
Kimmo Nuotio – Casper Herler
– Johan Boucht (toim./red.)

Nykyajan muuttuva oikeus – Nutida rätt i förändring

r.f. Justus ry. 10 vuotta/år

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 603 567, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen kuva: Oikeuden tunnuksia esittävä korkokuva vuodelta 1786.

Vaasan hovioikeus. Valokuva: Unto Heinonen.

(Julkaistu Vaasan hovioikeuden luvalla.)

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-192-8

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001

Sisälllys – Innehåll

Esipuhe – Företal	7
<i>Kimmo Nuotio – Casper Herler</i>	
1 Muuttuuko oikeus todella? Oikeuskehityksen syvyys muutoksen vuosikymmenellä	11
<i>Kimmo Nuotio</i>	
2 Kiinnostaako enää pohjoinen?	53
<i>Pia Letto-Vanamo</i>	
3 Maailman oikeusperheiden luokittelu 2000-luvulla	67
<i>Jaakko Husa</i>	
4 Nautintaoikeus Sananvapaus ja sensuuri psykoanalyttisen lainopin tarkastelussa	83
<i>Ari Hirvonen</i>	
5 Seksuaalirikosten muutokset ja sukupuolittunut subjekti	113
<i>Johanna Niemi-Kiesiläinen</i>	
6 En legalstrategi för 2000-talet	141
<i>Lars D. Eriksson</i>	
7 Havaintoja hallinnollisten säädösten antovallan puitteista uuden perustuslain järjestelmässä.	153
<i>Mikael Hidén</i>	
8 Hyvä hallinto – aito perusoikeus?	177
<i>Olli Mäenpää</i>	
9 Kohti uuden talouden juridiikkaa	191
<i>Juha Pöyhönen</i>	
10 Osakkeenomistajan oikeudesta osallistua yhtiökokoukseen	207
<i>Heikki Toiviainen</i>	
11 Anspråk och säkringsåtgärd	223
<i>Marcus Norrgård</i>	

DEN JURIDISKA UTBILDNINGEN

12 Pedagogiska utmaningar för juristutbildningen	237
<i>Johan Bärlund</i>	
13 Behövs det en ny examensreform – juridik i småbitar eller som helheter?	249
<i>Thomas Wilhelmsson</i>	
14 Om sätten att utbilda jurister	257
<i>Dan Frände</i>	
15 Den juridiska utbildningen – ett genmäle	263
<i>Johan Boucht</i>	
16 Justus r.f. 10 år – Justus ry. 10 vuotta.....	281
<i>Katriina Kuusniemi – Sanna-Maria Jokinen</i>	
Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan Vaasan koulutusyksikössä aloittaneet opiskelijat vuosina 1991–2001	295
Justus r.f.:s styrelser åren 1991–2001	298
Kirjoittajaluettelo – Förteckning över författare	299

11 Anspråk och säkringsåtgärd

1 Den allmänna säkringsåtgärden

Civilprocessreformen trädde ikraft 1.12.1993. Som en del av denna reform tillkom den allmänna säkringsåtgärden. Före reformen var det endast möjligt att meddela kvarstad till säkerhet för en fordran eller en s.k. bättre rätt. I och med reformen infördes i rättegångsbalkens 7 kapitel 3 § en s.k. allmän säkringsåtgärd, som lyder på följande sätt:

Om sökanden visar sannolika skäl för att han har någon annan rätt gentemot motparten än vad som nämns i 1 eller 2 § och den kan styrkas genom ett avgörande enligt 3 kap. 1 § 1 mom. utsökningslagen, och om det är fara för att motparten genom att göra, påbörja eller underlåta något eller på något annat sätt förhindrar eller försvagar sökandens möjligheter att göra sin rätt gällande eller väsentligen minskar dess värde eller betydelse, får domstolen

- 1) vid vite förbjuda motparten att göra eller påbörja något,
- 2) vid vite förelägga motparten att göra något,
- 3) bestämma att motparten tillhörig egendom skall överlämnas i en sysslomans besittning och förvaltning, eller
- 4) bestämma om andra åtgärder som behövs för att trygga sökandens rätt.

När domstolen beslutar om att meddela ett sådant förbud eller en sådan föreskrift som avses i 1 mom. skall den fästa uppmärksamhet vid att motparten inte orsakas oskäligt men i förhållande till det intresse som skall tryggas.

Som det framgår av ordalydelsen är den allmänna säkringsåtgärden ett mycket mångsidigt instrument. Domstolen kan i princip vidta vilka som helst åtgärder som behövs för att trygga sökandens rätt. Den tioåriga jubilaren till åra skall jag i denna artikel undersöka vilka anspråk som kan säkras med stöd av den nästan jämnåriga allmänna säkringsåtgärden och vilket beviskrav som gäller för anspråket.

2 Säkringsbara anspråk

Utgångspunkten är att alla andra rättigheter omfattas av den allmänna säkringsåtgärden än de som omfattas av RB 7:1 eller RB 7:2. Sökanden bör visa sannolika skäl för att han har en fordran (1 §) eller s.k. bättre rätt till ett föremål eller annan viss egendom som är i motpartens besittning (2 §).

Med fordran enligt 1 § avses i första hand penningfordran, men begreppet omfattar också varufordran, dvs. en skyldighet att erlägga betalning av en skuld i form av genusföremål.¹ Med penningfordran avses alla förpliktelser som är bestämda i pengar och alla förpliktelser som kan omvandlas till pengar.² Förutom egentliga fordringar som skall erläggas i pengar kan det t.ex. handla om ett entreprenad- eller annat kontrakt, som sannolikt inte kommer att uppfyllas, varför skadestands- och avtalsvitespåföljder aktualiseras.³ Kvarstad kan meddelas för att trygga betalningen av skadeståndet eller avtalsvitet eller båda. "Bättre rätt" som avses i 2 § innebär att sökanden har starkare rätt till egendomen ifråga än motparten.⁴ Bättre rätt kan omfatta många olika situationer. För att exemplifiera omfattningen kan några av de i litteraturen presenterade typfallen kort presenteras.⁵ 1. V har innehaft ett föremål i sin besittning på basen av t.ex. förpantning, hyra eller lån, men vägrar att återlämna saken till H när rätten att besitta föremålet upphört. H har härvid bättre rätt till föremålet. 2. H har sålt och överlåtit ett föremål till V, men överlåtelseavtalet är ogiltigt. H har bättre rätt till föremålet. Kvarstad kan beviljas för att hindra överlåtelse av föremålet till tredje man. 3. Om t.ex. maken äger det gemensamma hemmet ensam får denne inte sälja det utan makans samtycke (äktenskapslagen 38 §). Ifall maken trots det har för avsikt att göra det kan maken beviljas kvarstad till säkerhet för bättre rätt. Bättre rätt omfattar således betydligt mer än enbart

¹ I RP 179/90 rd, 12 anges att den tidigare gällande kvarstadsbestämmelsen i UL 7:1 omfattade såväl penning- som varufordran, och att ändring i sak inte har avsetts.

² Havansi 1994, 18.

³ Havansi 1994, 18.

⁴ Havansi 1994, 44. RP 179/90 rd, 13: "Den rättighet som enligt detta lagrum skyddas är oftast äganderätt. Det kan dock även bli fråga om andra rättigheter eller anspråk som hänför sig till föremål, som t.ex. en hyresrätt eller någon annan nyttjanderätt eller en panträtt eller annan realsäkerhet. Sökandens rättighet behöver inte ha ett s.k. sakrättsligt skydd i förhållande till tredje man". Se också Havansi 1975, 393 ff om diskussionen under den tidigare lagens tid om huruvida också andra rättigheter än äganderätt kan omfattas av kvarstad till säkerhet för bättre rätt.

⁵ Se Havansi 1994, 44–50 och Havansi 1975, 555–724.

äganderätten till viss egendom.⁶ Förutom lösa konkreta saker kan också fastigheter, aktier, värdeandelar, fordringar eller immateriella rättigheter vara föremål för kvarstad enligt 2 §.

Förhållandet mellan 3 § och 1 § kan exemplifieras med ett fall från Rovaniemi hovrätt (S 98/321 28.1.1999, RHO:1999:3), i vilket domstolen hade att ta ställning till huruvida det var möjligt att meddela en säkringsåtgärd enligt 3 § för att säkra en utjämningsfordran som uppstår först vid avvittring i samband med äktenskapsskillnad och som vid säkringstidpunkten ännu inte hade uppkommit. Såväl tingsrätten som hovrätten biföll ansökan. En kvarstadsansökan enligt 1 § torde ha förkastats i och med att 1 § förutsätter att fordran existerar.⁷

I Sverige har en lagändring av rättegångsbalken 15 kap. 3 §, som motsvarar vår 7:3, gjorts. I och med lagändringen 1982 ändrades 15:3 till att vara tillämplig endast ”i annat fall än som avses i 1 eller 2 §”. Högsta domstolen har i ett fall (NJA 1987 s. 829) ansett att en person som fört talan mot ett bolag angående rätten till vissa aktier inte kunnat ges tillfällig rätt att utöva aktieägarens rösträtt eftersom frågan gällde bättre rätt som avses i 15:2. Enda åtgärden som kan meddelas med stöd av 15:2 är kvarstad. Detta problem har åtgärdats genom en ändring av första stycket 15 kap 3 § rättegångsbalken som f.n. lyder på följande sätt⁸:

3 §. Om någon visar sannolika skäl för att han mot någon annan har *ett anspråk, som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning*, och det skäligen kan befaras att motparten genom att utöva viss verksamhet eller företa eller underlåta viss handling eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövningen av sökandens rätt eller väsentligt förringar dess värde, får domstol förordna om lämplig åtgärd för att säkerställa sökandens rätt.⁹

Eftersom vår 7:3 är utformad med gamla formen som förebild är det i princip tänkbart att samma problem aktualiseras hos oss. Frågan har dock inte behandlats av de högre domstolarna eller i doktrinen.

Tillämpningsområdet för 3 § begränsas förutom av 1 § och 2 § också av kravet på att ovannämnda rätt bör kunna styrkas genom ett avgörande enligt

⁶ Havansi 1994, 44.

⁷ Se också Havansi 1994, 18.

⁸ Ändringen (SFS 2000:172) trädde ikraft 1.7.2000. Ändringen grundar sig på proposition 1999/2000:26.

⁹ Kurs. MN.

UL 3:1.1, som anger vilka avgöranden som är verkställbara i utskökningsrättslig bemärkelse. Den förteckning av verkställbara avgöranden som ingår i UL 3:1.1 är mycket omfattande. Av omedelbar relevans torde vara domstols dom eller utslag i tvistemål (p 1).¹⁰ Också skiljedom (p 4), beslut av förvaltningsdomstol (p 6) och förvaltningsmyndighet (p 6 och 7) omfattas.

Det är viktigt att observera att man med den allmänna säkringsåtgärden inte kan uppnå *mer* än man kan uppnå med huvudsaksprocessen. Syftet med en säkringsåtgärd anges i litteraturen vara bibehållandet av det reella värdet och betydelsen av sökandens rättighet, och därigenom säkerställandet av det framtida reella förverkligandet av sökandens rättighet.¹¹ Med andra ord är *säkerställandet*, inte *verkställandet*, av rättigheten det som åsyftas. Det betyder att en säkringsåtgärd enligt huvudregeln bör vara något mindre än full prestation av den aktuella rättigheten. Detta är naturligt eftersom ett säkerställande av rättigheten vanligtvis inte förutsätter verkställighet av rättigheten i fråga. Skillnaden mellan säkerställande och verkställande framgår när man tänker på kvarstadsinstitutet. Kvarstad innebär att motpartens möjligheter att äventyra indrivningen av fordran minimeras. Kvarstad innebär däremot inte att fordran i fråga indrivs, dvs. verkställs. Gällande den allmänna säkringsåtgärden är situationen mer komplicerad. Det kan finnas situationer när säkerställande och verkställande sammanfaller. Med andra ord finns det situationer i vilka säkerställandet av rättigheten inte lyckas utan att sökandens rättighet verkställs tillfälligt.

I HD 1999:53 hade HD att ta ställning till om en arbetstagares ansökan om att arbetsgivaren vid vite måtte förbjudas att häva arbetsavtalet var ett anspråk som kunde säkras med stöd av RB 7:3. HD förkastade ansökan med hänvisning till att inte ens i en huvudsaksprocess kan en arbetsgivare förbjudas att säga upp ett arbetsavtal (HD 1977 II 113 och 1981 II 161). För jämförelsens skull kan nämnas att detta krav t.ex. inom immaterialrätten innebär att möjligheten att utverka interimistiskt förbud mot intrång i sökandens immaterialrätt är bunden till möjligheten att utverka förbudsdom. Inom bland annat patenträtten och varumärkesrätten är detta inget problem, eftersom det stadgas om förbudsdom i patentlagen 57.1 § respektive varumärkeslagen 38.1 §.

¹⁰ I den finska versionen talas om "tuomio ja päätös", vilket torde innebära att det föråldrade begreppet "utslag" i modern tolkning bör kunna omfatta domstolens beslut, dvs. avgöranden i andra frågor än huvudsaken.

¹¹ Havansi 1994, 6.

Den allmänna säkringsåtgärdens tillämpningsområde kringskärs ytterligare av att det finns en mångfald av bestämmelser om interimistiska åtgärder i andra lagar. T.ex. stadgar 17 § lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt bl.a. att då ärende som gäller vårdnaden om barn eller umgängesrätt är anhängigt vid domstol kan domstolen interimistiskt bestämma hos vem barnet skall bo och om umgängesrätten samt om villkoren härvid. Det är oklart om denna bestämmelse är *lex specialis* i förhållande till den allmänna säkringsåtgärden. Ifall den är så kan den allmänna säkringsåtgärden – vars tillämpningsområde är allmänt, och som därmed i princip också är tillämplig i vårdnads- och umgängesfrågor – inte tillämpas i vårdnads- och umgängesärenden. Högsta domstolen har inte tagit ställning till frågan, men i litteraturen har det ansetts att barnets bästa kräver att den allmänna säkringsåtgärden och interimistiskt förordnande enligt 17 § är alternativa åtgärder (dvs. att 17 § inte är *lex specialis*), eftersom ett interimistiskt förordnande enligt 17 § inte kan meddelas *före* rättegång.¹² Samma argumentation har använts bl.a. gällande patentlagen 68 § som stadgar om interimistiskt förbud i fall av patentintrång.¹³ Huruvida den allmänna säkringsåtgärden åsidosätts av specialbestämmelserna bör bedömas utgående från effektivitetshänsyn å ena sidan, skydds-, proportionalitets- och liknande hänsyn å andra sidan. Ifall det anses att den allmänna säkringsåtgärden åsidosätts av specialstadganden som är tillämpliga endast under rättegång och inte alls före rättegång uppstår en ur effektivitetssynvinkeln otillfredsställande situation. T.ex. försätts barn- och patentärenden i en sämre situation än andra rättsområden som saknar specialstadgande, eftersom den allmänna säkringsåtgärden är tillämplig före rättegång inom de andra rättsområdena, men däremot inte inom rättsområden som har specialstadgande. Eftersom lagstiftaren inte tagit ställning till dessa frågor, och då skyddet av motparten eller proportionalitetshänsyn inte kräver annat, bör den allmänna säkringsåtgärden vara tillämplig alltid i de fall specialbestämmelserna inte erbjuder lika gott rättsskydd.

Sammanfattningsvis kan sägas att tillämpningsområdet för 3 § är som utgångspunkt allmänt. Tillämpningsområdet kringskärs redan på basen av lagens ordalydelsen av RB 7:1, 7:2 och av hänvisningen till UL 3:1.1. Ett spörsmål som HD har behandlat, och som inte framgår av ordalydelsen, gäller s.k. fullgörelseärenden. Det konstaterades att säkring genom full-

¹² Havansi 1994, 64 hänvisar till kravet på att barnets bästa bör beaktas.

¹³ Havansi 1994, 59–60.

görelse är möjlig endast om det i huvudsaksprocessen är möjligt att uppnå samma form av fullgörelse.

Tillämpningsområdet kan också påverkas av andra stadganden gällande interimistiska åtgärder, om dessa anses utgör *lex specialis* i förhållande till RB 7:3. Det anfördes att effektivitetshänsyn bör därvid tillmätas betydelse, och att endast åtgärder som är minst lika effektiva kan medföra att RB 7:3 inte blir tillämplig.

3 Beviskravet

Det har ovan undersökts vilka anspråk som kan säkras med stöd av den allmänna säkringsåtgärden. Nedan undersöks hur stark bevisning som krävs för att det aktuella anspråket skall kunna säkras. Domstolen är tvungen att fatta beslut trots att den inte med säkerhet vet vilket alternativ – sökandens eller motpartens – som skall läggas till grund för avgörandet. Osäkerheten är vanligtvis större i säkringsåtgärdsärenden än i huvudsaksprocessen, eftersom säkringsåtgärdsprocessen är snabbare och faktaunderlaget tunnare¹⁴ än i huvudsaksprocessen och prövningen av saken är summarisk. Denna osäkerhet har avspeglat sig i Högsta domstolens tolkning av beviskravet gällande säkringsåtgärder.

Med tanke på beviskravets höjd har det i Högsta domstolens praxis utkristalliserats två olika typer av säkringsåtgärder. Den ena typen har hittills i Högsta domstolens praxis endast omfattat åtgärder enligt RB 7:1, dvs. kvarstad till säkerhet för fordran. Denna typ av åtgärd innebär att sökandens anspråk säkras på ett sätt som innebär någonting annat och mindre än full verkställighet av anspråket i fråga. T.ex. vid kvarstad tryggas verkställigheten av sökandens anspråk genom att motpartens egendom försätts i kvarstad. Motpartens skuld till sökanden, som utgör grunden för kvarstadsansökan, verkställs däremot inte, dvs. motparten förpliktas inte att betala skulden till sökanden. Verktällighet av fordran sker först i och med att domstolen i *huvudsaksprocessen* förpliktat motparten att betala skulden.

¹⁴ Robustheten är med andra ord mindre i summarisk process. Se t.ex. Lindell 1998, 432: "Med denna term [robusthet, MN] menas att ett sannolikhetsomdöme kan vara mer eller mindre säkert beroende på hur grundliga undersökningar som gjorts." Lindell fortsätter (432): "Det bör understrykas att begreppet robusthet har med utredningen att göra och rör en systemegenskap. Med detta menar jag att rättssystemet är uppbyggt på ett sådant sätt att knapp utredning ibland måste accepteras, till exempel vid kvarstad, inhibition och interimistiska beslut. I andra fall förutsätter däremot rättegångssystemet att det görs utförliga utredningar ..."

Den andra typen – som omfattat åtgärder enligt RB 7:3 – innebär att sökanden redan före ett laga kraft vunnet huvudsaksavgörande får det han yrkar i huvudsaksprocessen. Denna typ kan kallas fullgörelseåtgärd. Det anmärkningsvärda är att domstolen till skillnad från den första typen *tryggar sökandens anspråk genom verkställighet*. Ett exempel på en fullgörelseåtgärd är HD 1998:143, i vilket en idrottsman, som meddelats tävlingsförbud av sitt idrottsförbund på grund av positivt dopingtest, yrkade att domstolen skulle upphäva tävlingsförbudet. I detta fall utgörs sökandens anspråk såväl i säkringsåtgärdsprocessen som i huvudsaksprocessen av ett krav på upphävande av tävlingsförbudet. Följaktligen är åtgärden en fullgörelseåtgärd.

Domstolens beslutsfattande påverkas av vilken typ av åtgärd som avses. Skillnaden mellan kvarstad och fullgörelseåtgärd är i *beviskravet*. Beviskravet för fullgörelseåtgärd är *betydligt högre* än för kvarstad. Man torde kunna tolka denna linje så att beviskravet är lägre för åtgärder som leder till något mindre än fullgörelse av sökandens anspråk oberoende av om åtgärden i fråga är kvarstad eller något annat (t.ex. överlämnande av egendom i sysslomans besittning).

Beviskravet gällande anspråket uttrycks i RB 7:3 som ett krav på att sökanden skall visa *sannolika skäl* för att han har ett anspråk mot motparten. Högsta domstolen har gett beviskravet sannolika skäl varierande innehåll beroende på vilket av de två typerna ärendet gällt. För att använda bevisteoretisk terminologi har beviskravet således ansetts vara flexibelt i motsats till fast. Beviskravet för yrkande med mindre än full prestation fastslogs i HD 1994:132 och HD 1994:133, vilka båda gällde kvarstad enligt 1 § till säkerhet för en skadeståndsfordran.¹⁵

I fallet HD 1994:132 yrkade en bank (SSP) att motparternas (bankens direktionsmedlemmar Reijo M, Juha S och Matti R) egendom skulle försättas i kvarstad på grund av en sannolik skadeståndsfordran, som motparterna svarade för solidariskt. Fordran grundade sig enligt SSP på att direktionsmedlemmarna varit vårdslösa och begått försummelser i samband med kreditgivning. SSP ansåg också att det förelåg fara för skingring. Tingsrätten och hovrätten förkastade ansökan, men HD biföll den. HD fastslog följande i HD 1994:132:

¹⁵ Se också HD 1995:41, i vilket HD konstaterade att sökandens anspråk inte individualiserats med tillräcklig noggrannhet, vilket ledde till att ansökan förkastades.

Kravet på att sökanden skulle visa sannolika skäl för sin fordran ansågs uppfyllt genom att gärningen, skadan och ansvarsgrunden hade *individualiserats så, att fordran i ljuset av den företedda bevisningen eller rättsligt inte kunde anses uppenbart ogrundad*. Kravet på att fara för skingring skulle föreligga ansågs uppfyllt då faran inte var synnerligen osannolik.

I HD 1994:133, som också gällde skadeståndsfordran i ett motsvarande bankfall, fastslogs i sak likalydande:

Kravet på att sökanden skulle visa sannolika skäl för sin fordran ansågs uppfyllt förutom genom att *fordran individualiserats, genom att fordran inte i ljuset av den företedda bevisningen eller rättsligt kunde anses uppenbart ogrundad*. De gjorda invändningarna, som skulle granskas närmare först i skadeståndsrättegången, visade inte att fordran var uppenbart ogrundad.

HD motiverade det låga beviskravet – ”inte uppenbart ogrundat” – med följande argument. (a) Ärendet är brådskanie, och bör avgöras i brådskande ordning (”kiireellisyyksvaatimus”), (b) kvarstadsbeslutet är inte slutgiltigt, utan det och dess verkställighet kan återkallas, (c) sökanden är enligt huvudregeln skyldig att ställa säkerhet, (d) sökanden har ett strikt skadeståndsansvar för den skada som uppkommer ifall kvarstad söktes utan grund. Förutom dessa sakskalet hänvisade man också till att det i regeringspropositionen anfördes att kvarstad också efter lagändringen 1993 skulle sakligt sett ha samma innehåll som före reformen.

Till skillnad från dessa fall har HD i fallen 1998:143 och 2000:94 slagit fast att beviskravet gällande fullgörelseåtgärder är betydligt högre. I HD 1998:143 ansökte en idrottsman S som fått tävlingsförbud på grund av positivt dopingtest om att det av Finlands båtförbund meddelade tävlingsförbudets verkställighet skulle förhindras. HD, som visserligen förkastade ansökan, upptog den dock till behandling, eftersom spörsmålet föll inom tillämpningsområdet för RB 7:3. HD anförde att de argument som använts till stöd för beviskravet gällande 1 § (bl.a. brådskanie karaktär) också har betydelse vid bestämmandet av beviskravet gällande 3 §. HD fortsatte med följande konstaterande:¹⁶

Beviljandet av den av S ansökt säkerhetsåtgärden skulle betyda att han redan under rättegången skulle komma i åtnjutande av hela den rättighet som han yrkar på med sin talan. Det bör ställas *betydligt större krav*

¹⁶ Övers. MN.

på sannolikheten för sökandens rättighet vid bedömningen av om säkringsåtgärd skall beviljas i ett dylikt fall än som ställs på sannolikheten för en fordran i ett kvarstadsärende. För bifallandet av ansökan räcker således inte enbart att sökandens rättighet i ljuset av den företedda bevisningen eller rättsligt inte är uppenbart oggrundad.

S har 6.9.1996 i Frankrike deltagit i motorbåtsävlingar varefter han dopingtestats. Det internationella motorbåtsförbundet har 22.10.1996 meddelat att i S prov har det funnits förbjudna ämnen, som framgår av hovrättens dom. S har hävdats bland annat att testet inte utförts sakenligt, eftersom provflaskorna inte försetts med sigill och för att han inte fått vara närvarande vid undersökningen av det så kallade B-provet, utan provet hade förstörts redan innan han meddelats om den första undersökningens resultat. S invändning om testförfarandets felaktighet eller utredningen gällande den hälsoundersökning som utförts före tävlingarna 10.6.1996 och sedermera i maj 1997 utförda drogtestet, i vilka tecken på användning av droger eller förbjudna ämnen inte konstaterats, visar dock inte med tillräcklig sannolikhet att S skulle ha en rättighet att få tävlingsförbudet upphävt. Förutsättningar för beviljandet av säkringsåtgärd finns således inte.

Högsta domstolen ansåg således att det vid fullgörelse bör ställas ”betydligt större krav på sannolikheten” än vid kvarstad. Detta synnerligen oklara beviskrav preciserades i fallet HD 2000:94, i vilket Finlands Sjömans-Union r.f. hade verkställt en blockad som gällde ett estniskt handelsfartyg MV Rakvere.¹⁷ Rederiet ESCO som ägde Rakvere ansökte bland annat om att domstolen skulle förbjuda Sjömans-Unionen att fortsätta blockaden. Högsta domstolen anförde att upphävandet av blockaden i princip är möjligt enligt RB 7:3, och att ett bifall av ansökan förutsätter att ESCO visar sannolika skäl för att blockaden är rättsstridig. Eftersom den begärda åtgärden skulle innebära fullgörelse utgick HD ifrån det i HD 1998:143 fastslagna beviskravet, dvs. att beviskravet är betydligt högre vid fullgörelseåtgärd än vid kvarstad.

HD anförde att bedömningen av rättsstridigheten grundar sig på en summarisk prövning. HD ansåg att ett förbudande av blockaden i första hand är möjligt när åtgärden uttryckligen förbjudits i nationell rätt eller i EG-rätten. Åtgärden kunde anses för sannolikt rättsstridig också om motsvarande kampåtgärd i rättspraxis av hävd ansetts vara rättsstridig eller i strid

¹⁷ Jfr Wetterstein 2001, 375 som anser att det inte är meningsfullt att bevilja besvärstillstånd om argumenteringen är på den låga nivå den var i HD 2000:94. Wetterstein avser därvid den bristfälliga argumenteringen gällande frågan huruvida åtgärden var rättsstridig. Min tolkning är dock att HD avsett att precisera beviskravet sannolika skäl i RB 7:3, vilket också gjordes.

med god sed eller oskäligen. HD fann att dessa krav inte uppfylldes, och förkastade ansökan.

HD hade i fallet endast att ta ställning till *rättsfrågan*, sakfrågan har inte i avgörandet problematiserats. Det anmärkningsvärda är att HD ansåg kravet på sannolika skäl också gälla rättsfrågan, inte enbart sakfrågan. Högsta domstolens syn på vad som är summarisk prövning innebär alltså i detta fall, som primärt gällde den rättsliga bedömningen av blockadens laglighet att *rättsläget* bör vara *klart*. Det framgår av att det bör finnas uttryckliga förbud i lagen eller EG-rätten eller att det finns en stadgad linje i rättspraxis. I och med att också blockadfallet är ett publicerat avgörande har HD velat markera att fullgörelse är möjlig endast i rättsligt sett klara fall. Eftersom HD inte explicit ställde ett klarhetskrav på sakfrågan gäller den tidigare definitionen på sannolika skäl som – något omskrivet – är att sökanden skall föreligga betydligt större sannolikhet än uppenbart ogrundat. Detta beviskrav lämnar utrymme för tolkning, vilket i princip kan innebära att HD tolkar beviskravet gällande sakfrågan på ett annat sätt än gällande rättsfrågan.

Högsta domstolens tolkningslinje påminner starkt om situationen i Tyskland. Också i Tyskland har det ansetts att det är möjligt att utverka fullgörelse med hjälp av säkringsåtgärd. Utöver de traditionella Sicherungs- och Regelungsverfügung har det i rättspraxis utvecklats en tredje grupp av åtgärder som kallas *Leistungsverfügung*.¹⁸ Syftet med denna typ är att gäldenären åläggs att interimistiskt utföra sin prestation.¹⁹ Det ställs strängare krav i de fall det handlar om Leistungsverfügung, eftersom sökanden beviljas det han skulle uppnå med huvudsaksprocessen. I det fall att den åtgärd som begärs är ett förbud bör sakförhållandena vara *ostridiga*.²⁰

¹⁸ Zöller m.fl. 1997, 2215 [§ 935 Rn 1]. Baumbach m.fl. 1999, 2149 f [Grdz § 916 Rn 6 ff]: "Trotz dieses vorläufigen Charakters auch der einstweiligen Verfügung hat die Rechtsprechung aus der praktischen Notwendigkeit heraus [...] ausnahmsweise die vorläufige Regelung der Befriedigung des Gläubigers zugelassen, also ein summarisches Erkenntnisverfahren." Ebmeier & Schöne 1997, 40: "Neben der Sicherungs- und der Regelungsverfügung ist heute die sog. Leistungs- oder Befriedigungsverfügung als Institut des vorläufigen Rechtsschutzes im Zivilprozess allgemein anerkannt."

¹⁹ Ebmeier & Schöne 1997, 40: "Die Besonderheit dieser Verfügungsart liegt darin, daß der Antragsteller im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zumindest vorläufig befriedigt wird."

²⁰ Stein m.fl. 1996, 489 [vor § 935 IV Rn 49]: "Entscheidend ist vielmehr zum einen, daß der Sachverhalt häufig unstreitig ist [...]."

Denna linje är förståelig om man enbart fokuserar på den materiella rättighetens existens. Det förefaller naturligt att beviskravet är högt i de fall fullgörelse sker före eller under rättegång; sökanden får ju allt han vill ha utan rättegång i egentlig mening!²¹ Ett alternativ till denna kraftiga fokusering enbart på det materiella berättigandet är att på ett mer nyanserat sätt beakta konsekvenserna av domstolens beslut att bifalla respektive förkasta ansökan. Den nu gällande ordningen innebär att sökanden alltid bär hela risken för att anspråket inte är tillräckligt klart i rättsligt och sakligt hänseende. Det kan trots allt finnas situationer i vilka konsekvenserna för sökanden av ett förkastande beslut är väsentligen större än konsekvenserna för motparten av ett bifallande beslut. I rättsligt och sakligt komplicerade fall skulle en konsekvensbedömning vara lämpligare. RB 7:3.2 förutsätter trots allt att domstolen beaktar beslutskonsekvenserna. Denna intresseavvägning tycks för det första inte ha beaktats explicit av Högsta domstolen. För det andra har stadgandet i litteraturen tolkats så att en intresseavvägning endast kan göra det svårare – inte lättare som här föreslås – för sökanden att utverka en åtgärd.²²

I detta sammanhang kan en omfattande argumentation till stöd för konsekvensbedömningen inte göras. Det bör dock observeras att prövningen i engelsk rätt nästan uteslutande bygger på en konsekvensbedömning.²³ Också i rättsekonomisk litteratur har det anförts att en konsekvensbedömning bör utföras.²⁴ Den tyska synen om sakförhållandenas klarhet har också kritiserats med stöd av konsekvensargument.²⁵ Ett beaktande av konsekvenserna av domstolens avgörande vore således önskvärt.

²¹ I litteraturen har Wetterstein 2001, 373 hållit med Högsta domstolen och ansett att beviskravet för rättsstridigheten bör vara betydligt högre vid fullgörelseåtgärd än vid kvarstad.

²² Havansi 1994, 80: "Punninnan tuloksena turvaamiskynnys voi siis in casu muuttua V:n eduksi eli nousta (vaan ei laskea, siis niin että 'poikkeuksellisen heikon' H:n hakemus saataisiin hyväksyä vaikka se ei 'aivan' täyttäisi 7:3 1 momentin normaaliedellytyksiä)."

²³ *American Cyanamid v. Ethicon* [1975] 1 All E.R. 504. Denna linje har i viss mån modifierats av *Series 5 Software v. Clarke* [1996] 1 All E.R. 853.

²⁴ Se t.ex. Leubsdorf 1978, 525 ff.

²⁵ Se t.ex. Leipold 1971 och Stein m.fl. 1996, 489 [vor § 935 IV Rn 49]: "Ergeht die einstweilige Verfügung nicht, so ist sein Anspruch für die Zeit bis zum Erlass eines vorläufig vollstreckbaren Urteils endgültig vereitelt. Dies spricht entscheidend dafür, in einem Eilverfahren eine Entscheidung zu treffen, die sich mit bloßer Wahrscheinlichkeit begnügt. Auf diese Art tragen beide Parteien ein gleich großes Risiko, daß ihr Recht durch eine Fehlentscheidung endgültig vereitelt worden ist."

4 Konklusion

I denna artikel har två saker undersökts; vilka anspråk som kan säkras med stöd av den allmänna säkringsåtgärden, och vilket beviskrav som gäller för anspråket i ljuset av Högsta domstolens rättspraxis. Det anmärkningsvärda är att gruppen av säkringsbara anspråk är synnerligen omfattande. Begränsningarna av tillämpningsområdet torde i de flesta fall inte sätta käppar i hjulet för ett trygghet av verkställigheten av sökandens anspråk. Det som däremot i betydande mån begränsar tillämpningen av den allmänna säkringsåtgärden är Högsta domstolens synnerligen strikta syn på beviskravet gällande fullgörelseåtgärder. Trots att lagstiftaren gett domstolarna ett så pass flexibelt instrument som den allmänna säkringsåtgärden har HD ansett att den skall i fall av fullgörelse förbehållas klara fall. Denna linje beaktar inte konsekvenserna av beslutsfattandet.

Källor

- Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers & Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München 1999.
- Marie-Theres Ebmeier & Sigrid Schöne, *Der einstweilige Rechtsschutz*, Düsseldorf 1997.
- Erkki Havansi, *Takavarikko ja hukkaamiskielto I*, Vammala 1975.
- Erkki Havansi, *Uusi turvaamistoimilainsäädäntö selityksineen*. Helsinki 1994.
- Dieter Leipold, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*. München 1971.
- John Leubsdorf, "The Standard for Preliminary Injunctions", *Harvard Law Review*, 91 (1978), 525 ff.
- Bengt Lindell, *Civilprocessen*, Uppsala 1998.
- Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till revidering av lagstiftningen om säkringsåtgärder 1990 rd. – RP nr 179.
- Friedrich Stein, Martin Jonas, Reinhard Bork, Wolfgang Brehm, Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Herbert Roth, Peter Schlosser & Ekkehard Schumann, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Auflage, Tübingen 1996.
- Peter Wetterstein, "Säkringsåtgärder och fartygsblockader – HD:s avgörande 2000:94", *JFT* 4/2001 s. 357–375.
- Richard Zöller, Reinhold Geimer, Reinhard Greger, Peter Gummer, Kurt Herget, Peter Philippi & Kurt Stöber, *Zivilprozessordnung*, 20. neuarbeitete Auflage, Köln 1997.