Uppsala 1929 till hägkomst av dess första doktorspromotion 1629, 1929. Minnesskriften recenserar av bl a Nial i SvJT 1930 s 351. Se också t ex Guldberg, Teori och verklighet. Några reflexioner, i SvJT 1932 s 553 och, om Ekelöfs och Olivecronas kritik mot RB:s grundprinciper Lindblom, Rättgångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar, i SvJT 1999 s 500 f.

38 Se p 8 i beslutet.

från 1917 och framåt, baserar han t ex sina resonemang på ”läran om” rättsförhållanden och rättsskyddsbehov.³⁹

I RB:s förarbeten problematiserades inte rättskraftens koppling till åberopade grunder i större utsträckning. Bl a sägs att ”[d]et rättsförhållande, som sålunda gjorts till processföremål, blir, i den mån det dragits under rättens prövning, rättskraftigt avgjort”, att rättskraften ”inte sträcker sig längre än såvitt den ifrågavarande saken genom domen avgjorts” och att det däri ligger att “[...] i samma mån som saken anses bestämmas av de grunder, vilka i rättegången anföras till stöd för den framställda talan, rättskraften endast omfattar den på dessa grunder företagna prövningen”.⁴⁰ Här sägs också att en ”helt annan grund” förändrar saken.⁴¹

3.2 RB I BRUK – EN INSTRUMENTELL SYN PÅ PROCESSEN

Under andra halvan av 1900-talet har förhållandena ändrats. När RB träder i kraft är Ekelöf och Olivecrona professorer i processrätt i Uppsala respektive Lund. Det är också de som, tillsammans med Hassler, författar de första läroböckerna i processrätt som behandlar nya RB. Ekelöf delar inte uppfattningen att processens funktion är att bereda rättsskydd.⁴² Ekelöf ser istället, med stöd i Hägerströms och Lundstedts idéer om samhällsnyttan, rättskipningen som en del i samhällets struktur och menar att den framför allt skall bidra till att ”människorna över huvud taget avhåller sig från samhällsskadliga handlingssätt samt att deras aktivitet länkas in på samhällsnyttiga banor”.⁴³ Ekelöf pekar också på hur lagstiftning och rättskipning därigenom bör gå hand i hand, eftersom samma samhällsnytta skall eftersträvas i de materiella reglerna.⁴⁴ Ekelöfs synsätt kan påminna om Kallenbergs påpekande om rättsordningens upprätthållande, men en avgörande skillnad är Ekelöfs *instrumentella* syn på hur den materiella rätten skall få genomslag genom lagstiftningsteknik och rättstillämpning. Genom vad Ekelöf betecknar som en teleologisk lagtolkningsmetod skall avgöras vilka åberopade omständigheter i målen som skall klassificeras som rättsfakta.⁴⁵ Rättsregelns ändamål, eller ”praktiska funktion för närvarande”, skall användas vid bestämmandet av

39 Kallenberg, Svensk civilprocessrätt. Föreläsningar I, s 64 ff. Se beträffande rättskraftens koppling till taleändringar, a a, Andra bandet, del VI, Gleerup 1939, s 1409 ff.

40 Se NJA II 1943 s 218.

41 Se NJA II 1943 s 116.

42 I Ekelöf m fl, Rättegång I, behandlas detta på s 19 ff.

43 Ekelöf m fl, Rättegång I, s 13 f.

44 Se t ex Ekelöf, Om interventionsgrunden, s 102 f.

45 Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, Gleerup 1951, särskilt s 21 ff, Ekelöf m fl, Rättegång I, s 99 ff. Se också Ekelöf, Samhällsaskådning och civilprocess, i SvJT 1941 s 106 ff, här s 122.

vilka omständigheter som utgör rättsfakta.⁴⁶ Ekelöf menade att civilrättskipningens viktigaste uppgift inte var att skapa ”rättsskydd”, med fokus på ”förekommande processer och konkreta företeelser”, utan att processen skulle användas som ett medel att styra människors handlingar, och att de processuella reglerna skulle tillämpas så att de materiella reglerna ges bästa möjliga genomslagskraft i samhället.⁴⁷ Denna instrumentella syn på rätten är också en av förklaringarna till att den processrättsliga diskussionen under andra halvan av 1900-talet, som beskrivits i avsnitt 1 ovan, i hög grad varit inriktad mot att samhällsanpassa processen.

Den förändrade teoretiska synen på processrätten påverkar hur rättskrafts- och taleändringsfrågor behandlas. Under 1930-talet kritiserade Ekelöf i sin avhandling att man då normalt fastställde ”rättskraftens väsen på allmänna grunder och härleder sedan därur de speciella rättsverkningarna”.⁴⁸ Istället satte Ekelöf rättskraften i relation till den konkreta regleringen i äldre RB, där parternas materiella förfoganderätt över processföremålet också kopplades till rättskraftens utsträckning.⁴⁹

I sitt avhandlingsarbete under 1940-talet undersökte Welamson rättskraften i brottmål, där han bl a konstaterade att nya RB:s användning av begreppet ”gärning”, vilket i förarbetena liksom begreppet ”grund” ansetts ha samma innebörd i de olika stadgandena där det användes,⁵⁰ i en ändamålsinriktad tillämpning behövde ges olika innebörd beroende på om det reglerade kraven på åtal i RB 45:4, möjligheten att justera åtal i RB 45:5, litispendens i RB 45:1 eller rättskraftens utsträckning i RB 30:3.⁵¹

På motsvarande sätt sökte sedan Ekelöf en ändamålsinriktad rättskraftsreglering i tvistemål. Istället för att använda begrepp som ”rättighet” konkretiserades diskussionen till att röra kopplingen mellan rättsfakta (grunder) och rättsföljder (yrkanden).⁵² Dessutom användes en då ny

46 Ekelöf m fl, Rättegång I, s 100 ff. Ekelöf menar att lagstiftaren, för att detta skall vara möjligt, är tvungen att överlåta de säregna fallen på domstolarna att klara på egen hand.

47 Ekelöf m fl, Rättegång I, s 19 f. Jfr Lindblom, Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda, i SvJT 2000 s 105 ff, här s 132.

48 Ekelöf, Om interventionsgrunden, s 36 ff.

49 I detta fall gällde det regleringen av intervention, se Ekelöf, Om interventionsgrunden, bl a s 31 ff och s 82.

50 Se SOU 1938:44 s 342, s 469 och s 472.

51 Welamson, Brottmålsdomens rättskraft, Nordiska Bokhandeln 1949, t ex s 93 (särskilt not 6) och s 105 ff.

52 Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi, senast publicerad i De Lege 1991, lustus 1991, s 189 ff (ursprungligen i TfR 1945 s 211 ff). Se om detta Samuelsson, Tolkning och utfyllning,

semantisk syn på hur språkets vaghet kan hanteras.⁵³ Detta leder till att begrepp som ”talan”, ”grund” och ”saken” kan ges olika innebörd om de används för att reglera krav på vad som skulle åberopas i stämningsansökan i RB 42:2, för möjligheterna att ändra talan i RB 13:3 st 1, för kumulation och s k incident kumulation i RB 14:2 och 13:3 st 3, för vilka omständigheter domstolen får döma över enligt RB 17:3, eller för rättskraftens omfattning i RB 17:11.⁵⁴ Istället för hänsyn till att i det enskilda målet uppnå ett materiellt riktigt resultat tillämpas regler om taleändring och rättskraft för att uppnå handlingsdirigerande effekter *utanför* den aktuella tvisten. Detta betraktelsesätt har sedan varit dominerande i rättsutvecklingen, och det har utvecklats i doktrin och praxis snarare än i RB:s lagtext eller förarbeten.⁵⁵

3.3 NJA 2011 S 718 I LJUSET AV DEN TEORETISKA UTVECKLINGEN

Om avgörandet i NJA 2011 s 718 betraktas mot bakgrund av denna historik, förstår man möjligen bättre de reaktioner det orsakat. HD:s avgörande har delvis karaktären av ett metodprejudikat, som ger vägledning till i vilken ordning taleändringsfrågor kan lösas med hjälp av RB 13:3.⁵⁶ Det är, som

lustus 2008, s 362 och Strang, Two Generations of Scandinavian Legal Realists, i Retfærd 2009 nr 1/124 s 62 ff.

53 Ekelöf m fl, Rättegång I, s 100. Se också Ekelöf, Semantik och juridik, i SvJT 1966 s 497 ff.

54 Se för bakgrunden till dessa tankar t ex Ekelöf, Förutsättningar för ändring av talan i tvistemål, i Uppsala universitets årsskrift 1941, s 30 f, dens, Ändring av talan, i SvJT 1956 s 305 ff samt dens, Processuella grundbegrepp, Norstedts 1956, s 80 ff och s 86 ff.

55 Beträffande rättskraftens koppling till RB 13:3, se Ekelöf m fl, Rättegång II, s 156 ff med vidare hänvisningar.

56 För egen del menar jag att domstolen inledningsvis genom materiell processledning bort klargöra om käranden menat att det nya yrkandet kan bifallas vid sidan av eller bara alternativt med yrkandet om ersättning för den skada som påståtts orsakats av de först åberopade omständigheterna (jfr Lindskog, Om att gå över ån – en replik, i SvJT 2012 s 587, särskilt not 2, som trots kärandens nya åberopande av att vissa köpinstruktioner lämnats till svaranden menar att det bara varit en fråga om en förändring av ett ”hypotetiskt händelseförlopp”). Därefter bör klargöras om de förändringar käranden önskar göra ligger inom eller utom rättskraften för den talan som redan förts (jfr Pauli och Edelstam, a a s 487, som istället tycks se skillnaden mellan vad som är en godkänd eller otillåten taleändring och vad som inte alls är en taleändring i om man kan börja och stanna i 13:3 st 1 p 3 – då är den godkänd oavsett om saken är densamma eller inte – och bara om situationen inte kan lösas med st 1 p 3 har domstolen anledning att gå vidare till RB 13:3 st 3). Parter och domstol bör dock vara klara över om rätten handlägger två kumulerade mål (tillåten/otillåten taleändring) eller om det är fråga om ett och samma mål (tillåten justering av talan). Att det i det aktuella målet var fråga om ”samma kapital” hindrar enligt min mening inte att talan om ersättning för skada i form av faktisk värdeminskning efter påstådd värdeslös rådgivning från november 2002 inte skulle kunna ha förts separat från en talan om skada i form av utebliven värdeökning orsakad av en utebliven investering 2004 (som åberopandet först såg ut) eller en utebliven investering 2002 (som det nya yrkandet grundades på). Det den senare skadan har gemensamt med den första är enbart påståendet om

Pauli och Edelstam påpekar, i sig inte så kontroversiellt att HD använder RB 13:3 st 1 p 3, ett stadgande av lagstiftaren avsett att reglera kumulation av två olika mål där saken inte är densamma, för att också godta ett nytt yrkande på samma grund som ett tidigare mål.⁵⁷ Inte heller är det kontroversiellt att distinktionerna mellan taleändringar (st 1) och justeringar som inte ändrar saken (st 3) luckras upp.⁵⁸

Däremot strider avgörandet mot den ”paketlösning” där frågor om sakens identitet måste lösas med hänsyn till både rättsfaktums- och rättsföljdssidan.⁵⁹ Förenklat kan man säga att HD i 2011 års avgörande inledningsvis konstaterar att de nya omständigheterna inte ändrar sakens identitet, vilket de *betecknar som att grunden inte ändras*. Eftersom domstolen sålunda konstaterat att grunden inte bara är väsentligen densamma utan det är fråga om *samma grund*, saknar det sedan betydelse om det ändrade yrkandet i sig skulle förändra talans identitet eller inte eftersom ordalydelsen i RB 13:3 st 1 p 3 ger stöd för att tillåta det nya yrkandet.⁶⁰ Den språkliga logiken bakom detta resonemang står inte i direkt strid mot RB:s ordalydelse och förarbeten. HD skiljer dock på en talans rättsföljdssida och rättsfaktumssida på ett sätt som vore främmande för

att den verkliga behållningen hade varit oförändrad om inte den värdelösa rådgivningen skett 2002, och yrkandet består av två skadeposter som kumulerats (se liknande mening hos Lindell, Civilprocessen, s 297 f, jfr dock annan mening Nordh, Praktisk process I, Processens ram i tvistemål, 3 uppl, lustus 2012, s 92 f, som betraktar både utebliven värdeökning och faktisk värde-minskning som en och samma skada, i form ”kapitalförstöring”). Kumulativa saker omfattas inte av rättskraften, och möjligheten att frångålla talan avseende en sak (utebliven värdeökning efter utebliven investering 2004) och yrka annan ersättning på annan grund (utebliven värdeökning efter utebliven investering 2002) regleras just genom regeln om incident kumulation i RB 13:3 st 1 p 3. Om rätten dock kommer fram till att det nya åberopade händelseförloppet faller inom saken för den talan som redan förs, är det fritt fram för käranden att i vart fall som grund åberopa de skadegörande handlingarna och den nya skadan, med stöd av 13:3 st 3 (justering av talan). Ordalydelsen i 13:3 ger dock inte svar på om också yrkandet då skall få ändras i linje med hur grunderna nu ser ut. Antingen söker man stöd enbart i RB 13:3 st 3 eller så kan 13:3 st 1 p 3 tillämpas antingen *e contrario* eller analogivis.

57 Den tillämpningen skulle förmodligen även Ekelöf acceptera, se Ekelöf m fl, Rättegång II, s 162 f, särskilt not 256.

58 Det har varit en följd redan av tidigare praxis, t ex efter NJA 1999 s 520. Se vidare om detta Pauli och Edelstam, a s 476 och Ekelöf m fl, Rättegång II, s 156 ff.

59 Vilka omständigheter som utgör rättsfaktum avgörs utifrån vilka rättsföljder som är kopplade till omständigheten, och rättsföljdens identitet avgörs med hänsynstagande till vilka omständigheter som ligger till grund för den.

60 Om nya omständigheter inte leder till en ändring av saken blir detta för HD lika med att nya omständigheter är ”samma grund”. Därefter menar HD att det som utgör samma grund också utgör väsentligen samma grund. Slutligen dras slutsatsen att om det är fråga om väsentligen samma grund yrkandet kan ändras alldeles oavsett om saken ändras.

t ex Ekelöf, eftersom frågan om vilka omständigheter som ligger till grund för det högre yrkandet ”trollas bort” och blir irrelevant för avgörandet.⁶¹

Denna tillämpning av RB 13:3 beror dock inte nödvändigtvis på att HD missförstått eller ignorerat tidigare praxis. Det Lindskog ger uttryck för i sitt svar på kritiken är en helt annan syn på processrättens funktion än den som dominerat sedan RB trädde i kraft. Lindskogs syn⁶² överensstämmer mer med den som präglat förarbetena. Den materiella utgången i det enskilda fallet ges företräde framför den materiella rättens genomslag i ett vidare perspektiv.⁶³ Avgörandet är i så fall också ett exempel på hur domstolens inställning i den rättsteoretiska frågan om civilprocessens funktion direkt kan påverka utgången i en tillämpningsfråga.

4. UTVECKLINGSPERSPEKTIVETS BIDRAG TILL PROCESSRÄTTSLIG METODIK

4.1 EN SYNTES FYLLD AV KRAFTER OCH MOTKRAFTER?

I NJA 2011 s 718 finns inte något explicit förhållningssätt till utvecklingen. Att lagtext, doktrin och förarbeten som används är äldre än 70 år berörs inte. Detta är inte ovanligt för rättsligt beslutsfattande. Även om det inte berörs uttryckligen kan man säga att de olika lagtolkningsmetoder som kommer till användning i rättstillämpningen *implicerar* olika synsätt på rättsutvecklingen, där historiken ges en roll utan att den synliggörs i argumentationen.

Att förankra rättstillämpningen i första hand i lagtexten och förarbeten och först därefter i andra källor är i sig inte kontroversiellt. I en rättspositivistisk eller rättsdogmatisk metod är *källornas status* ofta viktigare för argumentens legitimitet än faktorer som *när i tiden* argumenten avgivits, *vilken effekt* de kan få eller *vilken teoretisk förankring* de har.⁶⁴ Rättvisa och legitimitet anses inte uppnås genom hänsynstagande till tolkningsalternativens samhällseffekter, utan genom upprätthållandet av ett koherent system.⁶⁵ En rättsdogmatisk

61 Det är detta Pauli och Edelstam betecknar som att HD ”klyver” förändringen och prövningen i två led, se Pauli och Edelstam, a a s 482 f.

62 ”[A]tt erbjuda parterna en förutsebar, balanserad och i övrigt rättssäker tvistlösningsordning, som med tillgodoseende av ett krav på rimlig effektivitet säkerställer ett materiellt riktigt avgörande så långt det låter sig göras”, se ovan vid not 32.

63 En sådan inställning strider dock mot hur HD:s roll beskrivs i andra sammanhang, se t ex Lindskog i Verksamhetsberättelse 2016, Högsta domstolen. Se vidare avsnitt 4 nedan.

64 Se t ex Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, i SvJT 2004 s 1 ff, här s 8 f.

65 Peczenik, Coherence and Defeasability, i Andersson (red), Parallel and Conflicting Enforcement of Law, Norstedts 2005, s 257.

metod bidrar till att skapa systematisk klarhet i lagstiftningen,⁶⁶ där nödvändiga avvägningar sker mellan hierarkiskt inordnade faktorer.⁶⁷ Kleineman menar att en rättsdogmatisk metod utmärks av att rättskällorna studeras utifrån sin givna auktoritet, där förarbeten ”närmast givits en självständig auktoritet i domstolarnas praxis” medan ”uttalanden i den juridiska litteraturen endast ha bärighet genom sin inre tyngd”.⁶⁸ Synsättet ligger nära 1800-talets konstruktivism.⁶⁹ En konstruktivistisk eller rättsdogmatiskt inspirerad metod kan dock också förknippas med ett historiskt hänsynstagande.⁷⁰ Den legitimeras bl a av enhetligheten och lösningarnas förankring i stabila läror som i sin tur är moraliskt motiverade.⁷¹

En konstruktivistisk, rättsdogmatisk eller positivistisk metod beskrivs ofta som en motsats till en teleologisk och funktionsinriktad. Uppsalaskolan beskrivs ibland som en rörelse bort från rättsdogmatiken och rättsdogmatiken som ett avståndstagande från det teleologiska.⁷² I en funktionsinriktad rättstillämpning legitimeras lösningarna med tolkningsalternativens framåtblickande effekter snarare än hänsynstaganden till deras historiska förankring.⁷³ Ett sådant

66 Peczenik, Juridikens allmänna läror, i SvJT 2005 s 249 ff, här s 255.

67 Peczenik, Coherence and Defeasability, s 255 f.

68 Även om han också anger att litteraturens roll är omtvistad, se Kleineman, Rättsdogmatisk metod, s 33 ff.

69 Björne, Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III, Den konstruktiva riktningen, 1871–1910, s 210. Denna bygger enligt Björne på ”[r]ätts- eller lagpositivismen, dvs föreställningen, att all rätt emanerade från statens organ, lagstiftaren, och att det inte fanns någon metafysisk, icke-positiv rätt, samt å andra sidan den rättsvetenskapliga positivismen eller formalismen, dvs en metod, som härledde och tolkade rättsregler enbart med hjälp av rättsvetenskapens system, begrepp och lärosatser och som avvisade alla religiösa, etiska, sociala och politiska argument som icke-juridiska och irrelevanta.” Se också Spaak, Rättspositivism och juridisk metod, i Korling och Zamboni (red), Juridisk metodlära, Studentlitteratur 2013, s 47 ff, här s 53 ff.

70 Se t ex Kleineman, Rättsdogmatisk metod, i Korling och Zamboni (red), Juridisk metodlära, s 23: ”Förståelsen för reglernas rättshistoriska bakgrund är mycket viktig, särskilt på t ex förmögenhetsrättens område där de nordiska lagstiftarna valt att avstå från att ta ett helhetsgrepp genom t ex en vidlyftig lagkodifikation.”

71 Peczenik, Juridikens allmänna läror, i SvJT 2005 s 249 ff, här s 253 not 10.

72 Se t ex Lindell, Civilprocessen, bl a s 102 f och s 112 med vidare hänvisning, Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, i SvJT 2004 s 6, Peczenik, Juridikens allmänna läror, i SvJT 2005 s 249 ff och Modéer, Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs, i SvJT 2009 s 343. Jfr dock Spaak, Rättspositivism och juridisk metod, s 64 f, som enbart förknippar ”klassisk rättspositivism” med subjektiv tolkning och att rättspositivism i sig inte är oförenlig med teleologiska metoder. Lindell, a st, pekar också på hur den teleologiska metoden kan stå på egna ben utan en ideologisk ”överrock”.

73 Modéer, Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs, i SvJT 2009 s 343.

synsätt har passat bra för tiden efter andra världskriget, när ikraftträdandet av en helt ny rättegångsbalk sammanfallit med Europas återuppbyggnad.⁷⁴

I dag är dock det realistiska och funktionalistiska synsättet inte så dominerande som det kan sägas ha varit för några decennier sedan. Lindell poängterar t ex skillnaden mellan att betrakta processen som institution och att se till kärandens syfte med enskilda processer.⁷⁵ Istället för att formulera eller hitta en ”totalfunktion” av rättskipningen betonar han de enskilda processerna och deras rättsskyddsfunktion; att den enskilde måste ha en möjlighet att realisera sitt rättsanspråk och på detta vis få rättsskydd.⁷⁶ I Rättegångsserien har Ekelöfs ursprungliga betoning av ändamålsinriktad tolkning också ställts mot alternativa beskrivningar.⁷⁷ Det realistiska och funktionalistiska tänkandet kompletteras av en mångfald av olika teorier och metoder, där språk, ekonomi, psykologi, politik med mera får andra roller. I denna mångfald kan särskilt noteras hur också historiska argument får ny betydelse,⁷⁸ och t ex Lindblom har dragit en parallell mellan de historiska och komparativa perspektiven:⁷⁹

Den rättsvetenskapsman som avgränsar sig till att enbart forska på små snåriga tillämpningsproblem riskerar att skriva sig blind. Fara minskar om perspektivet vidgas. Bakom snåret ligger rättshistorien, på sidorna den komparativa – jämförande – rätten och framför den rättspolitiska diskussionen de lege ferenda. De har alla ett egenvärde, men de får också aktuella tillämpningsfrågor de lege lata att framstå i ett klarare ljus.

74 Se t ex Modéer, ”Den kulan visste var den tog”. Om svenska juristers omvärldssyn 1935–1955, i Andersson och Lindell (red), Festskrift till Per Henrik Lindblom, iustus 2004, s 443 ff, här s 445 om paralleller till den tyska rättshistoriens ”Stunde Null” (fredsslutet 1945).

75 Lindell, *Civilprocessen*, s 22 f.

76 Lindell, *Civilprocessen*, s 21 ff och not 1 angående Lindells rättsskyddsbegrepp. Se också a a s 26: ”Käranden vill kort sagt få fastslaget att han har den rätt han påstår sig ha (rättsskydd) och saknar av naturliga skäl intresse av att vara ett redskap för att processen skall fylla någon övergripande funktion eller något allmänt mål.”

77 Se t ex Heuman i Ekelöf m fl, *Rättegång I*, s 85 ff.

78 Se t ex Lindblom, *Tes, antites och syntes – perspektiv på processrätten*, i SvJT 1984 s 785 ff, dens, *Rättegångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar*, i SvJT 1999 s 496 ff. Också t ex Westberg framhåller att det krävs ett utvecklingsperspektiv för att förstå rättskipningen, eftersom varje tid har sin uppfattning om vad som kännetecknar en modern rättegång i betydelsen att den skall vara anpassad till de krav som för närvarande gör sig gällande i samhället, se Westberg, *Civilrättskipning*, s 109 och s 114.

79 Lindblom, *Anmälan av Cappelletti: The Judicial Process in Comparative Perspective*, i SvJT 1990 s 556 ff, här s 556.

Från rättshistoriskt håll beskriver Modéer hur samhällsutvecklingen under 1900-talet som beskrivits ovan, med geopolitiska förändringar, den Europeiska unionen, en transnationell rätt etc, får återverkningar på rättsvetenskapen.⁸⁰ Modéer talar om en ”rättslig romantik”:⁸¹

Också den praktiska juridiken omfattar i dag nya teoretiska utgångspunkter, och det historiska argumentet har blivit ett sätt att omtolka den klassiska relationen mellan rättslig teori och praktik. Det historiska argumentet har med andra ord synliggjorts i dagens rättsvetenskapliga diskurser.

Jag hävdar, att vi i dag kan identifiera en ny rättslig romantik. Den utgör inte någon förhärskande uppfattning, som den var under den historiska rättsskolans period på 1800-talet, men den utvecklas i ett antal internationella diskurser och vinner successivt nyfikenhet och intresse bland yngre vetenskapsföreträdare. Vi håller på att konstruera en syntes i förhållande till modernitetens antites, och vi finner ständiga exempel på att vi idag önskar gå bortom, beyond, modernitetens nationella rättsliga och traditionskritiska konstruktioner.

På motsvarande sätt beskriver Samuelsson hur hermeneutiska synsätt lett till ifrågasättande av rättsvetenskapens instrumentalitet och till att intresse åter riktas mot bl a Savigny och Windscheid,⁸² vilket också påverkar villkoren för det juridiska beslutsfattandet.⁸³ Såväl Modéer som Samuelsson pekar dock ut en motsättning mellan de komparativa argumenten och de historiska, och beskriver det ökade intresset för historiska argument som en *reaktion* mot internationalisering och komparativa argument.⁸⁴ Modéer beskriver det som en försummad uppgörelse med det förflutna.⁸⁵

80 Modéer, Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs, i SvJT 2009 s 340 ff.

81 Modéer, Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs, i SvJT 2009 s 343, se också dens, Jurister på politikernas arenor, s 737.

82 Samuelsson, Hermeneutik, i Korling och Zamboni (red), Juridisk metodlära, s 371 ff, här s 387 f. Se också om Samuelssons historiesyn, dens, Avtalsrätt vid historiens slut, i JT 2016/17 s 643 ff.

83 Se t ex Samuelsson, Hermeneutik, s 374 f.

84 Se t ex Modéer, Jurister på politikernas arenor, s 736 f, dens, ”Den kulan visste var den tog”. Om svenska juristers omvärldssyn 1935–1955, i Andersson och Lindell (red), Festskrift till Per Henrik Lindblom, s 443 f, och Samuelsson, Hermeneutik, s 392.

85 Se t ex Modéer, ”Den kulan visste var den tog”. Om svenska juristers omvärldssyn 1935–1955, i Andersson och Lindell (red), Festskrift till Per Henrik Lindblom, s 443.

Ett ökat inslag av historiska argument kan dock också främja ett mer *polycentriskt* eller *pluralistiskt* synsätt på juridiken – vad Modéer betecknar som en syntes av tidigare historiska skolor och modernitetens paradig, av 1800-talets idealistiska tes och 1900-talets pragmatiska och realistiska antites.⁸⁶ En sådan syntes skulle vara ett hjälpmedel för att hantera motsättningar som uppkommer om rättstillämparen begränsar sig till traditionella tolkningsmetoder. Med Modéers ord är det en minst sagt dynamisk syntes ”som söker identifiera ’rättens levande ruiner’” och som är ”fylld av krafter och motkrafter”.⁸⁷

Det historiska argumentets återkomst skall i så fall kanske inte främst förstås som en renässans för 1800-talstänkandet,⁸⁸ utan som ett uttryck för behovet av att kunna se dåtidens argument *tillsammans* med de funktionalistiska argumenten och hur de påverkar och förhåller sig till varandra. Om utvecklingen ses mer pluralistiskt framträder historiska kontinuiteter och hur synsätt som på ytan framstår som motsatta ändå sammanhänger med varandra.⁸⁹ Detta gäller lagstiftningsarbetet i lika hög grad som rättstillämpningen. I avsnitt 1 har jag t ex beskrivit hur de nuvarande lagstiftningslösningarna i RB:s förarbeten inledningsvis kunnat förankras med komparativa argument (när Österrike och Tyskland sågs som föregångsländer)⁹⁰ och därefter med rättshistoriska argument (när Österrike och Tyskland inte längre fungerade som förebilder). Det har till stor del varit realpolitiska förändringar som påverkat argumentationen, och praktiska hänsyn snarare än teoretiska som legat till grund för en kontinuitet och samsyn över tiden under den långa period som RB-förarbetena tillkom. Detta leder till slutsatsen att ett historiskt perspektiv också inkluderar ett samhällsorienterat perspektiv.

86 Modéer, Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs, i SvJT 2009 s 340 ff, särskilt s 340 och s 350 f.

87 Modéer, Jurister på politikernas arenor, s 737.

88 Jfr Modéer vid not 80 ovan.

89 Paradoxalt nog, eftersom kontinuitet är ett argument för formalism och systemuppehållande som kan anföras mot pluralism, se t ex Peczenik, Coherence and Defeasibility, s 254 ff. I efterkrigstidens Europa har förankring sökts i komparativa argument snarare än i utvecklingen under mellankrigstiden, men där historiken i ett längre tidsperspektiv nu åter fått aktualitet. Ett pluralistiskt, polycentriskt perspektiv sammanhänger med en mindre schabloniserad bild av historien. Om historien betraktas som en utveckling där motpoler ställs mot varandra kan vissa perioder och synsätt bortförklaras som historiska parenteser (t ex mellankrigsutvecklingen i Tyskland), se Modéer, Tredje riket inför rättshistorien, i SvJT 1996 s 108, här s 109 f och dens, Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs, i SvJT 2009 s 340.

90 Se vid not 8 ovan.

4.2 ETT SÄTT ATT ÖVERBRYGGA SYNBARA MOTSÄTTNINGAR I DET KONKRETA FALLET?

HD:s avgörande i NJA 2011 s 718 och den efterföljande diskussionen illustrerar ganska väl den dynamik och de krafter och motkrafter som Modéer menar utgör syntesen av tidigare historiska skolor och modernitetens paradig. En metod där lagtext, förarbeten, praxis och doktrin inordnas i en hierarkisk systematik, legitimeras bl a av att den sägs leda till enhetlighet över tid och lösningar som härleds ur stabila läror och som därmed också har moralisk förankring.⁹¹ Den medför dock i sig själv en inbyggd motsättning när de senaste sjuttio årens processrättsliga utveckling har varit framåtblickande snarare än att den bejakat stabila läror. En teleologiskt inspirerad metod rymmer i sin tur en konflikt mellan betonandet av ett stadgandes praktiska funktion för närvarande och dess ursprungliga eller avsedda funktion,⁹² som när mer än sjuttio år skiljer förarbetena från nutiden blir mer svårhanterlig än när teorierna formulerades. Detta tycks leda till att problembeskrivningarna och målsättningarna för de olika metodologiska paradigmen i vissa hänseenden har blivit omkastade. I diskussionen som följt NJA 2011 s 718 finns sådana krafter och motsättningar som på ytan är varandras motpoler, men som med ökat hänsynstagande till de olika argumentens historiska kontext kan användas mer konstruktivt. I kritiken och försvaret av HD:s avgörande i NJA 2011 s 718 är det t ex Pauli och Edelstam som försvarar en ändamålsinriktad syn på tillämpningen av RB 13:3, men som gör detta med hänvisningar till *systematik och enhetlig begreppsanvändning*. Linskog försvarar istället en ordalydelsenära tillämpning av lagen, men gör detta genom att hänvisa till de *processuella reglernas funktioner*.⁹³

I Linskogs bemötande av kritiken mot avgörandet framställs också en motsättning mellan processrätten och den materiella rätten. Det är kanske i den motsättningen, snarare än i balansen mellan parternas intresse av konfliktlösning och samhällets intresse av handlingsdirigering, som den avgörande skillnaden från tidigare processuella avgöranden ligger. Citatet från Linskog, som återges i avsnitt 2 ovan, fortsätter:⁹⁴

91 Peczenik, Juridikens allmänna läror, i SvJT 2005 s 249 ff, här s 253 not 10.

92 Ekelöf m fl, Rättegång I, s 100. Samtidigt menar Ekelöf att domstolarna skall vara lojala med lagstiftaren, se Ekelöf m fl, Rättegång I, s 105, jfr a a s 109.

93 Edelstam och Pauli i "Över ån..." – en duplik, i SvJT 2012 s 760, här s 764 och Linskog, Om att gå över ån – en replik, i SvJT 2012 s 587 f.

94 Linskog, Om att gå över ån – en replik, i SvJT 2012 s 588. Jfr Lindell, som menar att processrätten skall vara ett separat system men inte ha egna "värderingar" utan att dessa skall finnas enbart i den materiella rätten, se Lindell, Civilprocessen, s 106 ff.

Det är med mitt synsätt så, att om man ser vattendelaren som en å så börjar man vid dömandet på den materiella sidan. På den andra sidan ån finns processrätten. Dit måste man ibland ta sig. Men ju mindre detta behövs, desto bättre är det. I det här fallet hade underrätterna tagit språnget. Högsta domstolen förde frågan tillbaka genom att ta sin utgångspunkt i de skadeståndsrättsliga beräkningsprinciper som det var fråga om i målet.

Det synsätt som lett fram till tidigare tillämpning av RB 13:3 har dock i hög grad präglats av uppfattningen att det är bara de rättsföljder som kan genomdrivas processuellt som är ”realiteter”, och att processrätten därför inte har något självändamål utan är direkt kopplad till den materiella rättens genomslag.⁹⁵ Detta innebär inte att processrätten anses överordnad civilrätten. Olivecrona menade t ex att processrätten borde betraktas som en del av civilrätten hellre än att det görs en sträng uppdelning mellan civilrätt (privaträtt) och processrätt (offentlig rätt).⁹⁶

Kanske skulle förståelsen för domstolens ställningstaganden och möjligheterna för andra att utvärdera avgörandet förbättrats om HD i NJA 2011 s 718 satt de olika tillämpliga rättskällorna i sin historiska kontext. Andra exempel på avgöranden från senare år där HD:s behandling av processrättsliga frågor lett till liknande diskussion som NJA 2011 s 718 är det s k byggnadsställningsmålet, NJA 2011 s 576,⁹⁷ och emissionsgarantidomen, NJA 2016 s 107.⁹⁸ Liksom avgörandet i NJA 2011 s 718 har dessa avgöranden rört grundläggande frågor om hur parternas yrkanden begränsar domstolens möjligheter att pröva vissa materiella frågor. I sådana frågor skulle domstolarna mer explicit kunna visa hur de betraktar sitt avgörande i relation till rättsutvecklingen, och därigenom också illustrera vilka motsättningar som ryms i den tidigare utvecklingen. Då skulle det tydligare framgå hur domstolen avsett att vägleda rättstillämpningen, t ex mot en förändrad tillämpning, mot en återgång till en äldre tillämpning eller genom att utveckla tillämpningen enligt en redan

95 Se t ex Lindblom, Rättegångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar, i SvJT 1999 s 500 f.

96 Olivecrona, Rätt och dom, I uppl, Norstedts 1961, s 165 och s 399 f.

97 Se om avgörandet t ex Heuman, Kan parter träffa avtal om hur civilrättsliga och processuella regler skall tillämpas?, i JT 2011/12 s 336 och Maunsbach, Avtal om rätten till domstolsprövning, Norstedts 2015, s 406 (med vidare hänvisningar i not 1535).

98 Se om avgörandet t ex Håstad, Emissionsgarantimålet NJA 2016 s 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordinära ärenden, i JT 2016/17 s 605 ff och Schöldström, Helgar ändamålet medlen?, i SvJT 2017 s 142 ff.

tidigare inlagen väg. Det skulle också kunna framgå om avgörandet präglats av ett synsätt där processrätt och materiell rätt kan skiljas åt, och där domstolen sökt uppnå en materiellt lämplig lösning av frågorna utan att ha ”tagit steget” över till processrätten. 