Preklusionsrisken vid bevissäkringspassivitet

av professor LARS HEUMAN

1. Frågeställningen

I ett dispositivt tvistemål kan det vara svårt för partsombuden att avgöra hur omfattande undersökningar de skall göra för att skaffa fram olika former av bevisning. Ett kärandeombud kanske anser att den inhämtade bevisningen är tillräcklig för att hans huvudman skall vinna målet och han vill kanske inte lägga ned arbete och kostnader på att inhämta annan känd bevisning. I andra fall kanske ombudet inte funnit det möjligt att få fram annan utredning som kunde förbättra bevisläget. Om käranden förlorar målet kan tingsrättens domskäl visa att målet kan vinnas i hovrätten om bevisningen kan stärkas. Fråga uppkommer då om käranden får förebringa ny bevisning i hovrätten om hans ombud felbedömt möjligheterna att få fram ytterligare utredning.

Följande frågor kan ställas. Är hovrätten alltid skyldig att medge käranden rätt att åberopa ny bevisning, när denna varit okänd för honom under tingsrättsprocessen? Får en part förebringa ny bevisning om han under tingsrättsprocessen gjort mer eller mindre långtgående men resultatlösa ansträngningar för att efterforska bevisning i allmänhet eller just den nya bevisning han vill förebringa i hovrätten? Får parten i hovrätten förebringa ny bevisning som han känt till tidigare om han saknat skäl att tro att bevisningen skulle kunna påverka utgången och såtillvida ha någon relevans? Frågorna kan också uttryckas på följande sätt: Uppställs någon form av aktivitetskrav och/eller ett relevanskrav för att parten skall få förebringa ny bevisning?

I denna uppsats skall endast behandlas preklusionsregeln i RB 50:25 st. 3 som gäller för hovrättens handläggning av dispositiva tvistemål. *Denna regel har stor betydelse inte bara för hovrättsprocessen utan också redan på tingsrättsstadiet och för det förprocessuella förberedelsearbetet.* En advokat måste göra så långtgående undersökningar av bevisläget redan när han förbereder tingsrättsprocessen att han inte förhindras att i hovrätten åberopa ny och kanske avgörande bevisning som han lyckats få fram efter fördjupade undersökningar.

En ingående analys av preklusionsregeln och dess olika begrepp kräver systematisk och teleologisk lagtolkning. Denna senare tolkningsform kräver att vissa allmänna frågor utreds först.

2. Allmänt om teleologisk tolkning

En av de stora svårigheterna vid teleologisk tolkning består i att fastställa regelns ändamål. Ekelöf anser att detta skall bestämmas med ledning av det syfte lagstiftaren kan ha haft med att reglera de fall som klart faller under lagregeln. Bedömningen av de säregna fallen bör enligt Ekelöf bidra till realiserandet av samma helhetsresultat som regleringen av de klara. Han anser att ändamålet för ifrågavarande lagbud skall fastställas tänkt såsom tillämpligt på de klara fallen. Vilken funktion ett lagbud fyller framgår enligt Ekelöf först genom att det sammanställs med andra sådana.[1] Mot det anförda kan invändas att det i första hand är naturligt att bestämma ändamålet med ledning av motivuttalanden som ger klart uttryck för syftet med regleringen. Denna fråga skall inte behandlas vidare och inte heller betydelsen av att Ekelöf räknar med längre bort liggande ändamål, ultimära syften.[2]

Ekelöf synes utgå från att ett stadgande har *ett enda syfte*. Enligt min mening är det emellertid inte säkert att tolkningen alltid skall utföras så att detta syfte ges ökad genomslagskraft vid tolkningen, t. ex. genom att regeln tillämpas extensivt. Regeln kan t. ex. ha inneburit ett *mycket långtgående hänsynstagande till konsumentintressen*. Kanske bör man då tolka regeln restriktivt med hänsyn till att regeln redan enligt sin ordalydelse har långtgående räckvidd och medför betungande rättsverkningar för näringsidkaren. Detta innebär att man låter näringsidkarintressena få utslagsgivande betydelse vid tolkningen. Exemplet visar vidare att regeln inte enbart har en enda funktion, att skapa ett konsumentskydd; näringsidkarens motstående intressen måste också beaktas.

I allmänhet ligger flera olika syften bakom en reglering. Dessa kan vara förenliga eller oförenliga. I det senare fallet måste lagstiftaren göra en avvägning av vilken betydelse ändamålssynpunkterna skall få, ett slags kompromiss. Som exempel kan nämnas att processrättsliga regler i allmänhet bygger på en avvägning av de motstående intressena av att å ena sidan uppnå materiellt riktiga domar (rättssäkerhetsintresset) och å andra sidan av att göra processen enkel, billig och snabb. Är det oklart om ett visst fall ligger inom regelns språkliga betydelseområde är man föga hjälpt av en teleologisk tolkning,

[1] Ekelöf och Boman, Rättegång I, 7 uppl., Stockholm 1990, s. 73 ff.
[2] Ekelöf och Boman I, s. 74.

t. ex. om två viktiga ändamålssynpunkter talar för två skilda lösningar. Man behöver då veta om den ena funktionen kan anses väsentligen viktigare än den andra. Om man inte med ledning av klara motivuttalanden kan avgöra att det generellt förhåller sig på det viset kanske man är beredd att anse att den ena ändamålssynpunkten måste tillmätas betydligt större vikt än den andra just i det specifika fallet. Vid en sådan teleologisk tolkning kommer man lätt ut på svag is. Även om man har en motivering för att det ena syftet är viktigare än det andra har motiveringen inte stöd i något rättskällematerial. Som Ekelöf uttalat är det viktigt att inte juristens egna uppfattningar i rättspolitiska frågor läggs till grund för rättstillämpningen.[3]

En rättsregel innehåller vanligen flera olika rekvisit. *Ofta har rekvisiten olika funktioner.* Om en regel utgör resultatet av hänsynstaganden till olika intressen kan man tänka sig att skilda rekvisit skall tolkas med ledning av olika ändamålssynpunkter. Om rekvisiten utgörs av juridiska begrepp som återfinns i andra grundläggande regler måste man kanske gå till dessa regler för att fastställa syftena med de olika rekvisiten. Man kan fråga sig om en isolerad ändamålsfastställelse alltid bör göras för varje rekvisit. Ofta finns ett funktionellt samband mellan de olika rekvisiten. Vad som uttrycks med ett rekvisit modifieras av ett annat. Vid tolkning av ett huvudrekvisit och ett undantagsrekvisit kan man knappast utlägga det förstnämndas betydelse enbart med beaktande av den synpunkt som motiverat huvudregeln, och undantagsrekvisitet enbart under hänsynstagande till ett motstående intresse. Även i dessa fall kan krävas att de båda rekvisitens funktioner fastställs och att en intresseavvägning görs. I sådana fall kanske man stöter på så många svårigheter att den teleologiska metoden inte ger någon hjälp vid tolkningen.

3. Preklusionsregelns allmänna innebörd

Enligt den praktiskt betydelsefulla preklusionsregeln i RB 50:25 st. 3 får en part i dispositiva tvistemål enligt huvudregeln inte åberopa nya bevis inför hovrätten. Instansordningens princip skall upprätthållas. Preklusionsregeln har ett processekonomiskt syfte. Om parterna utan några begränsningar kunde åberopa nytt processmaterial i hovrätten skulle kanske underrättsprocessen kunna få karaktären av en förberedelse till rättegången i hovrätten. Tingsrättsförfarandet skulle kunna utnyttjas som ett medel att få upplysningar om hur processen skulle läggas upp i hovrätten och vilken utredning som skulle åberopas där. Hovrättsprocessen skulle ofta

[3] Ekelöf och Boman I, s. 74.

svälla ut och tingsrättsförfarandet skulle knappast syfta till att skapa ett avgörande som kunde accepteras av parterna. Frekvensen av överklaganden skulle öka. *Det finns sålunda ett samhällsekonomiskt intresse av att kostnaderna för rättskipningen hålls nere i hovrätten genom att inte tillåta en utvidgning av processen.*[4]

Undantag från preklusionsbestämmelsens huvudregel görs för två fall. Om det förelegat hinder för parten att förebringa viss bevisning inför tingsrätten får han åberopa den inför hovrätten. Denna undantagsregel uttrycks i lagen så att parten får åberopa ny bevisning om han gör sannolikt att han *inte kunnat* göra det inför tingsrätten (hindersrekvisitet). Vidare får parten åberopa ny bevisning om han har *skälig ursäkt* för att han inte gjort det tidigare (ursäktsrekvisitet). Det rör sig om två alternativa rekvisit.

Vid en teleologisk tolkning är det svårt att beskriva de ändamålsskäl som motiverat undantagsreglerna på ett sådant bestämt sätt att en teleologisk tolkning kan ge något mer än en tolkning baserad på en utläggning av rekvisitens innebörd och motivuttalandena. Undantagen bygger på att man *inte kan acceptera materiellt felaktiga domar* om en part omöjligen kunnat förebringa bevisningen tidigare eller om han av välgrundade processekonomiska skäl begränsat bevissäkringsåtgärderna eller bevisföringen under tingsrättsstadiet. *Syftet är också processekonomiskt*: en part har intresse av att inte behöva belasta tingsrättsprocessen med fler rättsfakta och bevis än som kan anses nödvändigt för att vinna målet.[5] Vid den teleologiska tolkningen har det vidare betydelse att det inte rör sig om att fastställa innebörden av en huvudregel, utan innebörden av två undantagsrekvisit. Undantagen bör inte ges en så vidsträckt innebörd att huvudregeln urholkas väsentligen; det viktiga är att man i flertalet fall kan uppnå syftena med huvudregeln. Saken kan också uttryckas så att man vid tolkningen måste beakta att det föreligger ett funktionellt samband mellan de två undantagsrekvisiten och huvudregeln som innebär ett förbud mot att åberopa ny bevisning.[6] Undantagsrekvisiten kan inte tolkas enbart under hänsynstagande till intresset av att undvika materiellt felaktiga domar; man måste också beakta huvudregelns processekonomiska syfte. Vidare kan det finnas anledning att tolka vardera undantagsrekvisitet mot bakgrunden av det andra rekvisitets begränsningsfunktion.

Vid första påseende *ligger det nära till hands att tro att de båda rekvisiten inte täcker varandra delvis.* Emellertid kan man fråga sig om det inte förhåller sig på det sättet för en grupp av mycket frekventa fall.

[4] SOU 1969:41 s. 139 f.
[5] SOU 1987:46 s. 120.
[6] Jfr Heuman, SvJT 1991 s. 96.

Om ett *visst bevismedel inte existerar under tingsrättsprocessen*, men tillkommer efter det tingsrätten meddelat dom kan man, enligt ett nedan berört sätt att tolka regeln, säga att parten *inte kunnat* åberopa detta bevis inför tingsrätten; det har förelegat hinder för att åberopa beviset i den meningen att det inte förelåg under tingsrättsprocessen. Å andra sidan kan det vara så att parten inte har skälig ursäkt för att han åberopat beviset först inför hovrätten. Antag att en kärande förlorat ett mål i tingsrätten och att han därefter införskaffat ett sakkunnigutlåtande som han bort inhämta redan innan han väckte talan. Käranden kan knappast anses ha skälig ursäkt för att han införskaffat sakkunnigbevisningen så sent som han gjort. Detta innebär att hindersrekvisitet med angivna tolkning ger honom rätt att lägga fram den nya bevisningen, men att ursäktsrekvisitet inte ger honom denna rätt. Ser man till lagtexten är det tillräckligt att ett av de båda rekvisiten är uppfyllt för att parten skall få föra fram nytt processmaterial. Beaktar man ursäktsregelns begränsningsfunktion borde den nya sakkunnigbevisningen inte få åberopas med stöd av hindersrekvisitet.

Man kan tänka sig att språkligt sett tolka hindersrekvisitet på två sätt. Om ett bevis tillkommit först sedan tingsrätten meddelat dom kan man enligt det *första tolkningsalternativet säga att parten inte kunnat åberopa beviset, även om han kunnat frambringa bevismedlet*, t. ex. genom att tidigare inhämta ett sakkunnigutlåtande. Vid den språkliga tolkningen ges hindersbegreppet en vidsträckt betydelse och parterna får ganska stora möjligheter att åberopa nytt processmaterial i hovrätten. Ursäktsregeln ger inte parten rätt att åberopa den nya bevisningen, men detta saknar betydelse såtillvida att parten har denna rätt enligt den här framförda tolkningen av hindersrekvisitet. Ursäktsregelns ratio talar såsom sagts emellertid närmast för att parten inte skall få åberopa det nya utlåtandet när han bort göra det redan under tingsrättsprocessen.

Hindersrekvisitet kan för det andra tolkas mera inskränkt. Härvid anser man att parten inte kunnat åberopa beviset endast om två olika förutsättningar är uppfyllda: 1) beviset skall inte ha förelegat under tingsrättsprocessen och 2) parten skall inte ha kunnat frambringa bevisningen under tingsrättsprocessen. Språkligt sett kanske man kan tycka att denna tolkning av orden ”inte kunnat” ligger närmast till hands. Ursäktsrekvisitet är nog ofta inte uppfyllt i de fall då en part kunnat eller bort ha kunnat tillskapa eller åtkomma beviset under tingsrättsprocessen. Vid en systematisk lagtolkning[7] bör därför ursäktsrekvisitet inte betas sin begränsningsfunktion genom en utsträckt tolkning av hindersrekvisitet. Detta bör *enligt min mening tolkas så att orden*

[7] Jfr beträffande systematisk lagtolkning NJA 1992 s. 403.

”inte kunnat åberopa beviset vid tingsrätten” betyder detsamma som att parten omöjligen kunnat åberopa beviset vid tingsrätten. I fall när parten bort kunna åberopa bevisningen inför tingsrätten skulle hindersrekvisitet inte vara uppfyllt. Frågan om bevisningen kunde tillåtas fick då prövas mot ursäktsrekvisitet. Enligt min mening bör detta andra tolkningsalternativ föredras. Ett nyligen avgjort HD-fall visar emellertid att part har rätt att i högre rätt åberopa nytillkommen bevisning rörande ett visst bevistema, även om han tidigare kunnat föra fram bevisning om temat på annat sätt, men underlåtit att göra det. Det finns därför anledning att längre fram i avsnitt 8 närmare undersöka hur bedömningen i detta rättsfall förhåller sig till den tolkning av preklusionsregeln som jag förordat.

Mot bakgrund av tolkningsproblemet kan man kan ställa sig följande praktiska frågor: Får en part åberopa ett nytt bevis inför tingsrätten om beviset har tillkommit efter tingsrättprocessen men parten kunnat vidta sådana åtgärder att bevisningen kunnat tillskapas under rättegången i tingsrätten eller redan dessförinnan? Om preklusionsregeln kan gripa in i sådana fall, kan man fråga sig om alla fall skall skäras över en kam. Har det betydelse om den nya bevisningen framskaffats av parten eller av tredje man, t. ex. myndigheter eller andra organ som sysslar med utredningsverksamhet (polis eller konkursförvaltare)? *Kan en part utan preklusionsrisk avstå från att vidta möjliga och rimliga bevissäkringsåtgärder under tingsrättsprocessen när andra organ lättare eller tillförlitligare kan skaffa fram bevisning om samma förhållanden på ett långt senare stadium?* Vilka olika typer av fall kan förekomma där ny bevisning tillskapas efter tingsrättsprocessen och där parten eller tredje man i högre eller lägre grad medverkat till att bevisningen tagits fram. Innan dessa frågor diskuteras måste närmare undersökas vad som avses med 1) rekvisitet bevis, 2) begreppet bevismedel, 3) hindersrekvisitet och 4) ursäktsrekvisitet. Först skall dock i detta avsnitt helt kort beröras en särskild fråga.

Om en part försummat att lägga fram viss tillgänglig bevisning inför tingsrätten och han förlorar målet i denna instans, kan man fråga sig om han får åberopa *annan ny bevisning* i hovrätten, i sådana fall då han varit förhindrad att göra det i tingsrätten eller haft skälig ursäkt för sin underlåtenhet att tidigare åberopa denna bevisning. Vad beträffar resningsreglerna synes Cars mena att resning inte kan beviljas om parten omöjligen kunnat åberopa bevisningen tidigare, men han kunnat föra bevisningen på annat sätt utan oskäliga kostnader och besvär.[8] Jag har svårt att inse att sökandens

[8] Se avsnitt 6 och det citerade uttalandet av Cars vid not 285.

rätt att åberopa viss ny bevisning enligt ett av de alternativa undantagsrekvisiten kan upphävas av att han inte haft skälig ursäkt för att han tidigare underlät åberopa helt annan bevisning. Man bör inte låta preklusionsverkan inträda utan stöd av lag i detta fall.[9] Man bör inte tolka preklusionsregeln så att en part inte anses ha skälig ursäkt för sin underlåtenhet att åberopa viss bevisning enbart av det skälet att han inte har skälig ursäkt för att han underlåtit åberopa annan alternativ bevisning. Det finns inte någon i lag uttryckt princip som ålägger en part skyldighet att vid tingsrätten åberopa tillgänglig bevisning vid påföljd att han eljest inte inför hovrätten får åberopa annan bevisning som han får lägga fram enligt hinders- eller ursäktsrekvisitet. Det finns knappast något behov av att ge preklusionsregeln utsträckt verkan i de nu diskuterade fallen. En part vågar säkerligen inte avstå från att åberopa viktig bevisning i tingsrätten i hopp om att han — för det fall han förlorar målet i tingsrätten — skall kunna åberopa ny bevisning som han varit förhindrad att lägga fram inför tingsrätt eller ny bevisning som han haft skälig ursäkt att ej åberopa inför denna domstol.

4. Begreppet bevis

Enligt preklusionsregeln får part inte åberopa nya bevis inför hovrätten. *Om begreppet bevis tolkas mycket inskränkt kan det tänkas att vissa nya åberopanden inte faller under begreppet och att de alls inte omfattas av preklusionsregeln.* Man kan tänka sig att en part inte får åberopa nya bevismedel men väl nya bevisfakta som har helt avgörande betydelse för målets utgång. Ett i tingsrätten hört vittne kan t. ex. lämna helt nya uppgifter i hovrätten om bevisfakta som påverkar målets utgång. Anser man att begreppet bevis endast åsyftar nya bevismedel, har part rätt att föra fram nya bevisfakta genom förhör med personer som hörts i underrätten och detta oavsett om han kunnat göra det tidigare och oavsett om han har haft skälig ursäkt för sin underlåtenhet att åberopa förhållandena inför tingsrätten.

Det anförda visar att innebörden av begreppet bevis måste undersökas närmare. Preklusionsregeln omfattar inte bara nya bevis utan också nya omständigheter. Det kan finnas skäl att utreda sambandet mellan begreppen omständighet och bevis. Vidare bör man undersöka vilken innebörd och funktion begreppet bevis har i andra grundläggande regler, främst bestämmelserna i RB 42 kap. om skyldighet att lämna bevisuppgift under tingsrättsprocessen.

[9] Jfr Welamson, Rättegång VI, 2 uppl., Stocholm 1978, s. 143.

Ekelöf och Boman anser att åberopsförbudet avseende nya omständigheter avser rättsfakta.[10] Detta hindrar dock inte att förbudet också skulle kunna avse bevisfakta, nämligen om man anser att uttrycket bevis åsyftar även bevisfakta. I det följande skall detta begrepp analyseras.

Användningen av begreppet bevis i RB 50:25 st. 3 kan ha en helt annan funktion än hinders- och ursäktsrekvisiten, vilka främst har en rättssäkerhetsfunktion genom att de skapar förbättrade möjligheter för hovrätterna att meddela materiellt riktiga domar. I syfte att fastställa ändamålet med begreppet bevis vid en teleologisk tolkning finns det anledning att studera de grundläggande reglerna om skyldighet att lämna bevisuppgift i tingsrätten. Begreppets funktion i detta sammanhang är av intresse även om det inte kan tas för givet att funktionen helt sammanfaller med begreppets funktion i RB 50:25 st. 3. Även vid en systematisk lagtolkning kan det vara av värde att undersöka hur begreppet används i olika sammanhang. Om inga särskilda skäl talar däremot, bör man utgå från att begreppet har samma betydelse.

Av RB 42:6 st. 2 p. 3 och 7 st. 1 p. 4 framgår att bevisuppgiften skall innehålla upplysningar dels om de ”bevis” parten åberopar, dels om ”vad som skall styrkas med varje bevis.” Första ledet innebär en skyldighet att lämna uppgift om det bevismedel parten åberopar. Enligt Ekelöf sker härvid ”uppgivandet” av ett vittnesbevis inte genom uppgift om vad vittnet har att berätta utan om dennes namn och bostadsadress.[11] Förhörstemat och bevistemat täcks således inte av begreppet bevis. Enligt regelns senare led skall parten ange vad han skall styrka med beviset, dvs. att han skall ange ett bevistema. Detta innebär inte att han skall ange vad vittnet kommer att berätta.[12] Enligt Ekelöf kan ett vittne förhöras även om annat än vad som angivits i bevistemat.[13] Om ett vittne på parts begäran berättar om olika förhållanden som ligger vid sidan om det angivna bevistemat, innebär det i regel att han åberopar nya bevisfakta. Detta är således tillåtet i tingsrätt. Motparten skyddas genom att han kan begära att huvudförhandlingen ställs in enligt RB 43:2 p. 3. Enligt denna bestämmelse skall huvudförhandlingen ställas in, om en part behöver anstånd för att bemöta vad motparten andragit, när denne åberopar nytt bevis eller anför ett nytt viktigt skäl. Med bevis avses här bevismedel. Med uttrycket

[10] Ekelöf och Boman, Rättsmedlen, s. 47 f. Se även Welamson, s. 85 f. och 208 samt SOU 1987:46 s. 120. Jfr även SOU 1992:138 s. 118 f.
[11] Ekelöf, Rättegång V, 6 uppl., Stockholm 1987, s. 32.
[12] SOU 1938:44 s. 432.
[13] Ekelöf V, s. 33 not 68. Se även Ekelöf och Boman, Rättegång IV, 6 uppl., Stockholm 1992, s. 35.

”nytt viktigt skäl” avses inte enbart ett rättsfaktum. Ett nytt bevisfaktum kan språkligt sett anses utgöra ett nytt skäl på samma sätt som ny rättslig argumentation.[14] Man måste dock hålla fast vid lagens krav på att det skall röra sig om ett skäl som är ”viktigt”. Sammanfattningsvis kan sägas att begreppet bevis i RB 42 kap. 6 och 7 §§ betyder bevismedel och ej bevisfaktum, under det att frågan om åberopande av nya bevisfakta sammanhänger med begreppet bevistema. Vidare kan man säga att part har en principiell rätt att åberopa nya bevisfakta inför tingsrätten.

Syftet med reglerna om skyldighet för en part att lämna bevisuppgift i tingsrätten torde vara att motparten skall kunna bedöma vilken motbevisning han skall framlägga (*försvarssynpunkten*). Både uppgiften om bevismedlet och bevistemat fyller denna funktion. Om sålunda en part förhör vittnet om förhållanden utanför temat, kan detta kräva ny motbevisning från motpartens sida. Om parten åberopar ett nytt vittne till styrkande av samma bevistema som angivits för annat vittnesförhör kan självfallet också detta föranleda motparten att åberopa ny motbevisning, t. ex. om det nya vittnesmålet till skillnad från det först åberopade kan komma att få stort bevisvärde. Vad nu sagts om försvarssynpunkten gäller inte för fall då huvudförhandlingen ställs in och motparten får tillfälle att åberopa ny motbevisning. Enligt motiven har den berörda regeln till syfte att *minska riskerna för att en påbörjad förhandling behöver ställas in.*[15]

Vilka slutsatser kan dras av det anförda beträffande den preklusionsregel som gäller i hovrätten? Regeln gäller enligt sin lydelse enbart för bevis och inte för bevisteman. Detta talar för att preklusionen inte omfattar nya bevisfakta som införs i målet genom att ett vittne hörs utöver det i tingsrätten angivna temat. Försvarssynpunkten kan i hovrätten liksom i tingsrätten tillgodoses genom att hovrätten ställer in huvudförhandlingen om nya bevisfakta åberopas på detta sätt (RB 50:15 hänvisar bl. a. till 43:2).[16] Preklusionsregeln har emellertid en annan funktion än reglerna om skyldighet att lämna bevisuppgift under förberedelsen i tingsrätten. *Preklusionsregeln har en processekonomisk funktion. Processen skall inte svälla ut i hovrätten och omfatta frågor som inte bedömts i tingsrätten.* Tillåter man en part att åberopa nya bevisfakta som ligger utanför bevistemat kan detta utgöra skälig ursäkt för att andra parten skall få åberopa nya bevismedel.[17] Hovrättsprocessen bör inte få växa ut på detta sätt och en part bör därför inte få åberopa nya bevisfakta.

[14] Ekelöf V, s 164.
[15] Prop. 1986/87:89 s. 192.
[16] Jfr NJA 1985 s. 85.
[17] Prop. 1983/84:78 s. 77.

Till stöd för denna uppfattning kan även anföras att begreppet bevis omfattar både bevismedlet och bevistemat enligt motiven till regeln i RB 42:15 om preklusionsföreläggande i tingsrätten.[18] Ekelöf och Boman har i samband med kommentaren till RB 50:25 st. 3 hävdat att begreppet bevis är så vagt att det inte kan bedömas bara genom subsumtion under lagens ordalydelse. De båda författarna anser att en part åberopar ”bevis som inte tidigare förebringats” om han åberopar ett i underrätten hört vittne till stöd för annat bevistema än det som angivits inför tingsrätten.[19]

Övervägande skäl talar för att begreppet bevis i preklusionsregeln omfattar nya bevismedel och nya bevisfakta i hovrätten.[20] Godtar man denna uppfattning, ger man begreppet olika betydelse vid tillämpning av regeln om skyldighet att lämna bevisuppgift i tingsrätten och de preklusionsregler som enligt ovan gäller i tingsrätt och hovrätt. Den systematiska lagtolkningsmetoden som utgår från en enhetlig begreppsbildning får stå tillbaka för den teleologiska tolkningsmetoden.

5. Begreppet bevismedel

Part får inte åberopa nya *bevismedel* i hovrätten. Man kan ställa frågan vad som menas med detta begrepp. *Vittnesbevisning kan presenteras för en domstol i många olika former*, t. ex. genom ett förhör inför rätten, ett telefonförhör, en föredragning av innehållet i en vittnesattest, en uppspelning i hovrätten av en bandad utsaga eller en uppläsning av en tidigare protokollerad utsaga. Man kan fråga sig om en part åberopar ett nytt bevismedel, om han åberopar samma vittnesbevisning i annan form än tidigare. Är t. ex. en muntlig vittnesutsaga samma eller olika bevismedel som en vittnesattest. Två olika huvudalternativ för begreppsbestämningen skall behandlas nedan. I samband därmed skall vissa modifierade alternativ beröras.

Man kan för det första anse att det rör sig om samma bevismedel när bevisningen kan presenteras på olika sätt. Vad innebär detta på rättsföljdssidan? Antag att det varit möjligt att förebringa bevisningen i en viss form inför tingsrätten, men inte i en annan form, därför att denna form för bevisföring tillskapats sedan tingsrätten meddelat dom. När man skall pröva om bevisningen skall få förebringas i denna nya form inför hovrätten måste man beakta om bevismedlet i någon tänkbar form åberopats eller kunnat åberopas inför tingsrätten. Har bevisningen förebringats i viss form inför tingsrätten

[18] Prop. 1983/84:78 s. 76.
[19] Ekelöf och Boman, Rättsmedlen, s. 64.
[20] SOU 1992:138 s. 119. Se även Welamson, s. 209 med not 6.

skulle parten med det angivna synsättet utan vidare ha rätt att åberopa den i annan form först inför hovrätten. Enligt detta tolkningsalternativ åberopar han ju inte ny bevisning och preklusionsregeln är inte tillämplig. Tolkningsalternativet har betydelse för ytterligare en viktig situation. Om bevisningen inte presenterats för tingsrätten i någon form och parten begär att få förebringa den först inför hovrätten i en form som tillkommit efter tingsrättsprocessen, måste hovrätten pröva om parten kunnat åberopa bevisningen i någon av de alternativt tänkbara formerna eller om parten haft skälig ursäkt för att han inte förebringade bevisningen i någon form. Om t. ex. parten försummat att åberopa ett vittne i tingsrätten, har han endast rätt att åberopa en under hovrättsprocessen tillkommen vittnesattest[21] om han omöjligen kunnat åberopa vittnesbevisningen inför tingsrätten i någon form eller han haft skälig ursäkt för sin underlåtenhet att inte göra det.

Enligt det andra tolkningsalternativet skulle man anse att det rör sig om olika bevismedel då en part åberopar bevisningen i skilda former. En muntlig vittnesutsaga skulle då betraktas som ett annat bevismedel än en av samma person undertecknad vittnesattest rörande samma bevistema. Enligt detta tolkningsförslag skulle en bevisningsform som inte kunnat tillskapas förrän under hovrättsprocessen utan vidare få åberopas först inför hovrätten; parten har nämligen varit förhindrad att åberopa bevismedlet inför tingsrätten. Det skulle således inte spela någon roll om man ansåg att parten varit försumlig då han underlåtit att åberopa bevisningen i annan form inför tingsrätten. Bevisningen skulle kunna avvisas endast om parten kunnat åberopa den just i den nya formen redan under tingsrättsprocessen och han inte haft giltig ursäkt för underlåtenheten att göra det. När det gäller nya bevisningsformer som part tillskapat genom egna initiativ finns ofta möjlighet att avvisa bevisningen med motivering att parten kunnat inhämta bevisningen i denna form redan under tingsrättsprocessen. Om däremot en myndighet eller tredje man frambringat bevisningen i ny form efter olika undersökningar, har parten ofta inte kunnat få dem tidigarelagda så att bevisningen kunnat åberopas redan inför tingsrätten. Här öppnas alltså möjligheter för en part att först inför hovrätten åberopa bevisningen i den nya formen.

Vilket av de båda tolkningsalternativen bör godtas? Enligt Ekelöf och Boman avses med begreppet bevismedel inte ett vittne, utan förhöret med honom.[22] Definitionen lämnar emellertid inte något

[21] Det förutsätts att parten i och för sig skulle kunna få åberopa attesten enligt RB 35:14.
[22] Ekelöf och Boman IV, s. 17.

säkert svar på frågan om vad som avses med bevismedel. Man kan anse att det rör sig om två olika förhör, när de ägt rum på skilda platser vid olika tidpunkter; det skulle inte röra sig om samma förhör och bevismedel enbart för att de avsåg samma förhållanden och samma bevistema. Enligt detta tolkningsalternativ skulle det sålunda röra sig om samma bevismedel när ett och samma förhör, som ägt rum en bestämd dag, redovisas i olika former, t. ex. genom en banduppspelning av en utsaga och genom uppläsning av samma utskrivna utsaga.

Man kan emellertid anse att det rör sig om samma bevismedel när en viss kunskapskälla utnyttjas vid olika tillfällen. När ett och samma vittne hörs muntligen inför tingsrätten och hovrätten anses att parten inte åberopar ny bevisning; han åberopar samma bevismedel. *Det rör sig således inte om olika bevismedel enbart av det skälet att förhören ägt rum vid olika tidpunkter* och vittnet berättat om sina iakttagelser på något olika sätt, t. ex. med olika ordval. Med begreppet bevismedel skulle då avses utnyttjande av en och samma kunskapskälla.

Om man förkastar det tidsmässiga och rumsmässiga kriteriet kan man dock ställa frågan om *skilda former för förebringande av bevisning genom utnyttjande av en kunskapskälla gör att det rör sig om olika bevismedel.* Någon skulle kanske anse att en vittnesattest och en muntlig utsaga utgör olika bevismedel. Det krävs att man undersöker vilka konsekvenser detta tolkningsalternativ medför vid tillämpningen av preklusionsregeln för att man skall kunna uttala sig om vilken innebörd begreppet bör ges. Nedan skall visas med två exempel att oönskade konsekvenser kan uppkomma oberoende av om man anser att det rör sig om ett eller flera bevismedel när en kunskapskälla utnyttjas på skilda sätt till styrkande av samma bevistema.

I det första exemplet är utgångspunkten att det rör sig om ett och samma bevismedel oavsett i vilka former man utnyttjar en kunskapskälla. Antag att part tillåts åberopa en vittnesattest med stöd av RB 35:14 och att parten förlorar målet på den grunden att tingsrätten anser att han inte fullgjort sin bevisbörda genom det åberopade vittnesintyget, särskilt med hänsyn till att motparten inte fått tillfälle att höra vittnet. Om parten inför hovrätten begär förhör med vittnet, uppkommer fråga om han åberopar ett nytt bevismedel eller samma bevis som skall förebringas på annat sätt. Om man ser till syftet med reglerna om bevisuppgift, dvs. motpartens intresse av att kunna försvara sig på ett fullgott sätt, är det av stor betydelse för honom om bevisningen åberopas i mer eller mindre tillförlitlig form. Han kanske bedömt bevisläget så att andra parten inte skulle kunna styrka sin talan med en vittnesattest, men att motbevisning

krävdes om vittnet hördes muntligen. Det vore otillfredsställande om parten hade en obetingad rätt att åberopa ett muntligt förhör i hovrätten och detta med motiveringen att han åberopade samma bevismedel som tidigare. Om parten tilläts föra fram sin bevisning i tillförlitligare form, måste motparten anses ha skälig ursäkt för att han inte tidigare åberopat muntlig motbevisning. Hovrättsprocessen skulle sålunda kunna komma att svälla ut på ett icke önskvärt sätt i strid mot instansordningens princip. Detta bör förhindras. Vid en teleologisk tolkning ligger det närmast till hands att hävda att det rör sig om olika bevismedel.

Innan det andra exemplet behandlas skall det första varieras något. Syftet härmed är att belysa frågan om vilket kriterium som man bör välja för att avgöra om det föreligger olika bevismedel enligt en teleologisk tolkning. *Man kan ställa frågan om det föreligger olika bevismedel så snart bevisningen förebringas i annan form eller endast då bevisningen i hovrätten upptas i sådan annan form att bevisvärderingen där blir mera tillförlitlig än i tingsrätten*, dvs. att parten stärker sin bevisning i hovrätten. Antag att vittnet hörts muntligen inför tingsrätten, men att parten vill åberopa en attest inför hovrätten. Så länge som den av parten åberopade attesten inte innehåller nya uppgifter kan den knappast få högre bevisvärde än den muntliga bevisningen. Det finns därför ingen anledning att ge motparten rätt att åberopa ny motbevisning. Hovrättsprocessen kan sålunda inte svälla ut. Man kan därför acceptera att parten får åberopa bevisningen i ny mindre tillförlitlig form och att den betraktas som samma bevismedel som det muntliga tingsrättsförhöret. *Det förefaller emellertid något egendomligt men kanske inte helt uteslutet att bestämma bevismedelsbegreppet olika beroende på om den nya presentationsformen skapar sämre eller bättre förutsättningar för en korrekt bevisvärdering.* När ett vittne hörts muntligen inför tingsrätten men hovrätten upptar vittnesbevisningen genom uppspelning av bandet eller uppläsning av en nedtecknad utsaga anses inte hovrätten uppta ny bevisning. Welamson talar om upptagande av gammal bevisning.[23] Dessa fall utmärks av att bevisupptagningen i hovrätten sker under sådana former att förutsättningarna för en riktig bevisvärdering blir sämre än i tingsrätten. Det är däremot något oklart om annat bevismedel åberopas om part i hovrätten väljer en sådan annan presentationsform att han väsentligen kan stärka utredningens bevisvärde.

I det andra exemplet förutsätts att bevismedelsbegreppet bestäms så att det rör sig om olika bevismedel då en och samma kunskapskälla utnyttjas på olika sätt. I det följande exemplet skall visas att också detta tolk-

[23] Welamson, s. 107.

ningsalternativ kan medföra olyckliga konsekvenser. Antag att ett bolag drabbats av omfattande förluster som en följd av att några anställda under flera års tid tillgodogjort sig bolagets tillgångar genom brottslig verksamhet. Bolaget beslutar att väcka skadeståndstalan mot de anställda innan förundersökningen är avslutad, eftersom denna beräknas ta mycket lång tid. Under skadeståndsprocessen i tingsrätten åberopar inte bolaget sin kamrer som vittne, trots att företagsledningen insett att denne kunde lämna många betydelsefulla uppgifter. Strax innan huvudförhandlingen skall hållas i hovrätten väcks åtal och förundersökningen blir offentlig. Bolaget åberopar kamrerarens förundersökningsutsaga som bevis. Ser man till preklusionsregelns processekonomiska funktion bör bolaget inte medges rätt att åberopa denna protokollerade utsaga i hovrätten. Hovrättsprocessen skulle nämligen kunna svälla ut väsentligen om motparten måste medges rätt att förebringa ny bevisning. Principen om det bästa bevismaterialet talar för att bevisningen bort åberopas i form av ett muntligt förhör, något som uppenbarligen inte kan tillåtas i hovrätten enligt det här framförda förslaget till tolkning av preklusionsregeln. Hovrätten kan inte förbjuda åberopandet av förundersökningsutsagan med hänvisning till hinders- eller ursäktsrekvisiten, vilket medför att hovrättsprocessen kan svälla ut på ett oönskat sätt.

Det anförda visar att det finns skäl att förkasta det tolkningsalternativ där man anser att det rör sig om olika bevismedel så snart det föreligger olika bevisningsformer. Fallet med kamrerarens förundersökningsutsaga kan emellertid ges en rimlig lösning om man anser att ett muntligt förhör och en nedtecknad utsaga utgör samma bevismedel. Den i hovrätten åberopade förundersökningsutsagan kan då avvisas med motivering att parten kunnat åberopa ett muntligt förhör med vittnet redan i tingsrätten. I det första exemplet, där parten åberopat en vittnesattest i tingsrätt och muntligt förhör i hovrätten, fanns å andra sidan skäl att betrakta de båda bevisningsformerna som olika bevismedel. Det är således svårt att finna en enkel lösning som passar för alla fall. Lagstiftaren tycks inte alls ha beaktat problemet.

Ytterligare en synpunkt kan vara av betydelse när man söker bestämma begreppet bevismedel. *Enligt min mening kan man knappast acceptera att preklusionsregelns åberopsförbud kan kringgås genom att parten tillskapar en ny form för förebringandet av bevisningen.* Om parten inte har giltig ursäkt för att han underlåtit att åberopa förhör med ett vittne, bör han inte få åberopa en vittnesattest av det skälet att han omöjligen kunnat göra det tidigare, eftersom den tillkom-

mit efter det att tingsrätten meddelade dom. Attesten bör avvisas eftersom parten haft möjlighet att skaffa fram den tidigare. Hindersrekvisitet är alltså inte uppfyllt. Bevisningen bör också avvisas om man ser till ursäktsrekvisitet. Varieras exemplet så att parten vill åberopa förhör med ett hörsägenvittne för vilken vittnet efter tingsrättsprocessen berättat om sina iakttagelser, bör förhöret inte tillåtas. I detta fall kanske man är benägen att anse att det rör sig om ett annat bevismedel, förhör med en annan person. Denne har kunnat höras inför tingsrätten, eftersom parten långt tidigare kunnat låta denne ta del av vittnets utsaga. Förhöret bör förbjudas, eftersom det enligt hindersrekvisitet kunnat åberopas inför tingsrätten. Inte heller ursäktsrekvisitet är uppfyllt. Det anförda visar att en parts bevisföring efter kringgåendeförsök kan förbjudas eftersom hinders- och ursäktsrekvisiten inte är uppfyllda. Hovrätten kan avvisa bevisningen oberoende av om man anser att det rör sig om ett nytt bevismedel eller samma bevismedel som åberopas i annan form. Kringgåendesynpunkten har därför inte någon betydelse när man skall bestämma bevismedelsbegreppets innehåll.

Man kan fråga sig vilken betydelse kringgåendesynpunkten har när man skall bedöma fall då *den nya bevisningsformen tillskapats efter tingsrättsprocessen genom en myndighets eller tredje mans försorg och part saknat möjlighet att väsentligen påskynda detta utredningsarbete.* Parten kan då med fog påstå att han varit förhindrad att åberopa en myndighets protokollerade undersökningsresultat om dessa blivit offentliga först efter tingsrättsprocessen. Har en part själv kunnat låta undersöka förhållandena på ett tidigare stadium, kan det hävdas att han inte får åberopa protokollet, eftersom han inte varit förhindrad att själv undersöka förhållandena och inte heller haft giltig ursäkt för sin underlåtenhet att åberopa en egen undersökning inför tingsrätten. Om utredningen ställt sig mycket kostsam och parten valt att repliera på myndighetens utredningsorganisation, rör det sig inte om ett sådant fall då processekonomiska skäl medför att parten får åberopa myndighetens protokoll först inför hovrätten. Se härom s. 266.

Sammanfattningsvis kan sägas att det inte är möjligt att på grundval av utredningen ovan ge ett bestämt svar på den uppställda frågan om bevismedelsbegreppets innebörd när part vill förebringa bevisningen i annan form. En teleologiskt motiverad tolkning innebär att nya bevisningsformer utgör samma bevismedel med undantag för de antagligen tämligen ovanliga fallen att den nya formen stärker utredningens bevisvärde i hovrätten.

6. Hindersrekvisitet

Hindersrekvisitet förekommer inte bara i preklusionsregeln i RB 50:25 st. 3 och 55:13 utan också i resningsreglerna i RB 58:1 (resning i tvistemål) och 58:3 (resning till nackdel för den tilltalade). Hindersrekvisitet kan liksom ursäktsrekvisitet inte ges samma innebörd i dessa fall. Omständigheter som konstituerar godtagbart hinder för åberopande av ny bevisning i hovrätten behöver således inte göra det i högsta domstolen[24] och i än mindre grad utgöra grund för resning.[25] Cars har behandlat frågan om hindersrekvisitets innebörd vid resning och därvid uttalat:

”Om de anförda resningsskälen icke existerat under rättegången[274] eller då varit okända för sökanden, är ursäktsregelns första led (’ej kunnat åberopa’) uppfyllt[275] under förutsättning att sökanden ej heller haft möjlighet eller skälig anledning att frambringa skälen.[276] Det räcker sålunda icke att sökanden saknat absolut visshet; om han misstänkt eller bort misstänka skälens existens är resning utesluten. – – – Ursäktsregelns rekvisit äro givetvis uppfyllda, om ett såsom resningsgrund åberopat bevis framkommit först efter nya vetenskapliga rön.[278] I sådana fall, då en senare dom åberopas som resningsgrund,[279] synes man däremot i regel böra fordra, att sökanden kan visa giltig ursäkt för sin underlåtenhet att i det tidigare målet förebringa de nya skäl, varpå det senare avgörandet grundats.[280] – – – Resning är utesluten, om sökanden väl känt till existensen av en urkund, men ej dess innehåll och det varit möjligt för honom att vinna kännedom därom, exempelvis ifall den fanns tillgänglig hos myndighet och ej var sekretessbelagd. Ursäktsregelns rekvisit äro däremot i princip uppfyllda, om sökanden saknat fysisk möjlighet att åtkomma urkunden, emedan motparten eller annan gömt undan den,[282] sökanden själv förlagt den[283] eller dess förvaringsplats av annan orsak var okänd eller oåtkomlig.[284] En ytterligare förutsättning torde vara, att ifrågavarande bevisning icke utan oskäliga kostnader och besvär kunnat föras på annat sätt.[285] Motsvarande synes gälla det fallet att sökanden under rättegången väl känt till att viss person satt inne med betydelsefulla upplysningar men att denne var oanträffbar.[286] Den omständigheten att vederbörande förklarat sig ovillig att vittna i målet uppfyller däremot icke fordringarna, enär sökanden likväl kunnat påkalla vittnesförhör.[287]” I en not tillade Cars att ursäktsregelns rekvisit icke synes vara uppfyllda om urkunden genom editionsföreläggande kunnat framskaffas under rättegången.[26]

Av Cars uttalanden framgår att resning inte kan erhållas om sökanden haft möjlighet eller skälig anledning att frambringa sådana resningsskäl som icke existerat under rättegången.[27] Vidare synes Cars mena att ny bevisning inte får läggas fram i ny rättegång om hinder för att förebringa bevisningen visserligen förelegat,

[24] Prop. 1971:45 s. 99.
[25] Welamson, s. 208 och 220 samt Cars, Om resning i rättegångsmål, Stockholm 1959, s. 175 ff.
[26] Cars, s. 177 f.
[27] Se ovan vid not 276.

men parten underlåtit att förebringa bevisning han kunnat presentera för tingsrätten på annat sätt.[28] Det är möjligt att Cars avsett såväl andra bevisningsformer som andra bevismedel. På sätt som berörts i slutet av avsnitt 3 *kräver inte lagtexten att part skall göra sannolikt att han haft giltig ursäkt för att han underlåtit att inför tingsrätten åberopa annan alternativ bevisning.*

Det nedan refererade fallet NJA 1942 s. 43 utvisar att en part ansetts ”kunna” åberopa viss vittnesbevisning när parten inte förrän på ett sent stadium lyckats få kontakt med vittnet, men motpartens uppgifter givit honom anledning att söka få tag på vittnet på ett betydligt tidigare stadium. Ett av parten föregivet hinder på ett sent stadium utgör inte hinder i lagens mening, om det kunnat undanröjas därest parten efterforskat bevisningen redan på underrättsstadiet.

NJA 1942 s. 43. En person hade yrkat ersättning för att CLA olovligen sålt en honom tillhörig bil av märket Packard. CLA:s dödsbo invände att auktionsverket inte sålt någon bil på CLA:s begäran, men att en Packard sålts efter anmälan av en annan person A. Dödsboet tillade att denna bil möjligen kunde vara identisk med CLA:s. Rådhusrätten ogillade kärandens talan då han inte styrkt att CLA själv eller genom annan sålt bilen. Hovrätten fann ej skäl att göra ändring i denna dom.

Käranden ansökte om resning och åberopade ett av A efter rättegången utfärdat intyg vari uppgavs att A på uppdrag av CLA låtit sälja en Packard på stadsauktionen. Sökanden uppgav att han efter det hovrätten meddelat sin dom anmodats av sitt ombud att söka spåra upp A och att han med hjälp av polisen lyckats med det. Han hade dock först 16 dagar senare kommit i förbindelse med A, den dag då tiden för att anmäla missnöje mot hovrättens dom löpte ut.

HD ansåg att redan vad som förekom vid rådhusrätten givit resningssökanden anledning att sätta sig i förbindelse med A för att inhämta vad denne haft sig bekant i saken. HD ansåg att sökanden icke gjort sannolikt att han inte kunnat åberopa beviset i målet.

7. Ursäktsrekvisitet

Av motiven till RB 50:25 st. 3 framgår att skyldigheten att efterforska bevisning på tingsrättsstadiet inte sträcker sig hur långt som helst. Part har viss möjlighet att åberopa bevisning som blir känd först efter tingsrättsprocessen och bevisning som var känd redan under tingsrättsförfarandet. Dessa båda fall skall behandlas nedan.

Departementschefen ansåg att nya bevis skulle få åberopas i hovrätt om *det nya materialet blivit bekant först efter det målet hade handlagts av underrätten*, trots att parten i god tid före huvudförhandlingen hade gjort rimliga undersökningar.[29] Uttalandet om att en part endast behöver göra *rimliga undersökningar* på tingsrättsstadiet tyder

[28] Se ovan vid not 285.
[29] Prop 1971:45 s. 100.

på att en part kan begränsa sina undersökningar av kostnadsskäl. Man kan inte kräva att en part skall lägga ned orimligt stora kostnader på undersökningar vilkas resultat man inte kan veta något om på förhand.[30] De krav som härvid kan ställas på en part bör variera med hänsyn till de värden som står på spel, partens undersökningsresurser, svårigheterna att genomföra undersökningarna m. m.

Vill en part begränsa sina undersökningar, bör han självfallet inrikta sig på att skaffa fram tungt vägande bevisning. Han borde ha rätt att avstå från utredningar när dessa endast kunde förväntas leda till resultat av mindre betydelse för bedömningen av bevisfrågorna. Det är naturligtvis inte lätt för en advokat att veta om han gjort en riktig relevansbedömning förrän alla tänkbara undersökningar blivit genomförda.

Om en advokat aldrig sökt ta kontakt med ett vittne på det förprocessuella stadiet, kan parten inte anses ha skälig ursäkt för att han vill åberopa vittnet först i hovrätten, t. ex. om vittnet efter tingsrättsprocessen lämnat advokaten viktiga upplysningar. I andra fall kan *tingsrättsprocessen ha föregåtts av ett vittnesförhör på advokatkontoret, men advokaten kan ha funnit att vittnesuppgifterna inte hade någon nämnvärd betydelse.* Sedan parten förlorat målet i tingsrätten och domen studerats kanske advokaten finner skäl att ta kontakt med vittnet. När denne pressas på vissa punkter som framstår som viktiga enligt domen kanske han lämnar nya uppgifter som är helt avgörande för målets utgång i hovrätten. Om parten inte begärt förhör med vittnet under straffansvar, kan det vara svårt för honom att göra sannolikt att vittnet inte tidigare skulle ha kunnat förmås att inför hotet om menedsansvar lämna de nya uppgifterna under tingsrättsprocessen. Ser man enbart till hindersrekvisitet kunde man tycka att det skulle kunna vara förenat med vissa risker för en advokat att begränsa sina undersökningar till utomrättsliga förhör. Emellertid kan det finnas goda skäl att anse att advokatens klient haft skälig ursäkt för att han inte tidigare åberopade förhöret med vittnet. Det anses allmänt att advokater inte skall begära förhör med vittnen utan att de på förhand vet att vittnet kan berätta om förhållanden som har betydelse för målets bedömning. (Jfr RB 35:7.) Det skulle vara ytterst olyckligt om det blev vanligt att advokater begärde förhör i tingsrätterna med vittnen som antingen vägrat att lämna några uppgifter till advokaten eller som enligt advokatens mer eller mindre osäkra bedömning lämnat ofullständiga uppgifter. Förhör med sådana vittnen i tingsrätten bör inte förekomma enbart för att advokaten skall ha möjlighet att höra vittnet i

[30] Jfr Cars ovan citerade uttalande vid noten 285.

hovrätten i de fåtaliga fall då vittnet efter tingsrättsprocessen lämnat nya viktiga upplysningar.

Frågan om skälig ursäkt föreligger beror på hur noga advokaten sökt utfråga vittnet vid det förprocessuella förhöret och om han då saknat anledning tro att vittnet sökte undanhålla honom viktiga informationer. Vid förhör på en advokats kontor kanske denne anser att det krävs att han ställer ledande frågor för att han skall vara säker på att vittnet inte undanhåller honom några viktiga upplysningar. En advokat får emellertid inte påverka eller suggerera ett vittne att anpassa berättelsen efter klientens önskemål.[31] Om advokaten därför ansett sig förhindrad att ställa ledande frågor i syfte att få fullständiga uppgifter, och om han nöjt sig med vittnets spontana något knapphändiga berättelse, kan parten beroende på situationen anses ha skälig ursäkt för sin underlåtenhet att åberopa vittnet i tingsrätten. Det föreligger dock en viss risk för att han ibland inte får åberopa sådana nya vittnesuppgifter som kommit fram först efter tingsrättsprocessen. Det är nämligen ingalunda säkert att det alltid anses föreligga giltig ursäkt enbart för att advokaten inte ansett sig kunna ställa ledande frågor. Hovrätten kan anse att advokaten utan påverkansrisk bort kunna ställa sådana frågor vilkas svar skulle ha givit honom anledning att begära förhör med vittnet vid tingsrätten.

Om en part begär att motparten eller tredje man skall utlämna en handling och de vägrar att göra det, kanske parten avstår från att framtvinga ett av tingsrätten sanktionerat editionsföreläggande. Hovrätten bör då avslå en ansökan om edition. Om innehavaren av handlingen angivit ett särskilt skäl för att han vägrat utlämna handlingarna, kan bedömningen utfalla på annat sätt. Om denne påstått att handlingarna saknat bevisbetydelse och parten senare fått nya uppgifter som tyder på att så ej alls är fallet, kan han ha skälig ursäkt för att han framställt editionsyrkandet först inför hovrätten.

Man kan fråga sig om möjligheten att åberopa ny bevisning beror av om den har en avgörande betydelse för målets utgång, t. ex. om den har ett högt bevisvärde och framstår som den bästa bevisningen i målet. I samband med 1989 års lagändring av regeln i RB 50:25 st. 3 uttalade departementschefen att erfarenheten visar att de nya åberopandena som part vill göra i hovrätt inte sällan avser material som visar sig inte vara av avgörande betydelse för målets utgång. I den mån materialet har betydelse för utgången ansåg hon att parten i allmänhet kan göra sannolikt att han haft giltig ursäkt för sin

[31] Heuman, Vänbok till Robert Boman, Uppsala 1990, s. 140 f.

underlåtenhet att åberopa materialet redan i tingsrätten.[32] Vid första påseende kan man få intrycket att partens rätt att åberopa ny bevisning skulle vara beroende av om den kunde påverka utgången. Departementschefens uttalande har alls inte denna innebörd. *Uttalandet innebär sålunda inte att hovrätten skall presumera att det föreligger giltig ursäkt så snart den nya bevisningen kan påverka utgången.* Departementschefens uttalande kan vara gjort i syfte att lugna dem som befarade att preklusionsregelns nya skärpta lydelse skulle medföra stora risker för att många mål skulle kunna få en oriktig utgång. Det är emellertid fullt tänkbart att parter i talrika fall alls inte kan göra sannolikt att de haft giltig ursäkt för att de inte tidigare skaffat fram sådan avgörande bevisning som de vill åberopa först inför hovrätten. Det är alltså möjligt att många tvistemål kan få en materiellt oriktig utgång till följd av preklusionsregeln. Såtillvida kan departementschefens uttalande knappast anses träffande.

Vid bedömningen av frågan om ny bevisning får åberopas i hovrätten har det i sig ingen betydelse att denna har ett högt bevisvärde och kan påverka målets utgång. Det framgår klart av departementschefens uttalande i 1989 års lagstiftningsärende då rekvisitet ”annan särskild anledning” uteslöts som grund för att tillåta nytt processmaterial. Man skall enligt departementschefen bortse från betydelsen för målets utgång av den nya omständigheten eller det nya beviset och bara ta ställning till om parten haft giltig ursäkt för att han inte gjorde åberopandet redan i tingsrätten.[33] Den nya bevisningens höga bevisvärde och betydelse för målets utgång har ingen direkt relevans för frågan om parten har skälig ursäkt. Någon gång kanske det kan hävdas att advokaten bort förstå att just den nya bevisningen utgjorde den bästa utredningen och att det därför varit särskilt påkallat att han införskaffade utredningen så att den kunde åberopas inför tingsrätten. Detta talar för att det inte föreligger giltig ursäkt.

Närmast skall behandlas fall *då parten avstått från att i tingsrätten åberopa känd bevisning.* Om parten framställt en formlig begäran om vittnesförhör, men avstått från förhöret inför domstol, t. ex. därför att vittnet inte inställt sig, får han inte åberopa vittnet inför hovrätten. Vittnets utevaro och partens intresse av att få huvudförhandlingen genomförd utan dröjsmål utgör inte skälig ursäkt för att parten avstått från förhöret.[34] Det är sålunda viktigt att parten begär att tingsrättsförhandlingen skall ställas in.

[32] Prop. 1988/89:95 s. 44 f.
[33] Prop 1988/89:95 s 44.
[34] RH 1985:138 och 1989:106.

Det förekommer ofta att en part underlåter att åberopa bevisning som han känner till. Följande motivuttalande rörande åberopande av rättsfakta ger svar på frågan om rätt för parten att åberopa den nya bevisningen i dessa situationer. *Skälig ursäkt föreligger enligt motiven om parten gjort noggranna och välgrundade processekonomiska överväganden och därvid underlåtit att åberopa den av flera tänkbara grunder eller invändningar, som han bedömde sannolikt skulle ha lett till framgång, men detta inte blivit fallet.*[35] Samma princip bör gälla även för fall då en part avstår från att förebringa tillgänglig utredning. Antag att han bedömt bevisläget så att han sannolikt skulle vinna målet med den begränsade bevisning han avsåg att presentera för tingsrätten och att han förlorat målet. Parten borde då i hovrätten få åberopa den tidigare kända tilläggsbevisningen.

Det finns inte stöd för att parten skulle kunna få åberopa ny bevisning i hovrätten *om han ansett den åberopade bevisningen otillräcklig*, men han av processekonomiska skäl avstått från annan erforderlig dyrbar undersökning i avvaktan på att en myndighet skulle inhämta bevisningen kostnadsfritt och på ett tillförlitligt sätt. Här är situationen sådan att partens processekonomiska överväganden bygger på att instansordningens princip måste sättas åsido, dvs. oavsett utfallet av tingsrättens bevisvärdering; han utgår från att han måste överklaga och komplettera sin bevisning. Parten bör i sådant fall tillse att tvistemålet vilandeförklaras till dess myndigheten slutfört sin utredning och denna kan förebringas för tingsrätten.

8. Utländsk bevisning

En part kan möta stora svårigheter då han skall skaffa fram bevisning i utlandet. Om han lyckas med det först sedan målet överklagats till hovrätten, uppkommer fråga om den nya bevisningen kan avvisas av hovrätten. Följande fall är belysande för de många frågor som kan uppkomma.

NJA 1992 s. 227. En bank hade mot företagsinteckningar lämnat lån till ett bolag som sedermera försatts i konkurs. Banken väckte skadeståndstalan mot bolagets revisor innan konkursen hade avslutats. Enligt en företrädare för bolaget bestod bolagets varulager av ett slags lagerbevis som hade ett sammanlagt värde av 2,2 milj. pund. Lagerbevisen innehades för bolagets räkning av en mäklare i London. Denne hade realiserat lagerbevisen utan att lämna någon godtagbar redovisning till konkursförvaltaren. Banken förklarade att förvaltaren väckt talan i England mot mäklaren, men att denna talan inte prövats av domstol.

Banken anförde: I egenskap av företagsinteckningshavare har banken tillfogats betydande skada som en följd av att varulagret inte haft det

[35] Prop. 1971:45 s. 100.

värde som uppgetts. Konkursbouppteckningen utgjorde tillräckligt underlag för konstaterandet att banken lidit skada. Av bouppteckningen framgick att bristen i boet uppgick till 20 milj., varav 15 föll på banken. Trots att bolagets ställning och rörelsens gång inte kunnat i huvudsak bedömas med ledning av bokföringen har revisorn intygat att årsredovisningarna bl. a. vad gäller varulagret upprättats i enlighet med aktiebolagslagens bestämmelser. Genom intygandet har han på ett avgörande sätt medverkat till att banken förlitat sig på uppgifterna som grundval för säkerhetsbedömningen.

Revisorn bestred bankens talan i första hand på den grunden att banken inte visat att den lidit någon ersättningsgill skada. Skulle konkursboet erhålla betalning från mäklaren, skulle banken nämligen inte lida någon skada.

Inför tingsrätten åberopade banken som skriftlig bevisning bl. a. ett telexmeddelande från mäklaren vari han bekräftade att bolaget då hos honom hade mera än 100 warrants till ett värde av 2,2 milj. pund. Vidare åberopades ett utkast till affidavit enligt vilket konkursförvaltaren hävdade ett skadeståndskrav om 2,2 milj. pund mot mäklaren.

Tingsrätten ansåg att det först genom ett slututdelningsförslag skulle bli klarlagt i vad mån borgenärerna kunde få utdelning. Tingsrätten konstaterade att något sådant förslag inte upprättats av det skälet att konkursförvaltningen ansåg det nödvändigt att avvakta utgången av skadeståndsmålet i England. Även om det kunde anses sannolikt att banken inte skulle få full utdelning fann tingsrätten att banken inte visat att den lidit skada ens till det belopp om 600 000 kr. vartill talan begränsats.

Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

HD ansåg att banken kunde visa att den lidit skada genom annan utredning än ett fastställt slututdelningsförslag. Vidare uttalade HD: ”Banken har i HD, som nytt bevis för att den inte kan få utdelning för sin fordran mot bolaget, åberopat en av konkursförvaltaren d. 4 april 1990 avgiven kompletterande berättelse enligt 55 § i den äldre KL (1921:225). Av denna berättelse, som inte har kunnat åberopas i lägre rätt och därför enligt 55 kap. 13 § RB nu får åberopas som bevis, framgår att ett förhör under ed hållits i jan. 1990 inför engelsk domstol med Jay Barker. Enligt berättelsen har konkursförvaltaren genom detta förhör konstaterat att bolagets samtliga lagerbevis försålts eller utlånats på den engelska metallmarknaden under 1983 eller tidigare och att de därför, vad bolaget anbelangade, ’blott varit en chimär’.”

HD ansåg att det framgick tillräckligt klart att ett belopp om minst 600 000 kr. av bankens bevakade fordran inte kommer att täckas i konkursen och att banken hade tillfogats skada uppgående till motsvarande belopp.

HD:s domskäl utvisar att parten givits rätt att åberopa förvaltarens tilläggsberättelse av det enda skälet att denna inte kunnat åberopas tidigare. Härmed kan knappast avses något annat än att denna inte existerade under hovrättsprocessen. Mäklarens uppgifter skulle kanske ha kunnat redovisas för de svenska domstolarna i form av en skriftlig berättelse som inhämtats av banken, ett protokoll som upprättats vid förhör med mäklaren inför engelsk domstol eller ett återgivande av dessa protokollerade uppgifter i förvaltarberättel-

sen. Om HD ansett att det rörde sig om ett och samma bevismedel som kunde presenteras i olika former, borde HD ha prövat om det förelegat hinder för parten att åberopa bevisningen i någon form. HD har emellertid inte undersökt om banken gjort sannolikt att den inte kunnat skaffa fram uppgifterna från mäklaren på annat sätt än genom förvaltarens försorg. Detta tyder närmast på att HD utgått från synsättet att det inte rört sig om ett bevismedel och flera former för bevisningens förebringade, utan om olika bevismedel.[36] Eftersom HD inte närmare analyserat bevismedelsbegreppet eller motiverat sitt ställningstagande bör man nog vara försiktig med att dra långtgående och principiella slutsatser av fallet.

Man kan fråga sig om förvaltarberättelsen verkligen utgör ett annat bevismedel än mäklarens utsaga. Framställningen i avsnitt 5 talade närmast för följande begreppsbestämning: En i hovrätten åberopad bevisningsform utgör samma bevismedel som den i tingsrätten åberopade rörande samma bevistema, om den nya bevisningsformen inte utgör mer tillförlitlig bevisning än den som förebringats i tingsrätten. I förevarande fall står det klart att förvaltarens redogörelse inte kan ha högre bevisvärde än en muntlig utsaga inför svensk domstol eller en nedtecknad utsaga avgiven inför utländsk domstol.

Det är möjligt att HD:s beslut, trots den klara formuleringen, tar sikte på den särskilda situationen i fallet. Banken kunde anföra processekonomiskt godtagbara skäl för att den inte begärde förhör med mäklaren redan under tingsrättsprocessen. Banken ansåg kanske på goda grunder att konkursbouppteckningen utgjorde tillräcklig bevisning för att banken lidit skada och att den därför inte borde begära att kostnadskrävande bevisning skulle upptas i utlandet enligt ett ganska komplicerat förfarande. Situationen kan alltså jämföras med den i motiven beskrivna då en part efter noggranna processekonomiska överväganden åberopar endast en av flera alternativa grunder i tingsrätten och sedan tillåts åberopa de andra först i hovrätten. Även andra förhållanden kan ha bidragit till att banken tilläts åberopa förvaltarberättelsen i HD. Banken ansåg att det ankom på svaranden att visa att bolaget hade ytterligare tillgångar som kunde medföra att banken inte skulle lida skada. Banken hävdade vidare att konkursbeslutet fattats för tre år sedan

[36] HD kan knappast ha ansett förvaltarberättelsen som annat bevismedel än mäklarens utsaga av det skälet att berättelsen utöver en redovisning av mäklarens utsaga innehöll en slutsats som förvaltaren drog med ledning av de uppgifter som mäklaren lämnat inför den engelska domstolen. I denna del utgör förvaltarens berättelse närmast ett sådant vanligt uttalande i en bevisvärderingsfråga som kan förekomma under pläderingar. Uttalandet utgör inte något sakkunnigutlåtande i denna bevisvärderingsfråga, eftersom förvaltaren inte tillämpat erfarenhetssatser av den typ som endast experter har kunskap om. Jfr Edelstam, Sakkunnigbeviset, Uppsala 1991, s. 209 och 391 f.

och att ytterligare tillgångar inte uppdagats, trots att konkursförvaltaren energiskt sökt utreda förekomsten därav, särskilt i England. Med hänsyn till bevisläget och bevisbördans placering kan det sålunda te sig rimligt att banken under tingsrättsprocessen inte begärde förhör med mäklaren vid engelsk domstol. Det anförda tyder på att banken haft skälig ursäkt för sin underlåtenhet att åberopa mäklarens utsaga tidigare. Härvid görs en radikal omtolkning av beslutsskälen i strid mot ordalydelsen. HD:s beslut grundas på att hindersrekvisitet medgav att den nya bevisningen fick förebringas, under det att det framförda tolkningsförslaget innebär att HD:s ställningstagande ”realiter” eller ”undermedvetet” grundats på att det förelåg sådana förhållanden att ursäktsrekvisitet var uppfyllt. En sådan omtolkning kan knappast accepteras. Jag skulle emellertid vilja rekommendera att inga långtgående slutsatser dras av detta fall.

Enligt min mening tyder inte HD-fallet på att en part alltid har möjligheter att i högre rätt kräva bevisupptagning vid utländsk domstol. Det är visserligen svårare att inhämta bevisning utomlands, men därmed är inte sagt att det alltid är omöjligt att införskaffa sådan bevisning på tingsrättsstadiet eller att parten haft skälig ursäkt för att han underlåtit att begära sådan bevisupptagning på detta tidiga stadium. Det är sålunda viktigt att en part försöker skaffa fram utländsk bevisning redan under tingsrättsprocessen och att han begär bevisupptagning i förekommande fall. Underlåter parten att vidta bevissäkringsåtgärder under tingsrättsprocessen, är preklusionsrisken uppenbar. Parten kan sålunda inte avstå från att skaffa fram bevisningen under tingsrättsprocessen med den processekonomiska motiveringen att det skulle ställa sig för dyrt att göra det och att det fick ankomma på polisen eller andra myndigheter att slutföra undersökningarna. Skälig ursäkt föreliger inte om parten förutser att han måste komplettera sin bevisning i hovrätten med utredning som skall utföras av annan myndighet. Om utomprocessuella bevissäkringsåtgärder inte är framgångsrika, kan det krävas att parten begär bevisupptagning vid utländsk domstol om han har skäl att tro att vittnet kan lämna viktiga uppgifter. Om den utländska domstolen möter svårigheter när den skall genomföra ett förhör, kan det vara förenat med stora risker om parten avstår från förhöret och förlitar sig på att han ånyo skall kunna begära sådant förhör under hovrättsprocessen för det fall att han förlorar målet i tingsrätten.

Rättsfallet utsäger inte något om preklusionsregelns innebörd för fall då en part gjort ett försök att införskaffa bevisningen, men misslyckats och tredje man eller en myndighet senare lyckats inhämta bevisningen långt

senare. Även om en part misslyckats att inhämta viss utredning, kan man många gånger kräva att han skall göra ytterligare försök under förutsättning att man godtar den tolkning av hindersrekvisitet som jag förordat. Om ett utländskt vittne vägrar att besvara frågor på det förprocessuella planet, kan det krävas att parten redan på tingsrättsstadiet begär att domstolen skall använda tvångsmedel för att bevisningen skall bli tillgänglig. Parten måste, som Cars framhållit, begära editionsföreläggande gentemot den som vägrar att utlämna en handling och domstolsförhör med ett vittne som förklarat sig ovillig att medverka till utredningen. I dessa situationer kan en part inte avvakta med sina ställningstaganden och begära domstolshjälp först i hovrätten. Det finns knappast någon anledning att se annorlunda på problemet om bevisningen endast kan framtvingas under medverkan av utländsk domstol. Parten som begär bevisupptagning utomlands först sedan hovrätten påbörjat målets handläggning kan som regel inte anses ha varit förhindrad att göra en sådan framställan redan i lägre rätt. Hinder kan därför inte anses föreligga enbart för att detta förfarande är komplicerat eller för att parten in i det längsta hoppats på frivillig medverkan.