

Behovet av att ställa ytterligare frågor enligt 35 kapitlet 13 § andra stycket andra meningen rättegångsbalken

Av tf. universitetslektorn ERIC BYLANDER

...It is better to have it and not need it
than to need it and not have it.

G. P. ROELING

Den 1 november 2008 träder lagändringarna beslutade inom det processrättsliga lagstiftningsprojektet En modernare rättegång i full kraft. Installationen av ny teknik för ljud- och bildhantering har under lång tid ansetts hindra detta ikraftträdande. Sedan den 1 december 2007 pågår en försöksordning avseende viss sådan teknik. I artikeln kommenteras en av projektets mest centrala bestämmelser, den först nu ikraftträdande 35 kapitlet 13 § andra stycket andra meningen rättegångsbalken, vilken lyder: "Kan ett muntligt bevis läggas fram i hovrätten genom en ljud- och bildupptagning av förhöret vid tingsrätten, får beviset tas upp på nytt endast om ytterligare frågor behöver ställas."

1 En modernare rättegång nu och snart

Datum för ikraftträdande av de ändringar och tillägg i processlagstiftningen som ingår i lagstiftningsprojektet *En modernare rättegång* (härefter *EMR*) beslutades först efter lång och oviss väntan. En partiell försöksordning trädde i kraft den 1 december 2007 och ikraftträdandedatum för övriga delar infaller så snart som den 1 november 2008.¹ Därmed finns det nu god anledning att kommentera de berörda bestämmelserna mer specifikt. I denna artikel behandlar jag den nya lydelsen av 35 kapitlet 13 § andra stycket andra meningen rättegångsbalken (härefter 35:13 2 st. 2 p. RB) om förutsättningarna för omförhör i hovrätt.

Flera av de ändringar och tillägg som ingår i EMR är oberoende av ny teknik.² Användningen av sådan tycks likväl dominera många betraktares bild av vad EMR innebär. Denna dominans har förvisso goda skäl för sig, med hänsyn till att de största förändringarna jämfört med nuvarande ordning är kopplade till den nya tekniken. De förbättrade tekniska möjligheterna att enkelt dokumentera förhör genom inspelning av både ljud och bild har bland annat gett upphov till ett nytt

¹ Se förordning (2007:636) om ikraftträdande av lagen (2005:683) om ändring i rättegångsbalken och viss följdlagstiftning respektive lag (2007:772) om dokumentation av muntlig bevisning genom ljud- och bildupptagning.

² I min artikel *Modernare rättegång — och bättre?* i SvJT 2007 s. 516 ff. finns (i avsnitt 2) en tematiskt indelad översikt över de kommande ändringarna av rättegångsbalken.

svar på den gamla frågan hur muntlig bevisning framlagd vid tingsrätten skall läggas fram i hovrätten.

Kan ett muntligt bevis läggas fram i hovrätten genom en ljud- och bildupptagning av förhöret vid tingsrätten, kommer beviset, enligt den nya lydelsen av 35:13 2 st. 2 p. RB, att få tas upp på nytt *endast om ytterligare frågor behöver ställas*.³ Som jag utvecklar nedan kan denna bestämmelse komma att visa sig svårtillämpad.⁴ Samtidigt kommer den att aktualiseras i en mycket stor del av de hovrättsfall som inleds genom överklagande från tingsrätt. Hur bestämmelsen kommer att tillämpas lär dessutom få stor betydelse för om EMR, i den del som berör förhållandet mellan tingsrätts- och hovrättsprocess, blir en framgång eller inte.⁵ Det finns alltså goda skäl att, bland de många olika ändringar som EMR innebär, välja ut just dem, som berör 35:13 2 st. 2 p. RB, för en fördjupad behandling.⁶

2 Bevisupptagning i hovrätt hittills

I ett rättsmedelssystem som det svenska, där ett mål kan överprövas ordinärt i hela sin vidd, dvs. avseende både rättsfrågor och sakfrågor, kan bevisupptagning aktualiseras även i överrätt. Denna ordning ger upphov till svårfrånkomliga och svårlösta problem.⁷ Bland dem med koppling till hovrätterna finns riskerna att hovrättsprocessen blir en onödigt fördröjande och fördyrande upprepning av tingsrättsprocessen, att processerna i de olika instanserna blir så olika varandra att hovrätten egentligen inte gör en kontrollerande överprövning eller att hovrätten ändrar tingsrättens bevisvärdering på ett betydligt sämre underlag än det som tingsrätten haft för sin bedömning. Förverkligas sådana risker kan det innebära att processens syften, därför eller av anslutande orsaker, inte uppfylls bättre än om tillgången till prövning i högre instans hade varit mer begränsad eller rentav helt utesluten.

³ Bestämmelsens nya lydelse innehåller — antagligen av förbiseende — den, till förmån för *i*, annars successivt övergivna prepositionen *vid* avseende tingsrätten.

⁴ Av samma uppfattning är Lars Heuman, som har behandlat bestämmelsen under rubriken "Effektiviseringar som medför rättstillämpningsproblem" i sin artikel "Processrätten och den digitala tekniken" i *Festskrift till Peter Seipel*, 2006, s. 254–256.

⁵ Förhållandet mellan tingsrätts- och hovrättsprocess, sett i ljuset av EMR, behandlas övergripande av Peter Fitger i SvJT 2008 s. 453 ff. Jag delar inte, men förstår, hans starka tro på lagstiftningsprojektets välsignelsebringande potential. Faders stoltheten är inte att ta miste på.

⁶ Hittills utgör artikeln *Kravet på prövningstillstånd för att hovrätten skall bedöma ett tvistemål* av Lars Heuman i JT 2007/08 s. 585 ff. den enda mer monografiska behandlingen av enstaka EMR-ändringar.

⁷ Därmed inte sagt att ett system som inskränker överprövningen till rättsfrågor är problemfritt; problemen är endast annorlunda. Svårigheterna att i praktiken hålla isär rättsfrågor och sakfrågor accentueras, när parterna försöker göra överprövningen så omfattande respektive så begränsad som möjligt. Ett system helt utan egentlig överprövning dras med ytterligare andra problem. Strävan att få den enda instansens prövning undanröjd accentuerar svårigheterna att i praktiken hålla isär materiella och formella frågor; missnöjda parter uppfinningsrikedom i mål om klander av skiljedom ger en god illustration.

Försöken att lösa problem som de berörda har resulterat i en delvis svårtillgänglig beslutsstruktur med ledning av en svårtillämpad lagstiftning. Även efter stundande ändringar av RB kvarstår beslutsstrukturen väsentligen oförändrad. Schematiskt kan dess inledning beskrivas på nedanstående sätt. Är svaret på en under (I)–(III) ställd fråga (vilket i vissa fall kan vara svårt att avgöra) *nej* innebär det att nästa beslutsled inte aktualiseras.⁸

I. Är målet sådant att hovrätten skall avgöra någon sakfråga, som aktualiserar bevisföring? *Om ja:*

II. Har den bevisning som skall bedömas lagts fram redan vid tingsrätten? *Om ja:*

III. Är ändring av tingsrättens dom aktuell i den del som bevisningen avser? *Om ja:*

IV. Beror avgörandet även i hovrätten av tilltron till den bevisningen?

I 35:13 RB behandlas formen för framläggande av tidigare upptagen bevisning. Beslutsleden (I)–(III) utgör förutsättningar för att det stadgandet skall aktualiseras i hovrätten. Har man nått fram till (IV) har man, via (I)–(III), kommit fram till att bevisning som tingsrätten tagit upp skall läggas fram i hovrätten på *något* sätt. De tre följande leden, (IV)–(VI) tar sikte på *i vilken form* detta skall ske. Antingen skall ett bevis tas upp på nytt eller hanteras i enlighet med det sista stycket i 35:13, vilket oförändrat lyder: ”Om ett bevis inte tas upp på nytt, skall det läggas fram på lämpligt sätt.” Till och med (III) överensstämmer den nuvarande och den nya beslutsstrukturen.

De s.k. tilltrosparagraferna (50:23 och 51:23 RB) har hittills inneburit att ett jakande svar på frågan under (IV) har utmynnat i följande slutsats: *Beviset skall då, med få undantag, tas upp på nytt vid huvudförhandling i hovrätten, eftersom ett sådant s.k. omförhör har varit en närmast nödvändig förutsättning för att hovrätten skall få ändra tingsrättens dom i aktuell del. Har svaret varit nekande har omförhör inte på samma sätt varit nödvändigt, men kunnat komma ifråga.*⁹

⁸ Den bedömning som då blir aktuell kan i sin tur vara nog så komplicerad. Exempelvis kan domstolen i anslutning till (I) behöva ta ställning till om målet kan avgöras utan huvudförhandling och i anslutning till (II) om den nya bevisningen skall tillåtas i hovrätten.

⁹ För att inte råka i en situation där tilltrosparagraferna *möjligen* skulle kunna hindra ändring utan omförhör har ett sådant ofta hållits närmast för säkerhets skull; jfr Lars Welamson: *Rättegång VI*, 3. upplagan, 1994, s. 90 f.

3 Ljud- och bildupptagningar samt -uppspelningar

När det är fråga om muntlig bevisning innebär EMR att det tillkommer ett par beslutssteg till dem som ovan har betecknats (I)–(IV). Överväger man att hålla omförhör, måste man, oavsett svaret på den sistnämnda frågan (IV), hädanefter gå vidare enligt följande:

V. Kan beviset läggas fram genom en ljud- och bildupptagning av förhöret vid tingsrätten? *Om ja:*

VI. Behöver ytterligare frågor ställas?

Är svaret på frågan under (V) nekande utmynnar det i samma slutsats som ett jakande svar på frågan under (IV) hittills har gjort (enligt vad som sagts strax ovan). Omfattningen av de s.k. tilltrosparagrafernas uttryckliga tillämpningsområde vidgas förvisso genom EMR,¹⁰ men deras genomslag blir alltså betydligt svagare. Detta inskränks till fall då svaret på frågan under (V) är nekande.

Endast i få fall är frågan under (V) tänkt att behöva besvaras nekande, eftersom en berättelse som lämnas i bevissyfte vid tingsrätt enligt den nya regeln i 6:6 1 st. RB *skall* dokumenteras genom en ljud- och bildupptagning, om det inte finns *särskilda skäl* mot detta. Förutom att tekniken trilskas eller inte finns till hands skall hänsyn till integritet och utredningens kvalitet kunna utgöra sådana skäl, med beaktande av den långtgående sekretessregleringen dock endast i begränsad omfattning.¹¹

Är svaret på frågan under (V) jakande skall beviset i hovrätten läggas fram genom en ljud- och bildupptagning av förhöret vid tingsrätten, inte, som hittills, genom ett omförhör. Till grund för nyordningen ligger en syn på den nya tekniken i jämförelse med den gamla, som allra tydligast har kommit till följande uttryck i förarbetena:¹²

¹⁰ De kommer nu uttryckligen att omfatta *samtliga förhör som hålls i bevissyfte*, inte endast förhör med vittne eller sakkunnig. Eftersom reglerna har tillämpats analogt på andra förhör, utgör denna ändring inte något stort steg, jfr Welamsons i föregående not a.a. s. 86 f. med hänvisningar.

¹¹ Enligt prop. 2004/05:131, främst s. 107 ff. och 228 ff. Som också framgår där faller en viktig förutsättning för ett genomförande av EMR i aktuell del, om det visar sig att integritetsfrågorna inte kan lösas på ett tillfredsställande sätt. Enligt min mening kan en förhörspersons oro inför en ljud- och bildinspelning, som — sekretessregleringen till trots — t.ex. riskerar att spridas på Internet, inte gärna mötas med (hot om) tvångsmedel enligt 36:21 RB, om oron har sådant fog för sig att den anses vara ett giltigt skäl att vägra låta sig förhöras. Särskilda skäl att underlåta ljud- och bildinspelning enligt 6:6 1 st. RB föreligger definitivt i ett sådant fall. Sekretessregleringens *effektivitet*, inte endast dess *existens*, måste få återverkningar på bedömningen.

¹² Prop. 2004/05:131 s. 164 resp. s. 201 f. (mina kursiveringar).

Dagens *ljudinspelningar* kan [...] generellt sett *inte* anses utgöra ett fullgott alternativ till ett förhör som hålls omedelbart och spontant inför rätten.

[- - -]

Enligt regeringens mening utgör [...däremot] en uppspelning i hovrätt av ett förhör som i tingsrätten dokumenterats genom *en videoupptagning* ett generellt sett lika gott underlag för bevisvärderingen som ett omförhör. Mot bakgrund av de olägenheter som är förenade med att förhör tas upp på nytt kan det i många fall rent av vara så att en videoupspelning är att föredra från bevisvärderingssynpunkt, särskilt om det finns möjlighet att komplettera uppspelningen med ett tilläggsförhör [- - -]

De avslutande orden om uppspelning (av det som i lagtexten, mer teknikneutralt, har fått heta *ljud- och bildupptagning*) ger, vid första åhörande, en återklang av äldre tiders uppfattning, att en (då skriftlig) återgivning generellt är mer tillförlitlig än den återgivna muntliga utsagan.¹³ Fullt så extrem var dock inte *regeringens* hållning,¹⁴ utan vad det handlar om är just omförhörets förhållande till förhöret vid tingsrätten.

Tillägget om s.k. tilläggsförhör är ägnat att förvirra i fråga om reformens inriktning. Förvisso kan det stämma att hovrättens underlag för bevisvärdering blir ännu bättre än idag, i de fall då både en upptagning av tingsrättsförhöret spelas upp och ett förhör i tillägg därtill hålls omedelbart inför hovrätten.¹⁵ Huvudregeln är dock tänkt att vara den, att endast en ljud- och bildupptagning läggs fram. Det är bara i dessa fall som man uppnår reformsyftet att förhörspersoner inte skall (behöva) höras på nytt i hovrätten.¹⁶ Att den nytillkomna kombinationen uppspelning och tilläggsförhör sedan kan tänkas göra det ännu attraktivare än idag för parterna att få till stånd ett omförhör berörs något nedan.¹⁷

Ett förvisso övergående men högaktuellt och intressant förhållande kan noteras här. De ljud- och bildupptagningar som har tillkommit inom ramen för den pågående *försöksverksamheten* har hittills inte kunnat ersätta omförhör, eftersom försöksverksamheten endast har

¹³ Se min doktorsavhandling *Muntlighetsprincipen — En rättsvetenskaplig studie av processuella handläggningsformer i svensk rätt*, 2006, särskilt delkap. 8.3.5.

¹⁴ Så däremot — att döma av vissa skrivningar — hållningen hos författaren till den underliggande departementsskrivelsen, Ds 2001:36, s. 99 ff. Se vidare mitt i föregående not a.a. s. 316 f.

¹⁵ I enlighet med 36:16 2 st. sista p. RB i dess nya lydelse, vilken genom hänvisning i 37:3 1 st. RB är tillämplig inte endast på förhör med vittnen utan även på förhör med part och med målsägande som inte för talan. Motsvarande hänvisning finns *inte* avseende sakkunnig i 40 kap. RB, vilket felaktigt anges i prop. 2004/05:131, s. 237; jfr 40:10–11 RB och, möjligen ottydligare, 25 § 1 st. förvaltningsprocesslagen (1971:291).

¹⁶ Se prop. 2004/05:131, främst s. 165 f. och 201 ff.

¹⁷ Ett förfarande med tilläggsförhör kommer även fortsättningsvis att vara otillåtet i fall då en tidigare utsaga endast kan läggas fram i annan form än genom en ljud- och bildupptagning. Se den, enligt EMR i sak oförändrade, 36:16 2 st. 1 p. RB (till vilken 37:3 1 st. RB hänvisar) och prop. 2004/05:131 s. 237.

omfattat dokumentationsledet, inte uppspelningsledet.¹⁸ Övergångsbestämmelserna synes likväl inte hindra en tillämpning från och med den 1 november 2008, som innebär att ett jakande svar på frågan under (V) grundar sig på att en upptagning finns tillgänglig som resultat av den föregående försöksverksamheten. För detta talar också att en sådan upptagning, i händelse av överklagande, skall bevaras till dess att målet eller ärendet i fråga har avgjorts genom en dom eller ett beslut som har vunnit laga kraft.¹⁹ Det kan dock ifrågasättas om försöksvis gjorda upptagningar bör tillmätas samma betydelse som de som framöver kommer att göras, allra helst när försöksordningen endast har tillämpats inom ett enda hovrättsområde och inte har varit inriktad på uppspelning.²⁰ Verkan av ett jakande svar på frågan under (V) lär av mången part uppfattas som betungande. Först om även svaret på nästa fråga (den under VI, *Behöver ytterligare frågor ställas?*), är jakande *får* ju det muntliga beviset ifråga — vanligtvis i form av ett s.k. tilläggsförhör — tas upp på nytt i hovrätten. Sedan vi hittills har sett var den hör hemma skall vi nu se närmare på just frågan under (VI) och dess besvarande.

4 Behöver ytterligare frågor ställas?

Den tänkta *huvudregeln* är alltså att förnyad upptagning av muntlig bevisning genom omförhör *inte* skall ske. Enligt lagstiftaren kan det emellertid, i vissa situationer — vilka är avsedda att utgöra undantag — finnas anledning att komplettera ljud- och bildupptagningen från tingsrätten med ett nytt förhör i hovrätten. Förutsättningen är enligt 35:13 2 st. 2 p. RB att *ytterligare frågor behöver ställas*. Är den förutsättningen uppfylld *får* beviset tas upp på nytt, vilket enligt RB 36:16 2 st. sista p. skall ske i form av ett s.k. tilläggsförhör (om det inte är olämpligt).²¹ Sedd isolerad lämnar alltså 35:13 2 st. 2 p. RB utrymme för hovrätten att, trots att ytterligare frågor behöver ställas, *inte* tillåta ett omförhör i hovrätten. Jag har för min del svårt att föreställa mig en situation där ett sådant tillvägagångssätt skulle vara befogat. Behöver ytterligare frågor ställas bör det leda till att ett nytt förhör hålls.²² Det följer om inte annat av 1 p. i samma bestämmelse, enligt vilken ett bevis *behöver* tas upp på nytt, om hovrätten finner att det är av betydelse

¹⁸ Se 2 § lag (2007:772) om dokumentation av muntlig bevisning genom ljud- och bildupptagning. Jfr prop. 2006/07:121 s. 12.

¹⁹ Se 2 § förordning (2007:773) om dokumentation av muntlig bevisning genom ljud- och bildupptagning.

²⁰ Det är anmärkningsvärt att ett införande av två parallella regelverk för bevisupptagning i hovrätt, i samband med att EMR antogs, ansågs inge sådana betänkligheter att *ingen* försöksordning av något slag borde genomföras, se prop. 2004/05:131 s. 202 och mitt ovan (not 2) a.a. s. 519.

²¹ Ett omförhör av den typ som förekommer idag lär många gånger vara att föredra, när processläget i hovrätten avviker så mycket från det vid tingsrätten att det skulle bli mer betungande att sovra bland upptagningarna. Se prop. 2004/05:131 s. 236 f. Man kan vänta sig omfattande diskussioner om hur eventuell sovring lämpligen bör ske.

²² Något annat synes inte heller ha föresvävat lagstiftaren, jfr prop. 2004/05:131 s. 165, 202 ff. och 233 ff. samt Ds 2001:36 s. 9 och 129.

för utredningen. För att anknyta till den schematiska framställningen ovan kan vi konstatera att det steg (VI) som vi nu behandlar inte aktualiseras med mindre än att de inledande stegen (I)–(III) har lett vidare dit.

I vilka fall *behöver* då ytterligare frågor ställas? I förslaget till lagtext i den underliggande promemorian formulerades motsvarande rekvisit så, att det skulle vara *nödvändigt* att ställa ytterligare frågor.²³ Med visst fog kan man göra gällande att det åtminstone allmänspråkligt är en gradskillnad mellan sådant som är *nödvändigt* och sådant som behövs eller, mer analogt uttryckt, är *behövligt*. Det nödvändiga uppfattas nog allmänt som mer oundgängligt än det behövliga. Att bytet av formulering inte uppmärksammades i propositionen är därför något förvånande, men kan inte i sig tillmätas någon avgörande betydelse.²⁴

Den lagtekniska lösningen bygger på att det är *felaktigt* att hålla ett omförhör (det *får* inte hållas) om ett behov i lagens mening inte finns. Vi återkommer till hur man kan se på ett omförhör som anordna(t)s trots att ytterligare frågor *inte* behöver ställas. Behovet kan dock belysas av icke-behovet. Som vi strax skall se framgår detta, om inte annat, av förarbetena, vilka lär få stor betydelse för hur 35:13 2 st. 2 p. RB skall tolkas. Bestämmelsen i sig är nämligen inte särskilt upplysande.²⁵

De ytterligare frågorna behöver ställas för att uppnå *något*, som inte kan uppnås dem förutan. Det föreliggande behovet av att ställa ytterligare frågor måste alltså relateras till detta något.²⁶ Vad detta är anges inte i själva bestämmelsen, men blir tydligare av det sammanhang i vilket den ingår. Vi kan notera kopplingen mellan det schematiska steg (VI) som vi nu behandlar och det grundläggande kravet på betydelse för utredningen enligt 35:13 2 st. 1 p. Behovet av att ställa ytterligare frågor hänför sig, att döma av sammanhanget, till *utredningen*.²⁷ Närmare bestämt bör det avse att utredningen skall vara sådan att domstolen både kan och får avgöra målet på grundval av det som förekommit. Vad som kan krävas och kravens styrka växlar därigenom mellan olika måltypen och med målets beskaffenhet.²⁸ Så är det också hovrätten som "har det slutliga ansvaret för bedömningen av om den

²³ Ds 2001:36 s. 15, 113 och 129.

²⁴ Faktiskt används i propositionen *vara nödvändigt*, *behöver* och *krävs* om varandra, som om någon betydelskillnad varken uppfattats eller avsetts, se prop. 2004/05:131, främst s. 234; liknande Ds 2001:36 s. 113. Inte heller synes lagstiftaren med den valda pluralformen *frågor* ha menat att behovet av att ställa *endast en enda ytterligare fråga* inte skulle kunna leda till att ett nytt förhör hålls i hovrätten.

²⁵ Jfr däremot exempelvis den betydligt mer klagörande 5:10 RB, vilken införs genom EMR, där det *i själva lagtexten* klagörs vad rätten särskilt skall beakta vid bedömningen av om det finns *skäl för* att någon skall delta i ett sammanträde genom ljud- eller ljud- och bildöverföring i stället för att infinna sig där sammanträdet hålls.

²⁶ Jfr formuleringen "att det i hovrätten har uppkommit ett behov av att ställa ytterligare frågor till den som hördes i tingsrätten", prop. 2004/05:131 s. 203.

²⁷ Jfr t.ex. 52:11 RB: "Om det är nödvändigt för utredningen i målet..."

²⁸ Kopplingen till det som gäller rättens processledning av olika slag är stark, se prop. 2004/05:131 s. 234 f. och jfr a. prop. s. 231.

muntliga bevisningen skall tas upp på nytt”,²⁹ dvs. är den som avgör om ett behov av att ställa ytterligare frågor i bestämmelsens mening föreligger. Som framgår direkt av 35:13 2 st. 3 p. får förnyad bevisupptagning ske även utan begäran av part. Enligt förarbetena är det dock ”i första hand parterna som skall ta ställning till om det krävs [!] ytterligare frågor till den som redan hörts i tingsrätten.”³⁰

När det gäller styrkan av behovet att ställa ytterligare frågor och parternas styrkande av detta räcker inte ett blankt påstående från en part om att det finns ett sådant behov. Samtidigt skall det inte krävas att en part, som vill ha ett omförhör i hovrätten till stånd, ”avslöja[r] just vilka frågor som han eller hon tänker ställa.”³¹ I den underliggande promemorian föranledde denna ståndpunkt slutsatsen att ”[r]edan ett påstående om att det är nödvändigt att ställa ytterligare frågor bör [...] kunna godtas av hovrätten.”³² Regeringen instämde i den remisskritik som riktades mot denna slutsats och anförde därvid bl.a. följande:³³

Om ett påstående från en part om att ytterligare frågor behöver ställas utan vidare skulle godtas, finns det en risk för att nya förhör i hög grad kommer att tillåtas trots att det inte är sakligt motiverat. Ett sådant resultat skulle i stor utsträckning undergräva fördelarna med reformen.

Här var det tydligt att fördelarna med reformen *inte* ansetts ligga i möjligheten att hålla förhör i tillägg till en ljud- och bilduppspelning av förhöret vid tingsrätten, utan i att *slippa* varje form av omförhör.³⁴ För min del föreställer jag mig att många parter lär komma att se annorlunda på saken och eftersträva sådana förhör. När vi nu, slutligen, skall se närmare på vad förarbetena har att säga om behovet av att ställa ytterligare frågor, finns det anledning att betrakta förarbetsuttalandena ur en sådan parts perspektiv. Kommer 35:13 2 st. 2 p. RB med ledning av dessa uttalanden då att kunna tillämpas så, att det är lagstiftarens avsedda fördelar med reformen som får genomslag?

²⁹ Prop. 2004/05:131 s. 234

³⁰ Prop. 2004/05:131 s. 234, där det även framhålls att det endast ”[i] undantagsfall kan [...] finnas anledning för hovrätten att självant ta initiativ till ett förnyat förhör” och att detta ”framför allt [gäller] i brottmål och indispositiva tvistemål” medan ”rätten bör vara mycket mera försiktig att självant agera i denna situation i dispositiva tvistemål.”

³¹ Ds 2001:36 s. 113; motsvarande i prop. 2004/05:131 s. 234.

³² Ds 2001:36 s. 113

³³ Prop. 2004/05:131 s. 203 f.

³⁴ Jfr not 16 f. ovan.

Enligt förarbetena kan ”tre olika fall” urskiljas, där det i hovrätten kan finnas ett behov av att ställa ytterligare frågor till den som hördes i tingsrätten.³⁵ Vad det är fråga om är, mer precist, tre olika kategorier av sådana fall. I korthet karakteriseras de av

- 1) att nya, tvistiga, *omständigheter* har fått åberopas i hovrätten,
- 2) att ny *bevisning* har fått åberopas i hovrätten, respektive
- 3) att *oklarheter* råder om vad ett vittne menat med sin tidigare utsaga.

Kategorierna 1 och 2 har det gemensamt att de hänför sig till ett processmaterial som inte fanns att beakta redan när en förhörsperson hördes vid tingsrätten. Står det väl klart att detta nya material skall få åberopas i hovrätten bör omförhör utan några i sig komplicerade överväganden kunna komma ifråga med stöd av det behov som ryms under dessa kategorier.³⁶ En förutsättning är givetvis att förhörspersonens hörande kan bidra till den utredning som blir aktuell. Med propositionens ord skall det vara så att ”parterna vill föra bevisning om [de nya omständigheterna] genom ett nytt förhör med någon som redan hörts vid tingsrätten” respektive att ”ny bevisning gör det nödvändigt att ta upp beviset på nytt”.³⁷ Blotta viljan skall ju förvisso inte räcka i det första fallet.³⁸ I indispositiva mål, där egentliga preklusionsregler saknas, kan man likväl räkna med att parter i stor utsträckning kommer att få genomslag för en vilja att få till omförhör inom ramen för dessa kategorier. Man kan nog också räkna med att de dispositiva tvistemål som dispenserar enligt det generella kravet på prövningstillstånd, som införs som en central del av EMR,³⁹ många gånger är av sådant slag att förekommande preklusionsregler inte hindrar åberopande av nya omständigheter eller ny bevisning.

Kategori 3 lär bli desto svårare att hantera. Här skall behovet av att ställa ytterligare frågor prövas mot vad som går eller inte går att få ut av förhörspersonens utsaga vid tingsrätten, så som den kan läggas fram i ljud- och bilddokumenterat skick. Vi måste här erinra oss att lagstiftaren *normativt* har beslutat att tilltrosfrågor kan avgöras på grundval av en ljud- och bildupptagning.⁴⁰ I propositionen beskrivs denna kategori på följande sätt:⁴¹

³⁵ Prop. 2004/05:131 s. 234

³⁶ Heuman är i sitt ovan (not 4) a.a. s. 255 av liknande mening.

³⁷ Prop. 2004/05:131 s. 234

³⁸ I prop. 2004/05:131, s. 234 (med mina kursiveringar), exemplifieras också detta med att ”ett förhör med ett vittne som hörts i tingsrätten [kan] vara *nödvändigt* för att hovrätten skall ha möjlighet att göra en riktig värdering av det nya beviset” och att “[u]ppgifter från ett nytt vittne kan *föranleda följdfrågor*” till någon annan förhörsperson som har hörts i bevissyfte i tingsrätten.

³⁹ Se prop. 2004/05:131, bl.a. s. 172 ff. och 257 ff. Som jag har utvecklat i mitt ovan (not 2) a.a., särskilt s. 521 och 525, betraktar jag flera av de teknikberoende delarna av EMR, inklusive de nu behandlade, som ”socker” för att få igenom de långtgående kraven på prövningstillstånd.

⁴⁰ Att empiriska studier av förhållandet mellan en återgivning och det återgivna kan göra det högst befogat att ifrågasätta det kloka i denna nyordning kan inte gärna tillåtas få genomslag på tillämpningsplanet; jfr Bengt Lindell: *Notorietet och*

Det tredje fallet är att det råder *oklarheter om vad ett vittne menat med sin utsaga*. Det kan t.ex. vara fråga om att vittnet under tingsrättsförhören lämnat *motstridiga uppgifter* om en omständighet av betydelse. Om det däremot är fråga om svårigheter att göra en riktig bedömning av den bevisverkan uppgifterna kan ha skall förhören läggas fram i form av en uppspelning av en ljud- och bildupptagning. Att vittnet har lämnat *svävande uppgifter i allmänhet* behöver alltså inte utgöra skäl för ett kompletterande förhör. I en sådan situation råder det många gånger inte något egentligt tvivel om vad vittnet menat. Förnyat förhör bör alltså inte ske endast för att parten begär en förnyad bedömning av den utsaga som lämnats i tingsrätten.

Till det sistnämnda kan man anmärka att detta egentligen endast är ett inskräpande av att en uppspelning inte skall kompletteras med ett omförhör, med mindre än att det finns behov av att ställa ytterligare frågor. När det så gäller att, som avsett, göra en helt avgörande skillnad mellan *motstridiga uppgifter* och *svävande uppgifter i allmänhet* är det tveksamt om det låter sig göras ens teoretiskt.⁴² Med ledning av partsargumentation, som är besjälad av viljan att få till ett förhör i tillägg till uppspelning av ljud- och bildupptagning, lär det i många fall visa sig praktiskt helt omöjligt.⁴³

Inför hovrättsbehandlingen kommer parter och ombud att ha anledning att ta del av åtminstone de viktigaste av de inspelade förhören. Dessa kommer ju många gånger att spelas upp på nytt, oavsett om omförhör (i form av tilläggsförhör) blir aktuella. Detta retrospektiva deltagande lär många gånger leda till att man uppmärksammar andra aspekter än de som aktualiserades innan talan slutfördes vid tingsrätten. En förhörsperson som hördes efter en annan utfrågades kanske om något som inte tycktes viktigt att fråga den förste om där och då, men som sett i ljuset av det senare förhören tillsammans med tingsrättens avgörande visar sig ha varit mycket viktigt att få ett (tydligare) svar på.

Men nu invänder någon:⁴⁴ *Behovet av att förtydliga etc. borde väl parten ha tänkt på tidigare?! Hovrättsprocessen skall ju inte vara till för att parterna kontradiktion*, 2007, s. 96 ff. Lagstiftaren har, åtminstone tills vidare, satt ned foten, må vara på ett anmärkningsvärt bräckligt underlag. Se vidare mitt ovan (not 13) a.a., främst s. 316 f. Jfr Heumans i ovan (not 4) a.a., s. 257 f., uttryckta syn på hur vittnespsykologisk forskning — i en närliggande situation — bör kunna användas även på tillämpningsplanet. Jag sympatiserar med men instämmer alltså inte i denna hans bedömning.

⁴¹ Prop. 2004/05:131 s. 234 (med mina kursiveringar); se därtill a. prop. s. 203 ff.

⁴² Se Heumans ovan (not 4) a.a. s. 255 f.

⁴³ Så lär åtminstone bli fallet, om bedömningen sker under vederbörligt beaktande av den inriktning på utredningen och av den nya hanteringen av tilltrofrågor enligt vad jag har behandlat ovan.

⁴⁴ Till exempel Peter Fitger; jfr den fromma förhoppning han (på vilken "man" här synes syfta) ger uttryck för i ovan (not 5) a.a. s. 465: "Man skulle i fortsättningen vilja se att parterna i tingsrätten alltid besjälades av känslan att »det är här och nu det gäller«." (Liknande Ds 2001:36 s. 113 f.) Den känslan lär förvisso komma att stärkas, men den lär inte hindra intensiva försök av missnöjda parter att vinna större framgång i hovrätten än vid tingsrätten eller av nöjda parter att säkra ett fastställande.

skall få möjlighet att korrigera sina misstag, utan för att hovrätten skall kunna korrigera tingsrättens eventuella misstag. Det må vara sant. Någon sådan preklusionsverkan, som är oberoende av behovet av omförhör i hovrätten, är likväl inte en del av det nya systemet.⁴⁵ Invändarens problem slutar inte heller där.

Kan man tänka sig att hovrätten finner att det finns behov av att ställa ytterligare frågor i syfte att få till förhör, så att domstolens ledamöter inte skall ledsna på sitt ansvarstunga värv, isolerade från liv och rörelse?⁴⁶ Ja kanske, även om det nog aldrig skulle tillåtas att komma till uttryck i några beslutsskäl. Aspekter som dessa lär dock kunna komma att påverka rättstillämpningen, åtminstone på marginalen.⁴⁷

Ett beslut som, på oriktiga grunder, innebär att förhör skall hållas, lär i de flesta fall kunna fattas utan egentliga konsekvenser. Som vi har sett är förutsättningarna för att finna ett behov av att ställa ytterligare frågor inte särskilt tydliga. Därmed blir det svårt att ens kunna identifiera ett rättegångsfel bestående i överträdelse av förbudet i 35:13 2 st. 2 p. RB. Att detta sedan skulle leda till att Högsta domstolen undanröjer ett avgörande och återförvisar målet på denna grund ter sig osannolikt.⁴⁸ När det sedan gäller parternas bedömningar skall det nog mycket till för att aktualisera något ansvar för rättegångskostnader. Det kan inte räcka att parten får igenom sin begäran om omförhör och sedan "inte ställer några andra frågor än de som redan har ställts i tingsrätten".⁴⁹ För att processföringen skall anses vårdslös eller försumlig måste bedömningen av processläget vid tiden för partens begäran kunna bedömas som nära nog medvetet felaktig.⁵⁰

Som vi har sett lär omförhör av många olika orsaker komma i fråga även med tillämpning av de nya reglerna. Undantagen från det som är avsett att vara huvudregel — uppspelning av en ljud- och bildupptagning utan något slags omförhör — lär bli så många att reformens syften inte kommer att uppfyllas. Eftersom regelstyrning, inte målstyrning, fortfarande är processlagstiftningens huvudinriktning bör detta, om det anses behövt, korrigeras genom lagändringar, inte genom rättstillämpning utan tydligt stöd i lag. Behovet av att besvara

⁴⁵ Jfr Heumans ovan (not 4) a.a. s. 254 f. Här kan man också notera att behovet av att ställa ytterligare frågor kan uppkomma under hovrättsförhandlingens gång. Det kan i ett sådant fall visa sig svårt att undvika uppskov för att se till att ett nypåkallat omförhör kan genomföras.

⁴⁶ Jfr mitt ovan (not 13) a.a. s. 221.

⁴⁷ Fitger konstaterar i sitt ovan (not 5) a.a., s. 462, att "[d]en hovrättsledamot som föredrar liveförhör" kanske gör "klokt i att fundera över om inte han eller hon egentligen skulle trivas bättre i en tingsrätt." Ett uttalande som detta är knappast ägnat att öka hovrättsdomarnas (idag, så vitt jag erfarit, bristande) entusiasm över och därmed upplevda lojalitet med EMR.

⁴⁸ Ett antagande om inverkan på målets utgång bör många gånger kunna tala för att det funnits ett behov av att ställa ytterligare frågor och då har ju inget fel begåtts.

⁴⁹ Se prop. 2004/05:131 s. 204, där det görs gällande att reglerna i 18:6 och 31:4 RB kan spela en viss roll. Med hänsyn till praxis lär denna roll sällan komma att spelas.

⁵⁰ Jfr Per Olof Ekelöf m.fl.: *Rättegång – Tredje häftet*, sjunde upplagan, 2006, s. 292.

många ytterligare frågor lär vara stort när ridån snart går upp och processsubjekten sitter bänkade framför bildskärmen som står där uppe på hovrättsscenen.