



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Alice Johansson

Sakkunnigbeviset
- En undersökning över
sakkunnigreglernas möjligheter
och begränsningar

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg

Termin för examen: Period 1 VT2022

INNEHÅLL

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGSLISTA	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställning	8
1.3 Avgränsning	10
1.4 Disposition	11
1.5 Material	13
1.6 Metod	14
1.7 Forskningsöversikt	17
1.8 Begrepp och terminologi	18
2 BAKGRUNDSHISTORIA OCH GRUNDLÄGGANDE PRINCIPER	21
2.1 Historisk tillbakablick	21
2.2 Allmänna och särskilda erfarenhetssatser	23
2.3 Principen om den sakkunniges frivilliga deltagande	25
2.4 Principen om lika tillgång till information	26
2.5 Den fria bevisprövningens princip	28
3 FÖRHÅLLET MELLAN SAKKUNNIG OCH VITNE	30
3.1 Sakkunnigreglerna i 40 kap. RB	30
3.2 Den sakkunniges vittnesplikt	32

4 NÄR UTLÅTANDET INTE ÅBEROPAS	35
4.1 Inledning	35
4.2 Kan en part anlita samma sakkunnig som motparten?	36
4.3 Edition på sakkunnigutlåtanden	38
4.3.1 Det processuella editionsinstitutets utveckling	38
4.3.2 NJA 1963 s. 72	42
4.3.3 NJA 2011 s. 241	45
4.3.4 Spelar det någon roll vem editionsbegäran riktas mot?	53
4.3.5 Sammanfattande kommentar	56
4.4 Utlåtande som endast givits muntligen	58
4.4.1 En ännu inte existerande framställningsform	59
4.4.2 Sammanfattande kommentar	60
5 NÄR UTLÅTANDET ÅBEROPAS	62
5.1 Inledning	62
5.2 Kan en part begära att ett ofullständigt eller knapphändigt skriftligt sakkunnigutlåtande ska kompletteras?	62
5.2.1 Möjligheten att begära utfrågning innan huvudförhandling	63
5.2.2 Skriftlig komplettering	64
5.2.3 Bristen på kompletteringsmöjligheter i förhållande till principen om parternas likställdhet	66
5.3 Får rätten avvisa ett åberopat sakkunnigutlåtande som tillskansats på ett otillbörligt sätt?	68
5.3.1 Bevisvärderingens betydelse	68
5.3.2 Olovlig anskaffning och artikel 6 Europakonventionen	69
5.4 Sakkunnigutlåtanden från en annan process	71
5.4.1 Utgör utlåtandet en allmän handling?	71
5.4.2 Får utlåtandet åberopas?	72
5.4.3 En analogi till skriftliga vittnesattester	77
5.4.4 Får domstolen avvisa det inhämtade skriftliga utlåtandet?	82

5.4.5 Sammanfattande kommentar	84
6 EN KOMPARATIV UTBLICK MOT DET ENGELSKA RÄTTSSYSTEMET	85
6.1 Disclosure och privilege	85
6.2 Olika typer av experter	86
6.2.1 Tvisterelaterade och transaktionsrelaterade sakkunnigutlåtanden	87
7 SAMMANFATTANDE KOMMENTAR OCH AVSLUTANDE REFLEKTIONER	91
7.1 Vilka möjligheter erbjuder gällande rätt den part som vill tillförsäkra sig samma sakkunnigbevisning som motparten?	91
7.2 Är de nuvarande reglerna i 40 kap. RB tillräckliga för att garantera rättssäkerheten i Sverige?	95
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	99
Offentliga tryck	99
Propositioner	99
Utredningsbetänkanden	99
Litteratur	100
Övrigt	102
Rättsfallsförteckning	103
Högsta domstolen	103
Tingsrätterna	104
Justitieombudsmannen	104
Europadomstolen	104

Summary

The rules in the Swedish Code of Judicial Procedure that regulates the use of expert evidence have not been revised since The Code entered into force in the early 1940s. This has created a sort of imbalance between how the legal system intends the rules on expert evidence to be applied and what the use of trial experts actually looks like in practice.

The essay begins with a historical background where, among other things, the origin of the rules on expert evidence in chapter 40 of The Code is discussed. This is followed by a report on some parts regarding the use of expert evidence which are important to understand. Mainly that the expert's role is to contribute with special experience to the trial process and that a person can never be forced to act as a trial expert. Furthermore, the essay states that there is a principle meaning that parties must have equal access to information in the trial process and that the presentation of evidence must be free. However, there are no given answers as to how these principles affect the rules on expert evidence.

The essay then examines the relationship between experts and witnesses. It has been proven difficult for both courts and parties to distinguish between these two different types of evidence, which has caused a lot of problems, in particular because the rules regarding witnesses in chapter 36 of The Code are also applicable on experts appointed by the parties. Thereafter the essay gives a report on the lack of in-procedural research and acquisition methods regarding expert evidence in Swedish law. The Swedish rules on disclosure only applies to statements written by experts that are "unique", which causes a situation where a party who wants access to a statement written by an expert hired by the counterpart has to rely on extra-procedural methods to claim their rights.

The essay continues by highlighting the problems that are caused by the fact that Swedish law does not contain a rule that allows a party to demand completion of a statement written by an expert hired by the counterpart. The

lack of regulation risks leading to an unfair distribution of information in the trial process. When the hiring party receives a more detailed statement, he or she gains a great advantage that can be used to surprise the other party during the main hearing. In light of this, the parties will no longer be equal in the process.

The ability for the court to, for various reasons, reject a statement from an expert that one of the parties has invoked is seemingly small. This may lead to a situation where the parties use unethical methods to obtain the evidence they need. However, the fact that the regulation regarding expert evidence is lacking in this regard does not seem to give the parties any other choice.

The essay comes to the conclusion that the expert rules in chapter 40 of The Code needs to be reviewed so that equal treatment and legal certainty is not taken aside. The Supreme Court has been reluctant to interpret and expand the application of the current rules, which has created a stagnant situation where no one is a winner. The expert privilege and the protection of their self-interest has always been put first and the parties' ability to exercise their rights has been set aside. Thus, the conclusion is that the existing rules do not satisfy judicial protection and do not correlate with the reality that is today, where experts hired by the parties are used in a much greater extent than experts hired by the court.

Sammanfattning

Reglerna i rättegångsbalken (1942:740) som reglerar användandet av sakkunnigbevisning har i princip inte förändrats sedan balken trädde ikraft på början av 1940-talet. Detta har skapat en slags obalans mellan hur rättsordningen föreskriver att sakkunnigbevisningen ska tillämpas och hur användandet av sakkunniga faktiskt ser ut i praktiken.

Uppsatsen inleds med en historisk tillbakablick där bland annat bakgrunden till sakkunnigreglerna i 40 kap. RB behandlas. Därefter följer dels en redogörelse för den sakkunniges uppgift; att bidra med särskilda erfarenhetsatser, dels en beskrivning av de svenska reglernas brist på sakkunnigtvång. Vidare fastslås att det finns en princip som innebär att parterna ska ha lika tillgång till information i rättegångsprocessen och att bevisföringen ska vara fri. Vad dessa betyder för sakkunnigreglernas del finns det emellertid inga givna svar på.

Uppsatsen undersöker därefter förhållandet mellan sakkunniga och vittnen. Det har visat sig vara svårt för såväl domstolar som parter att skilja på dessa båda bevismedel vilket skapat en hel del problem, inte minst eftersom vittnesreglerna i 36 kap. RB i huvudsak ska tillämpas avseende partssakkunniga. Därefter redogörs för bristen på inomprocessuella efterforsknings-och anskaffningsmetoder avseende sakkunnigbeviset inom svensk rätt. Editionsreglerna får endast tillämpas på sakkunnigutlåtanden som är ”unika”, varför en part som vill komma åt ett sakkunnigutlåtande som motparten innehar får förlita sig på utomprocessuella metoder för att kunna bevaka sin rätt.

Uppsatsen fortsätter sedan genom att belysa problemet att svensk rätt inte heller innehåller någon regel som tillåter en part att kräva komplettering av ett sakkunnigutlåtande som dennes motpart har åberopat. Bristen på reglering riskerar att medföra en orättvis fördelning av informationen i rättegången. När den part som anlitat den sakkunnige erhåller ett utförligare utlåtande vinner denne en stor fördel som kan utnyttjas för att överrumpla

motparten vid huvudförhandlingen. Parterna blir, mot bakgrund av detta, inte längre likställda i processen.

Frågan om rätten har möjlighet att, av olika anledningar, avvisa ett sakkunnigutlåtande som en part åberopat verkar vara liten. De stränga avvisningsreglerna kan tyckas öppna upp för en verklighet där parterna använder oetiska medel för att anskaffa den bevisning de behöver. Det faktum att regelverket gällande sakkunnigbevisning brister i detta avseende ger emellertid inte parterna något annat val.

Uppsatsen kommer till slutsatsen att sakkunnigreglerna i 40 kap. RB behöver ses över för att inte rättssäkerheten ska sättas ur spel. HD har varit ovilliga att tolka och utvidga tillämpningen av de nuvarande reglerna, vilket har skapat ett stillastående läge som ingen vinner på. Skyddet för den sakkunniges egenintresse har satts i första rummet och parternas möjligheter att tillvarata sin rätt har fått kliva åt sidan. Slutsatsen blir således att de regler som finns idag inte tillgodoser rättsskyddet i tillräcklig mån och inte korrelerar med den verklighet vi lever i, där partssakkunniga används i betydligt större utsträckning än domstolssakkunniga.

Förord

Jag hade svårt att föreställa mig den här dagen för snart fyra och ett halvt år sedan när jag för första gången steg in i Pufendorfsalen på Juridiska fakulteten i Lund. Men tiden går, som man brukar säga, fort när man har roligt och nu är det dags att ta det berömda klivet ut i arbetslivet. Med denna uppsats går min studietid till ända och då är det några som förtjänar ett särskilt tack.

Inledningsvis vill jag rikta ett stort tack till professor Peter Westberg för att du i egenskap av handledare kom med värdefulla råd och tankar under inledandet av mitt skrivande som var behjälpliga vid utformade av frågeställningen och uppsatsens huvudsakliga syfte.

Jag vill även framföra ett stort och kärleksfullt tack till mina underbara vänner som jag träffat under min studietid här. Ni är ovärderliga och utan er hade jag aldrig tagit mig igenom dessa fyra och ett halvt åren!

Lund, Maj 2022

Alice Johansson

Förkortningslista

Art.	Artikel.
CPR	The Civil Procedure Rules.
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna.
HD	Högsta domstolen.
Ibid.	Ibidem.
JO	Justitieombudsman.
JT	Juridisk tidskrift.
Kap.	Kapitel.
M.a.o	Med andra ord.
NJA	Nytt juridiskt arkiv.
RB	Rättegångsbalk (1942:740).
Prop.	Proposition.
SAOB	Svenska Akademiens ordbok.
SOU	Statens offentliga utredningar.
SvJT	Svensk juristtidning.
TF (1949:105)	Tryckfrihetsförordningen
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap.
TR	Tingsrätt

1 Inledning

1.1 Bakgrund

En avgörande del av processföringen i tvistemål är frågan om möjligheten för parterna att tillförsäkra sig väsentlig bevisning. Parternas möjlighet att söka, anskaffa och åberopa bevisning i rättegången är en del av tvistemålsprocessen som hela tiden aktualiseras och som ofta blir föremål för diskussion och tolkningar. En parts möjligheter att få tag på den information hen behöver för att kunna bevaka sina intressen i rättegången har på senare tid snarare tolkats som en slags självklar *rättighet* som växt sig allt starkare i svensk rätt. Denna ”rättighet” har (inte helt otippat) kommit att påverka synen på sakkunnigreglerna och huruvida dess nuvarande utformning verkligen tillgodoser parterna de rättigheter som de alltjämt innehar.

Sakkunniginstitutet är den del inom svensk bevisrätt som behandlar parternas, och domstolens, möjlighet att anlita experter som verktyg för att undersöka och besvara en viss specifik, omtvistad sakfråga i processen. Reglerna om sakkunnigbevisning som återfinns i 40 kap. RB har emellertid inte förnyats sedan dess tillkomst år 1942. På den tiden ansåg lagstiftaren att det huvudsakliga användandet av experter i rättegången skulle ske genom sakkunniga anlitade av domstolen, inte av parterna. Detta medförde att sakkunnigreglerna nästan helt och hållet utformades efter anlitaandet av domstolssakkunniga. Den bristande balansen kan i mångt och mycket framstå som helt orimlig, eftersom partssakkunniga i praktiken används i betydligt större utsträckning än domstolssakkunniga.¹ Trots att praxis visar på en tydlig överrepresentation av sakkunniga anlitade av parterna erhåller dessa en svagare processuell ställning i svensk rätt än domstolssakkunniga. Det faktum att domstolssakkunniga får medverka under större utsträckning beror sannolikt på att partssakkunniga ofta riskerar att inta en partisk

¹ Edelstam (1991) s. 224; Ekelöf, UNT 1987-05-04, s. 2.

ställning gentemot sin uppdragsgivare. Per Olof Ekelöf uttrycker det som att ”parter har en förunderlig förmåga att hitta sakkunniga som uttalar sig till deras fördel”.² Denna notoriska partiskhet tenderar domstolarna emellertid att lösa genom att ge partssakkunnigas utlåtanden ett lägre bevisvärde än domstolssakkunnigas.³ Problemet med det nuvarande regelverket ligger dock inte i bevisvärderingen av sakkunnigutlåtandet, utan i förutsättningarna att överhuvudtaget få till stånd ett sådant på ett rättssäkert sätt där båda parternas intressen och rättigheter tillgodoses.

De partssakkunnigas dominans framgår inte minst i tvistemål och den olyckliga obalansen skapar en hel del funderingar kring hur reglerna egentligen borde utformas. En rimlig lösning, och den lösning som denna uppsats kommer ta fasta på och utreda, är helt enkelt att lagstiftaren tar hänsyn till den verklighet vi lever i och den samhällsutveckling som skett och utformar nya regler för användandet av sakkunniga i såväl tvistemål som brottmål. Regler som inkluderar båda kategorierna av experter och som visar att lagstiftaren har förstått att partssakkunniga utgör en dominerande del av sakkunniginstitutet.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att undersöka och problematisera de lagregler i svensk rätt som behandlar användandet av partssakkunnigutlåtanden i tvistemål och om nämnda lagregler är tillräckliga för att garantera rättssäkerheten i Sverige eller om nya regler bör införas. Uppsatsen kommer fokusera på följande två huvudfrågor:

1. På vilka sätt kan en part lagligen få tillgång till ett utlåtande som en av motparten anlita sakkunnigperson har skrivit eller uttalat?
2. Hur långt sträcker sig den sakkunniges skyddsintresse i förhållande till parternas rättssäkerhet i domstolsprocessen?

² Ekelöf, UNT 1987-05-04, s. 2.

³ Edelstam (1991) s. 224.

För att kunna besvara huvudfrågorna och det bakomliggande syftet kommer uppsatsen delas in i ett antal olika ”typsituationer”. Varje typsituation exemplifierar ett problem kopplat till sakkunnigbevisningen som skulle kunna uppstå innan eller under en tvistemålsprocess. Dessa fiktiva situationer utgör endast ett medel för att bredda diskussionen och undersökningen kring sakkunnigreglerna och dess uppbyggnad. Typsituationerna kan delas in i de fall då den sakkunnige eller dennes utlåtande har åberopats av motparten och *är inddragen* i processen, samt de fall då den sakkunnige inte har åberopats av motparten och således *inte är inddragen* i processen.

Hur kan ena parten få tillgång till sakkunnigutlåtandet när motparten har anlitat en partssakkunnig och åberopar denne? (**”När utlåtandet åberopas”**)

- Har part rätt att kräva komplettering av ett undermåligt skriftligt sakkunnigutlåtande som ingivits till rätten enligt 40 kap. 7 § 2st. RB?
- Får part välja att åberopa endast det skriftliga utlåtandet och inte den sakkunnige som person och måste domstolen, mot bakgrund av principen om det bästa bevismedlet, i så fall meddela part om att den sakkunnige själv har ett högre bevisvärde?
- Har part rätt att åberopa ett skriftligt sakkunnigutlåtande som denne olovligen tillgripit från motparten eller finns det möjlighet att avvisa utlåtandet med hjälp av 35 kap. 7 § RB?
- Får part använda sig av ett sakkunnigutlåtande som överhuvudtaget inte varit föremål för den aktuella processen, utan inhämtats från en annan process?

Hur kan ena parten få tillgång till sakkunnigutlåtandet när motparten har anlitat en partssakkunnig och sedan väljer att inte åberopa denne? (**”När utlåtandet inte åberopas”**)

- Får part fritt anlita en sakkunnigperson som motparten anlitat men valt att inte åberopa eller har motparten rätt att stoppa anlitaandet av samma partssakkunnig?

- Kan part, mot bakgrund av NJA 1963 s. 72 samt NJA 2011 s. 241, använda sig av editionsreglerna i 38 kap. RB för att få tillgång till ett sakkunnigutlåtande som motparten innehar? Blir det någon skillnad om editionsfrågan riktas direkt mot den sakkunnige?
- Hur kan part få del av ett sakkunnigutlåtande som motparten endast erhållit muntligen när denne väljer att inte åberopa den sakkunnige som bevis?
- I vilka situationer blir den partssakkunnige, enligt allmänna regler om vittnesplikt, skyldig att vittna om något som hen iakttagit i samband med en undersökning?

1.3 Avgränsning

Jag har valt att avgränsa arbetet till att främst fokusera på sakkunnigbevisning i tvistemål, även om samma regler tillämpas vad gäller brottmål. Uppsatsen kommer endast beröra de generella reglerna som gäller för sakkunniga i 40 kap. RB. Någon speciallagstiftning på området kommer således inte beröras, även om sådan lagstiftning skulle ha företrädare framför rättegångsbalkens regler.⁴ Vidare kommer vissa relevanta regler i 38 kap. RB att tas upp, bland annat regeln i 38 kap. 2 § RB som rör processuell edition. Regeln om materiell edition kommer emellertid lämnas därhän.

Såväl inomprocessuell som utomprocessuell informationsanskaffning kommer behandlas. Syftet är emellertid främst att försöka dra slutsatser i frågan huruvida det finns brister i reglerna som avser rätten att inomprocessuellt få del av sakkunnigutlåtanden som finns i motpartens besittning och hur dessa brister eventuellt skulle kunna lösas. Tanken, sett ur parternas perspektiv, är att den inomprocessuella informationsanskaffningen finns som ett slags rättsskydd, en förlängning av den utomprocessuella informationsanskaffningen, som ska garantera dem att deras rättigheter tillgodoses i rättegången.⁵ Det är främst detta ”rättsskydd” som ska

⁴ Se 40 kap. 20 § RB.

⁵ Westberg (2010) s. 476.

undersökas, men för att göra det måste alltså även den utomprocessuella informationsanskaffningen beröras i viss mån.

Uppsatsens huvudsakliga fokus kommer ligga på partssakkunniga. Reglerna som rör domstolssakkunniga kommer således inte behandlas annat än i de fall det krävs för att göra analyserande jämförelser eller för att förstå hur reglerna som rör partssakkunniga ska tolkas.

Det går att göra en distinktion mellan fysiska och juridiska sakkunnigpersoner. Skillnaden mellan fysiska och juridiska sakkunniga spelar för uppsatsens del ingen större roll. I de fall det är relevant för argumentationen kommer givetvis en skillnad göras, men i övrigt används ”partssakkunnig” generellt i texten som en benämning för såväl fysiska som juridiska sakkunnigpersoner anlitade av en part.

Avslutningsvis ska sägas att uppsatsens komparativa del avgränsas till en jämförelse enbart med det engelska rättssystemet. Syftet med uppsatsen är inte att utföra en större komparativ studie. Denna del ämnar bara nyansera och bredda analysen och diskussionen hur det svenska rättssystemet skulle kunna utvecklas. Engelsk rätt kommer väl till pass vid en jämförelse av just sakkunnigreglerna inte minst eftersom det där görs en intressant uppdelning mellan olika typer av experter, en uppdelning som hovrätten över Skåne och Blekingen tycks ha inspirerats av.

Avgränsningen sker främst för att fokus i största möjliga mån ska ligga på de delar som jag menar är av störst intresse och som väcker flest frågor. På så sätt hoppas jag skapa en djupare analys och en mer ingående undersökning. Ett av arbetets huvudsakliga syften är att undersöka möjligheterna att komma åt information som motparten har, information som denne har fått från en anlitad sakkunnig, vilket osökt medför att utlåtanden skrivna av domstolssakkunniga får lämnas därhän.

1.4 Disposition

Uppsatsens disposition följer inte nödvändigtvis en kronologisk tidslinje. Avsnitten har snarare lagts upp på ett sätt som ska underlätta för läsaren

eftersom de inledande delarna ibland refereras till och återkommer längre fram i texten. Arbetet är uppdelat i sju delar där den första delen utgör inledning. I del två presenteras en historisk tillbakablick samt vissa grundläggande principer som läsaren bör ha med sig för att bättre kunna förstå de resonemang och diskussioner som förs i senare avsnitt. Den historiska tillbakablickens har för avsikt att ge en inblick i bakgrunden till sakkunnigreglernas uppkomst, vilket kan vara viktigt att bära med sig i de lege ferenda-diskussionen. Del tre rör frågan om behovet att skilja mellan sakkunniga och vittnen och de regler som tillämpas på respektive bevismedel. Inledningsvis ges en kort redogörelse för reglerna i 40 kap. RB. Här diskuteras bland annat också frågan om möjligheten att kalla en av motparten anlita sakkunnig till förhör under domstolsförhandlingarna samt frågan om när den partssakkunnige blir skyldig att vittna om det som hen iakttagit i samband med uppdragets utförande.

I del fyra och fem undersöks respektive typsituation närmare. Del fyra rör de fall när motparten valt att inte åberopa det utlåtande som dennes sakkunnigperson har utgivit. Avsnittet har därför lämpligen döpts till "*När utlåtandet inte åberopas*". Del fem behandlar de problemfrågor som rör situationen när motparten har valt att åberopa ett utlåtande som denne har inhämtat. Avsnittet har således motsatsvis döpts till "*När utlåtandet åberopas*". Här kommer dessutom scenariot när ett utlåtande inhämtas från en annan, redan avslutad process, att behandlas. Även frågan om olovliga tillgripna utlåtanden kommer behandlas i del fem. Båda dessa situationer utgör exempel på när ett utlåtande faktiskt har åberopats och problemfrågan rör möjligheten för domstolen att avvisa sådana utlåtanden, varför det förefaller rimligast att placera dem här.

Del sex utgörs av en komparativ utblick mot det engelska rättssystemet. Detta avsnitt har av förklarliga skäl lagts sist i resultatdelen för att läsaren ska ha beretts möjligheten att skaffa kunskap om och få förståelse för de svenska sakkunnigreglernas uppbyggnad och vilka eventuella brister regelverket besitter. Den komparativa delen återkopplar även i viss mån till avsnittet om edition, framför allt hovrättens resonemang i rättsfallet NJA

2011 s. 241, varför läsaren behöver ha denna kunskap för att kunna ta sig an avsnittet.

Arbetet avslutas med del sju som utgörs av sammanfattande kommentarer och reflektioner. Tanken är att avsnittet ska knyta ihop säcken på ett lämpligt sätt och att syftet med uppsatsen ska uppnås genom att redogöra för de lege ferenda och besvara huvudfrågorna i frågeställningen.

1.5 Material

Grunden för arbetet har främst varit doktrin, förarbeten, prejudikat och rättsvetenskapliga publikationer av olika slag. Förarbeten och lagmotiv används främst i de delar som rör tolkning av gällande rätt och hur lagreglerna i 40 kap. RB ska tillämpas. Även domstolspraxis och prejudikat från HD har använts i syfte att få en uppfattning om vad som utgör gällande rätt. För att få en djupare insikt i hur reglerna om sakkunniga tillämpas och hur sakkunnigutlåtanden karaktäriseras i praktiken har dessutom ett systematiskt avgränsat urval av avgöranden från lägre instanser varit till hjälp. Doktrin och andra rättsvetenskapliga publikationer har framförallt varit behjälpligt vid analysen av gällande rätt. Doktrinen har dessutom använts för att få en bredare och mer nyanserad förståelse av hur rättsfall och förarbeten kan tolkas.

Henrik Edelstams avhandling *”Sakkunnigbeviset – en studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet”* har varit till stor hjälp i mitt skrivande. Avhandlingen har utgjort en viktig del i undersökningen av gällande rätt samt även bistått med inspiration till vissa delar av analysen.

I arbetet behandlas en hel del olika rättsfall. Det huvudsakliga urvalskriteriet vid valet av rättsfall har varit de som först och främst förtydligar en nyss angiven ståndpunkt eller ett uttalande och de som på ett övergripande sätt avspeglar gällande rätt och besvarar frågeställningarna. Två för uppsatsen helt avgörande rättsfall är NJA 1962 s. 73 och NJA 2011 s. 241 som behandlar frågan om edition på sakkunnigutlåtanden, en fråga som berörs ingående i arbetet.

1.6 Metod

Uppsatsens frågeställningar är formulerade på ett sätt som medför att syftet bäst uppfylls om texten skrivs ur ett rättsutvecklingsperspektiv.

Inledningsvis kommer de lege lata avseende sakkunnigbevisningen och andra rättsområden som berörs i texten att redogöras för. Därefter analyseras gällande rätt, och dess eventuella brister, med hjälp av typsituationerna som återgavs i avsnitt 1.2. Som tidigare nämnts ämnar dessa fiktiva scenarion agera verktyg vid besvarandet av huvudfrågorna. I vissa fall kommer typsituationen beskrivas med ett inledande exempel där A och B utgör två parter i en tvist. Dessa exempel är avsedda att lite kortfattat beskriva för läsaren hur den i vissa fall lite komplexa situationen som görs gällande skulle kunna se ut. Alla typsituationer kräver emellertid inte exempel, varför dessa förbehålls just de scenarion som kan föranleda frågetecken.

Uppsatsen kommer innehålla en löpande analys med ett sammanfattande ställningstagande kring varje situation. Analysen av gällande rätt skapar en mer levande text som bereder läsaren den kunskap som behövs för att skapa sig en helhetsbild av rättsläget och de eventuella brister som finns. De avslutande kommentarerna och reflektionerna ämnar framförallt att redogöra för de lege ferenda och besvara den huvudsakliga frågeställningen. Typsituationerna kommer inte analyseras mer ingående här. Avsnittet ska snarare ge en helhetsbild av rättsläget och vad det borde vara, baserat på resultatet och slutsatserna vid undersökningen och besvarandet av delfrågorna (typsituationerna).

I undersökningen av gällande rätt kommer en rättsanalytisk metod tillämpas. Jag väljer att, likt Claes Sandgren, beskriva metoden såsom analytisk istället för dogmatisk, även om metodiken som sådan har sin grund i rättsdogmatiken.⁶ Det analytiska skapar en friare och mer levande text än vad en alltigenom dogmbunden inställning gör. Vad man väljer att kalla metoden är emellertid mindre relevant. Av vikt är istället att den valda metoden lämpar sig för det aktuella, positivrättsliga, arbetet.

⁶ Sandgren, Tfr 2005, s. 656.

Rättsdogmatikens syfte beskrivs ibland vara att rekonstruera en rättsregel eller att försöka finna lösningen på ett rättsligt problem genom att applicera en rättsregel på problemet. Svaren återfinns främst i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten eller doktrin.⁷ En sådan metod lämpar sig väl när uppsatsens frågeställning ska besvaras, eftersom den i mångt och mycket bygger på tanken om en bristande rättssäkerhet och ett behov av nya rättsregler som garanterar parterna ett starkare skydd. Rättsdogmatiken lämpar sig väl vid kritiska framställningar av rättsläget samt vid förslag på förändringar av densamma. Nils Jareborg menar att även om rättsdogmatiken främst innebär en slags rekonstruktion av gällande rätt måste det vara tillåtet är därutöver söka efter ideala lösningar.⁸ Jareborg poängterar vidare att inom rättsdogmatiken bedrivs forskningen i ett vetenskapligt syfte; syftet att rekonstruera en del av ett visst rättssystem vilket i sin tur styr forskningens inriktning.⁹ Ett sådant tankesätt passar väl in när syftet - att analysera huruvida reglerna rörande partssakkunniga i tvistemål är tillräckliga för att garantera rättssäkerheten - på bästa sätt ska uppnås. I slutändan handlar det om att beskriva hur en viss lösning kan se ut på ett konkret fastställt problem.¹⁰

Avslutningsvis kommer arbetet innehålla ett komparativt inslag där tanken är att undersöka huruvida vissa lösningar som visat sig effektiva i det engelska rättssystemet skulle kunna importeras till det svenska. En komparativ utblick nyanserar arbetet genom att exempelvis tillföra doktrinbeskrivna ändamålsargument som vi i svensk rätt ännu inte har beaktat. Viktigt att notera är emellertid att den metodtradition som utvecklats i ett främmande regelverk kan skilja sig åt en hel del från den svenska metodtraditionen. Det är därför viktigt att iaktta den rättsdogmatiska metodens historiska utveckling och utgångspunkter i det egna rättssystemet när komparativa jämförelser görs.¹¹

⁷ Nääv & Zamboni (2018) s. 21.

⁸ Jareborg, SvJT 2004, s. 4.

⁹ Ibid. s. 8.

¹⁰ Nääv & Zamboni (2018) s. 26.

¹¹ Ibid. s. 41 f.

I uppsatsen kommer jag ställas inför olika val där rättskällorna kolliderar med varandra. Det handlar framförallt om att lokalisera vilka allmänna principer som frågeställningen ger upphov till.¹² Uppsatsen faller inom det civilprocessrättsliga området vilket skulle kunna ge upphov till konkurrerande tolkningar där exempelvis rättssäkerheten ställs emot effektiviteten eller förutsägbarheten. Det är därför viktigt att redogöra för vilka initiala metodfrågor som uppsatsen ger upphov till och vilken tolkning som ska prioriteras före den andra.

Uppsatsens syfte grundar sig i frågan om rättssäkerhet för parterna i en civilrättslig tvistemålsprocess. I de fall undersökningen leder till två olika tolkningar, exempelvis effektivitet kontra rättssäkerhet, måste således den tolkning som främjar rättssäkerheten förordas. Det förefaller rimligt att tillämpa en strikt ordagrann tolkning av reglerna i 40 kap. RB eftersom varken doktrin eller praxis erbjuder några extensiva tolkningar av sakkunnigreglerna. En tolkning enligt ordalydelsen skapar dessutom en bättre grund för argumentationen kring vad gällande rätt borde vara i förhållande till vad den faktiskt är idag. Bygger lagreglerna på effektivitet bör de emellertid tolkas ur effektivitetshänsyn och inte mot bakgrund av rättssäkerhetsaspekter. Här ska noteras att det som var effektivt för 80 år sedan inte nödvändigtvis är effektivt idag, vilket givetvis också måste beaktas. Även om det främst blir aktuellt vid ett konstaterande av vad gällande rätt borde vara. I vissa frågor skiljer sig doktrinens uppfattningar åt. Härvid kommer alltid den tydligaste och mest begripliga motiveringen förordas. I de fall ena motiveringen bygger närmare på lagstiftningens utgångspunkter bör däremot den sättas först eftersom den ordagranna tolkningen förespråkas före den mer extensiva, fria tolkningen.

Vad gäller tolkningen av rättskällor kommer den klassiska rättskälleläran att följas. Lagtext kommer naturligtvis alltid först, därefter kommer lagmotiven prioriteras. Förarbeten innehåller ofta mycket information om hur lagen är tänkt att tolkas och tillämpas, varför lagmotiven kan användas som medel för att förstå lagtextens innebörd och betydelsen av vissa svårtolkade

¹² Nääv & Zamboni (2018) s. 31.

begrepp. Vid tolkning av HD:s praxis som definitivt gällande rätt måste ett visst mått av försiktighet iakttas. HD har i vissa fall ansett sig benägna att gå emot lagmotiven och har därigenom själva fastslagit att ett prejudikat väger tyngre som rättskälla. Ett sådant fall är NJA 2005 s. 205 där HD gick emot lagmotiven till konsumenttjänstlagen som klargjorde att bevisbördan i frågan huruvida ett avtal har träffats om priset eller ej, ligger på näringsidkaren. Domstolen konstaterade i motsats till motiven att ”en konsument som anser sig ha avtalat ett lägre pris än vad som följer av lagens utfyllande bestämmelser få bära bördan att säkra bevisning om avtalet och dess innebörd”.¹³ Mot bakgrund av HD:s benägenhet att gå emot lagmotiven bör ett prejudikat alltid läsas med ett visst mått av försiktighet. Vilken betydelse HD:s praxis faktiskt får beror emellertid på vilka regler det handlar om. Frågor om förelägganden och andra metoder som har karaktären av tvångsmedel kräver exempelvis en tolkning där kärnan i lagtextens samt lagmotivens ord väger tyngst. Domstolen kan inte genom analogier och extensiva tolkningar utvidga regler som rör mänskliga fri-och rättigheter, varför prejudikat kan väga olika tungt beroende på vilka regler som sätts ur spel.

1.7 Forskningsöversikt

Trots det faktum att sakkunnigbeviset utgör en stor del av den svenska bevisrätten har utvecklingen av regelverket i princip stått still sedan rättegångsbalkens införande. Förarbeten av betydelse för förståelsen för sakkunnigreglerna är således gamla och i viss mån obsoleta. Ämnet berörs förvisso en del i doktrinen, främst av bland andra Per Olof Ekelöf, Lars Heuman, Henrik Edelstam och Peter Westberg, där framförallt gränsdragningsproblematiken mellan sakkunniga och vittnen samt frågan om edition på sakkunnigutlåtanden diskuterats. I doktrinen förs även diskussioner kring hur sakkunnigreglerna borde omformuleras för att bättre spegla den moderna svenska rättegången.

¹³ NJA 2005 s. 205 (s. 214).

År 1991 gav Henrik Edelstam ut sin avhandling ”Sakkunnigbeviset – en studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet”, där han bland annat för en utförlig diskussion kring hur en revidering av 40 kap. RB skulle kunna se ut.

1.8 Begrepp och terminologi

Någon i lag given definition av begreppet sakkunnig finns inte. Att det handlar om en person som besitter en särskild form av kunskap råder det emellertid ingen tvekan om. Utöver detta bör den sakkunnige använda denna kunskap för att utlåta sig i en för rättegången särskild fråga.¹⁴ Svenska Akademin definierar en sakkunnig som ”en myndighet, tjänsteman eller annan person som av domstol erhållit uppdrag att – skriftligt eller muntligt – avge yttrande i fråga vars bedömande kräver särskild sakkunskap”.¹⁵ Av SAOB framgår emellertid inte att den sakkunnige även kan ha erhållit uppdraget av en part, vilket är lite olyckligt. I övrigt ger definitionen en relativt enkel och tydlig bild av vad begreppet sakkunnig innebär. Den svenske professorn i processrätt Henrik Edelstam menar att avsaknaden av en legaldefinition av sakkunnigbegreppet skapar en del onödig förvirring bland annat avseende gränsdragningen mellan sakkunniga och vittnen. Mycket vore således vunnet om en lagstadgad definition infördes som ger ledning i gränsdragningsfrågan samt den sakkunniges funktion.¹⁶

Rättegångsbalken ger inte heller någon klarhet i hur man ska definiera en sakkunnig som anlitats av part respektive en sakkunnig som anlitats av domstol. Ekelöf väljer att kalla en sakkunnig som anlitats av domstol för *offentlig sakkunnig*, medan sakkunnig som anlitats part benämns som *privat sakkunnig*. Motiveringen lyder att begreppen offentlig och privat bör

¹⁴ Se exempelvis Hassler (1951) s. 21 som definierar begreppet sakkunnig som ”[...] en person, som besitter någon särskild kunskap, vilken icke faller inom den allmänna bildningens eller livserfarenhetens område, och som i rättegången bidrager till utredningen genom uttalanden stödda på nämnda kunskap”.

¹⁵ SAOB, band 24 s. 183.

¹⁶ Edelstam (1991) s. 230.

användas i samma betydelse avseende sakkunniga som i uttrycken offentlig och privat försvarare. Han understryker härvid att en, i hans mening, offentlig försvarare inte nödvändigtvis måste vara en myndighet.¹⁷ Flera andra har följt Ekelöfs spår och tillämpar samma offentlig-och privatorienterade terminologi.¹⁸ Jag är emellertid av den uppfattning att begreppen offentlig och privat i många fall kan leda till missförstånd och förvirring. En sakkunnig som anlitas av en domstol kan givetvis, precis som Ekelöf poängterar, vara privat i den mening att denne inte är offentligt anställd. Begreppet ”privat sakkunnig” beskriver alltså inte enkom situationen när den sakkunnige anlitas av en part. Det finns dessutom ingenting som hindrar en part från att anlita en offentligt anställd person såsom sakkunnig, varför det hela blir än mer förvirrande.¹⁹ Begreppen beskriver därför inte på ett tillräckligt tillfredställande sätt för vem uppdraget utförs.

Förväxlingsrisken mellan privat sakkunnig och sakkunnig anlita av part påkallar en annan terminologi, som på ett tydligare sätt beskriver vem som anlita experten.²⁰ Edelstam understryker att termerna ”offentlig” och ”privat” bör ge uttryck för den sakkunniges anställningsförhållande, snarare än karaktären på själva sakkunniguppdraget. Mot bakgrund av detta kommer Edelstams begrepp *partssakkunnig* och *domstolssakkunnig* användas i uppsatsen för att skilja på situationen när en sakkunnig anlitas av part respektive av domstol.²¹ I det följande utgör en partssakkunnig således en sakkunnig, offentlig eller privat, som är anlita av en av parterna.

Begreppen sakkunnig och expert används ofta synonymt med varandra. I uppsatsen kommer därför båda termerna användas för att beskriva personer, juridiska eller fysiska, som tack vare sitt särskilda kunnande inom ett visst område, fått i uppdrag av part eller domstol att avge ett särskilt utlåtande

¹⁷ Ekelöf (1986) s. 186.

¹⁸ Se bl.a. Malmesjö (1991) s. 28.

¹⁹ Ibid. s. 28 som uttryckligen understryker att: ”Som offentlig sakkunnig i den här åsyftade bemärkelsen kan anlitas såväl en tjänsteman eller myndighet som en privatperson. Detsamma gäller för privat sakkunnig”.; samt Nordh (2019) s. 96.

²⁰ Nordh (2019) s. 96 not 237 där det framgår att privat sakkunnig och det han, och framförallt Edelstam, kallar för partssakkunnig ofta förväxlas.

²¹ Edelstam (1991) s. 22 f.

rörande en viss sakfråga.²² Edelstam valde istället att ge ordet ”expert” en helt normneutral innebörd som inte ger besked om vilket regelkomplex som blir tillämpligt.²³ Jag vill därför understryka att när ordet expert används i uppsatsen är det alltså tal om en sådan person för vilken 40 kap. RB är tillämplig.

²² Notera att detta är min egen definition och att den inte är exakt överensstämmande med den i SAOB.

²³ Edelstam (1991) s. 24.

2 Bakgrundshistoria och grundläggande principer

2.1 Historisk tillbakablick

Sakkunnigbeviset är ett relativt modernt institut inom svensk rätt. Konkreta lagbestämmelser i ämnet tillkom först år 1934, även om en reglering diskuterades redan på 1800-talet och användandet av sakkunniga i rättegången kan dateras hela vägen tillbaka till 1600-talet.²⁴ I den mån sakkunnigbevisning användes under tiden före regleringen betraktades dessa som vittnen, varför vittnesreglerna förmodligen tillämpades.²⁵ De sakkunniga anlätades av domstolen och situationen att ”en av part anlita sakkunnig” skulle få biträda rättegången diskuterades först i ett betänkande år 1884.²⁶

De utredningar och lagförslag som tillkom i början på 1900-talet byggde i stora delar på ett av lagberedningen avgivet förslag till lag om bevisning inför rätta år 1889.²⁷ Frågan om partssakkunnig berördes återigen och en regel om ”sakkunnig, som ej är nämnd af Rätten” föreslogs genom 46 §.²⁸ I början på 1900-talet tillsattes flertalet kommissioner som hade till uppgift att utreda behovet av en ny rättegångsreform i Sverige, samt hur en sådan skulle utformas. Arbetet avslutades först år 1926 genom ett slutligt betänkande i frågan.²⁹ Som tidigare nämnts byggde kapitlet om sakkunniga i stort sett enbart på 1889 års förslag. Gällande partssakkunniga föreslog processkommissionen emellertid ändringen att vittnesreglerna skulle tillämpas oavsett om den sakkunnige uttalade sig om erfarenhetssatser eller

²⁴ Edelstam (1991) s. 35.

²⁵ SOU 1926:32 s. 290.

²⁶ Se Nya lagberedningens betänkande 1884 s. 307: *”sakkunnig som ej afgifves å embetets vägnar eller eljest på grund af allmänt uppdrag”*.

²⁷ Edelstam (1991) s. 68.

²⁸ Nya lagberedningens förslag 1890 s. 18, 92–93.

²⁹ Prop. 1931:80 s. 2.

endast om vissa iakttagelser denne gjort i samband med uppdraget.³⁰ I den efterföljande propositionen beskrevs avsaknaden av reglering gällande sakkunnigbeviset som ”en allvarlig brist” i svensk rätt och att en part bör vara oförhindrad att å sin sida tillkalla särskild sakkunnig. Huvudregeln skulle dock fortsatt vara att det ankom på domstolen att meddela ett sakkunniguppdrag.³¹

I väntan på en rättegångsreform infördes en lagstiftning av mer provisorisk karaktär som hade för avsikt att råda bot på vissa brister avseende sakkunnigbevisningen inom svensk rätt.³² I förarbeten till den nya lagen om bevisning genom sakkunnig (SFS 268) understryker departementschefen att det ”uppenbarligen är av största betydelse att de sakkunniga som anlitas intaga en opartisk ställning i rättegången”. Endast om rätten själv tillkallar sakkunnig garanteras att dess utsagor är fullt opartiska.³³ Mot bakgrund av bland annat vikten att den sakkunnige förblir opartisk innehöll den nya lagen, till skillnad från vad processkommissionen anfört, ingen reglering om partssakkunniga.³⁴

Arbetet med rättegångsreformen fortsatte och år 1938 utfärdade processlagsberedningen ett förslag till rättegångsbalk.³⁵ Förslaget överensstämde i de allra flesta delar med de huvuddrag för reformen som processkommissionen tidigare lagt fram.³⁶ Den provisoriska lag som endast avsåg domstolssakkunniga ersattes med 40 kap. RB. Även om den allmänna uppfattningen alltjämt var att rätten bör vara den som tillkallar sakkunnig, ansågs det motiverat att erbjuda parterna en möjligt att själva anlita sakkunniga i rättegången.³⁷ Av utredningen framgår att vittnesreglerna ska

³⁰ SOU 1926:33 s. 179; jmf. Nya lagberedningens förslag 1890 s. 92 f.

³¹ Prop. 1931:80 s. 104 f.

³² Prop. 1934:124 s. 10.

³³ Ibid. s. 9.

³⁴ Prop. 1934:124 s. 18, § 9; Se även SOU 1926:33 s. 179 där processkommissionen förklarade att problemet med partssakkunnigas opartiskhet kan lösas genom strängare reglering: *”Att något strängare regler i detta fall uppställas för parternas än för rättens sakkunniga har sin naturliga förklaring däri, att samma opartiskhet ej alltid kan påräknas hos de förra”*.

³⁵ Se SOU 1938:43–44.

³⁶ Se SOU 1938:44 s. 7; Se även SOU 1926:31–33.

³⁷ SOU 1938:44 s. 424; SOU 1941:7 s. 370: *”Möjlighet borde även finnas för part att å sin sida tillkalla särskild sakkunnig”*.

äga tillämpning på partssakkunniga, vilket ansågs överensstämma med gällande rätt.³⁸ I vissa hänseenden fann utredningen det emellertid erforderligt att tillämpa sakkunnigreglerna i 40 kap. RB även på partssakkunniga. Den partssakkunnige skulle således, i likhet med en domstolssakkunnig, vara tvungen att avge skriftligt utlåtande samt höras muntligen, om part yrkar detta och hörandet inte uppenbarligen saknar betydelse.³⁹ 40 kap. 19 § RB fick följande utformning:

”Vill part som sakkunnig åberopa någon, som icke nämnts av rätten, gälla om sådan sakkunnig i tillämpliga delar vad i 7 och 8 §§ är stadgat.

Höres den sakkunnige muntligen, skall i övrigt tillämpas vad om vittne är föreskrivet; dock må, om rätten finner det lämpligt, skriftligt utlåtande helt eller delvis uppläsas.”⁴⁰

Regeln har inte ändrats sedan den trädde i kraft samtidigt som den nya rättegångsbalken år 1948.⁴¹ Följaktligen bygger regeln om tillkallande av partssakkunnig på snart hundra år gamla tankar och idéer om hur det svenska rättssystemet och däri bevisreglerna bör vara utformade. Det är mot bakgrund av detta inte omotiverat att argumentera för att ett sådant regelverk kan behöva uppdateras allt eftersom samhället har förändrats och moderniserats.

2.2 Allmänna och särskilda erfarenhetssatser

När en civilrättslig tvist uppkommer har rätten i uppgift att värdera bevisningen i målet på grundval av erfarenhetssatser. Sådana erfarenhetssatser som domstolen, ex officio, kan tillämpa brukar benämnas som *allmänna erfarenhetssatser*. I motiven till rättegångsbalken uttalas att domaren är begränsad till det material som framkommit under rättegången.

³⁸ SOU 1938:44 s. 424. Uttalandet överensstämmer med den ovan angivna uppfattningen om att de sakkunniga, under tiden före regleringen, betraktades som vittnen och att vittnesreglerna därför tillämpades avseende dessa.

³⁹ SOU 1938:44 s. 425.

⁴⁰ SOU 1938:43 s. 95; Prop. 1942:5 s. 97.

⁴¹ Se Lag (1946:804) om införande av nya rättegångsbalken.

Detta hindrar emellertid inte ”att han tager hänsyn till omständigheter, som äro allmänt veterliga, eller till erfarenhetssatser, som äro kända för honom”.⁴² För att målet ska bli så utrett som dess beskaffenhet kräver måste emellertid dessa allmänna erfarenhetssatser i vissa fall kompletteras med viss specialkunskap.⁴³ Sakkunnigbevisets funktion är att tillföra rätten sådan specialkunskap genom att ge upplysning om de erfarenhetssatser som inte är allmänt veterliga, de *särskilda erfarenhetssatserna*.⁴⁴ Särskilda erfarenhetssatser måste alltså tillföras målet på något sätt för att domstolen ska få beakta dem vid bevisvärderingen. Utgångspunkten är att dessa läggs fram såsom bevisning av parterna. Sakkunnigbeviset utgör således ett sätt för parterna att genom bevisning tillföra särskilda erfarenhetssatser till målet. När begreppet ”sakkunskap” eller ”särskild fackkunskap” används, åsyftas ofta just särskilda erfarenhetssatser.⁴⁵

I 1949 års kommentar till rättegångsbalken beskrivs sakkunnigbevisets syfte vara att ”tillhandahålla domstolen uttalanden ang. erfarenhetssatser och omdömen, som förutsätter särskild erfarenhet eller utbildning hos deras avgivare”.⁴⁶ Vad som utgör en erfarenhetssats är däremot inte helt enkelt att definiera. Begreppet används inom processrätten främst för att precisera vad som skulle kunna utgöra möjliga föremål för bevis. Edelstam föreslår att en erfarenhetssats skulle kunna definieras som ”en hypotetisk sats av abstrakt karaktär innehållande ett påstående att en företeelse med en viss grad av sannolikhet skulle medföra en annan företeelse, där påståendets grund utgörs av ett visst erfarenhetsmaterial till vilket båda företeelserna skulle kunna hänföras”.⁴⁷

⁴² SOU 1938:44 s. 378.

⁴³ Ekelöf (1986) s. 183.

⁴⁴ Edelstam (1991) s. 109 not 4.

⁴⁵ Ekelöf m.fl. (2009) s. 281.

⁴⁶ Gärde (1949) s. 543.

⁴⁷ Edelstam (1991) s. 112.

2.3 Principen om den sakkunniges frivilliga deltagande

En viktig del av sakkunnigbeviset är att det inte föreligger något tvång för en person att medverka i en tvistemålsprocess såsom sakkunnig. Ingen är skyldig att ställa sitt särskilda kunnande till allmänt förfogande, detta oaktat om vetenskapen är unik och inte går att få tag i på annat sätt.⁴⁸ Principen utgör en fundamental grundsten inom sakkunnigbevisningen, vilken kan skapa en hel del problem för parterna när de vill få tag på information som en sakkunnig har men som denne inte vill dela med sig av.

Principen om den sakkunniges frivilliga deltagande sträcker sig långt tillbaka i tiden och återfinns i förarbeten redan från slutet av 1800-talet.⁴⁹ Processlagsberedningen förklarar i *Nya Rättegångsbalken* att ”det ligger i sakens natur, att någon skyldighet att på begäran av part åtaga sig sakkunniguppdrag icke föreligger.⁵⁰ Lite förenklat kan man säga att principen innebär att en sakkunnigs medverkan alltid förutsätter att denne faktiskt *vill* vara med.⁵¹ Har en sakkunnig godtagit ett uppdrag från en part finns det förvisso en avtalsrättslig skyldighet för denne att fullgöra uppdraget. Oaktat detta kan den som har åtagit sig ett sakkunniguppdrag åt annan än domstolen inte genom några sanktioner i balken tvingas att fullgöra uppdraget.⁵²

Hela systemet med partsanlitade sakkunniga bygger alltså på tanken om frivilligt deltagande. Vill en partssakkunnig avsluta sina åtaganden utan att fullgöra uppdraget, finns det ingenting som hindrar denne från detta. Någon skyldighet att berätta om anledningen till avhoppet annat än till uppdragsgivaren, föreligger inte heller.⁵³ Av förklarliga skäl skapar detta en del problem för parterna i deras jakt på information. Det kan hända att en

⁴⁸ Westberg (2010) s. 410.

⁴⁹ Se Nya lagberedningens förslag till lag 1890 s. 89 f.

⁵⁰ NJA II 1943 s. 514.

⁵¹ Edelstam (1991) s. 236.

⁵² Se avsnitt ”3.1”; Fitger (2021) kommentar till 40 kap. 19 § RB.

⁵³ Edelstam (1991) s. 283.

partssakkunnig inte längre vill medverka i processen, men att denne innan sitt avhopp givit en del värdefull information till den anlitande parten. Det kan också hända att en partssakkunnig överhuvudtaget inte varit föremål för den aktuella processen och därför inte heller vill bli indragen genom att dennes gamla utlåtanden tas upp igen. Oavsett hur situationen ser ut, sätter principen om den sakkunniges frivilliga deltagande i många fall stopp för dels principen om den fria bevisföringen, dels principen om lika tillgång till information i rättegången.

2.4 Principen om lika tillgång till information

Idén om att parterna ska ha tillgång till exakt samma information i tvisten härrör ur tanken om att en part ska kunna bevaka sina intressen på ett fullgott sätt i en rättegång. All den information och fakta som kan vara av intresse för en part ska denne alltså få tillgång till. Om denna idé vore fullt implementerad skulle det inte finnas någon begränsning i vilka metoder som den svenska rättsordningen garanterar för att båda parterna ska få tillgång till exakt samma information. Så är det emellertid inte. Mot intresset av att parterna ska ha lika tillgång till information står intresset av att var och en bör lämnas ifred och vara fredad från planlösa intrång i såväl privata som affärsmässiga angelägenheter.⁵⁴

För sakkunnigbevisets del kan en jämförelse göras mellan rätten till lika tillgång till information och upplysningspliktens gränser. Svensk rätt bygger på principen om kontradiktion. Kontradiktionsprincipen finns inte uttryckligen lagfäst i rättegångsbalken, men kommer till uttryck i flera av balkens regler. Principen anses dessutom vara ett element i rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen.⁵⁵ Även principen om parternas likställdhet kan härledas ur rätten till rättvis rättegång. Parterna ska vara likställda i rättegången, vilket förutsätter att det råder

⁵⁴ Westberg (2010) s. 11.

⁵⁵ Ekelöf (2009) s. 30.

kontradiktion. Båda parterna ska alltså ha samma möjlighet att lägga fram bevisning.⁵⁶ Att parterna är likställda i processen behöver emellertid inte innebära att de ska få obegränsad tillgång till motpartens information. Så länge metoderna för informationsanskaffning och efterforskning är lika ”strikt” reglerade för båda parterna måste de anses vara likställda i processen.

I ett kontradiktoriskt förfarande har varje part rätt att i allmänhet hemlighålla vad hen vet. Det finns alltså ingen skyldighet för en part att upplysa motparten om allt denne vet och all bevisning som denne innehar.⁵⁷ Saker som är till en parts nackdel kan denne med fördel undanhålla. Mot bakgrund av ett sådant resonemang bör en part inte kunna tvingas att dela med sig av ett sakkunnigutlåtande som är till dennes nackdel, utan istället ha rätt att hemlighålla informationen i utlåtandet.⁵⁸ Grunden i det kontradiktoriska förfarandet sätter på så sätt käppar i hjulet för en rättsordning som garanterar att parterna ska få tillgång till exakt samma information. En rättsordning, likt den svenska som bygger på en kontradiktorisk informationsanskaffning, rimmar således dåligt med idén om att alla typer av medel ska kunna användas för att få fram kunskap och information.⁵⁹

Som tidigare nämnts kan även den sakkunniges skyddsintresse nämnas som en anledning till att svensk rätt inte föreskriver någon plikt om ömsesidigt informationsutbyte eller någon möjlighet att genom domstolarnas försorg bedriva hundra procentig efterforskning och insamling av information. Såväl efterforskningsmetoder som metoder för insamling av bevis som finns hos motparten eller tredje man har fått stå tillbaka till förmån för var och ens fred och frihet.⁶⁰ Urvalet av vilka metoder som kan aktualiseras för efterforskning och insamling av bevisning i det kontradiktoriska förfarandet

⁵⁶ Ekelöf (2009) s. 33.

⁵⁷ 43 kap. 6 § RB stadgar emellertid en sanningsplikt för parterna som innebär som innebär att en part, sanningsenligt, måste svara på motpartens frågor. Obs. att paragrafen inte stadgar en plikt för part att svara på frågor av mer allmän karaktär såsom ”berätta allt du vet”.

⁵⁸ Westberg (2010) s. 60.

⁵⁹ Ibid. s. 484; jmf. med idén om ett ömsesidigt informationsutbyte ”discovery and disclosure” som bl.a. utformats och utvecklats i USA och England.

⁶⁰ Ibid. s. 63, 485.

stys av vissa på förhand givna kriterier. Domstolen ska erbjuda metoder för att hjälpa en part att komma åt bevisning om det är tillräckligt klarlagt vilken informationskälla det rör sig om, var källan finns och vem som innehar den samt under förutsättning att den eftersökta källan faktiskt åberopas som bevisning i målet och kan antas ha betydelse som bevis för redan åberopade omständigheter i rättegången.⁶¹

Det kan mot bakgrund av det anförda konstateras att kraven för att genom domstolens försorg få tillgång till information som motparten har är hårt ställda. En argumentation som enbart bygger på principen om lika tillgång till information kommer man därför inte så långt med. Det finns emellertid ingenting som hindrar en revidering av sakkunnigreglerna i 40 kap. RB som innebär att vissa efterforsknings- och informationsanskaffningsmetoder införs eller att de som redan existerar blir tillämpbara även för sakkunnigbeviset, förutsatt att de ovan angivna kriterierna uppfylls.

2.5 Den fria bevisprövningens princip

En fundamental grundsten inom den svenska bevisrätten är att bevisprövningen ska vara *fri*.⁶² Före införandet av rättegångsbalken tillämpades den legala bevisteorin, men av bland annat processkommissionens utredningar framgår att det ansågs ”ställt utom allt tvivel” att en reform skulle behöva innebära den fria bevisprövningens införande.⁶³ När rättegångsbalken sedan infördes gick man på processkommissionens förslag och principen om fri bevisprövning ersatte den legala bevisteorin i Sverige.⁶⁴ Principen bygger som bekant på att allt som möjligtvis kan tjäna som bevis ska få lov att åberopas av parterna, varför domstolen måste ta hänsyn till varje omständighet som kan vara ägnad att påverka bedömningen av sakfrågorna. Domaren ska sedan fritt

⁶¹ Westberg (2010) s. 487.

⁶² Se 35 kap. 1 § 1st. RB som slår fast principen om fri bevisprövning, innefattande såväl fri bevisföring som fri bevisvärdering.

⁶³ SOU 1926:33 s. 22; Se även Engströmer, SvJT 1928, för en mer ingående redogörelse av processkommissionens förslag.

⁶⁴ Se bl.a. SOU 1938:44 s. 38; SOU 1941:7 s. 274.

värdera det framtagna bevisets styrka. Peter Westberg drar principens innebörd ännu lite längre genom frågan om inte den fria bevisprövningen också bör innebära att parterna ska slippa rättsregler eller ”rättsliga vakuum” som hindrar dem från att samla in sådant som kan ha betydelse för målet.⁶⁵ Med ett sådant synsätt får det anses motiverat att hävda att den svenska rättsordningen *ska* tillhandahålla rättsregler som möjliggör för parterna att, med domstolens hjälp, komma åt sådan bevisning som de själva inte kan få tag på.

Hur principen om fri bevisprövning, och framförallt fri bevisföring, ska tolkas är en viktig och kanske till och med avgörande fråga för denna uppsats. Förutsatt att parterna ska ha rätt att åberopa allt som kan ha betydelse för målets utgång, måste vissa delar av reglerna om sakkunnigbevisningen modifieras. Att ett skriftligt sakkunnigutlåtande exempelvis *inte* klassificeras som ett skriftligt bevis får konsekvenser för den efterforskande parten som inte kan anses ligga i linje med den liberala syn på fri bevisprövning som eventuellt håller på att utvecklas.⁶⁶ Huruvida reglerna i 40 kap. RB måste omarbetas och uppdateras med exempelvis vissa i lag angivna efterforskningsverktyg för parterna, får kommande delar i uppsatsen utvisa.

⁶⁵ Westberg (2010) s. 480.

⁶⁶ NJA 2011 s. 241 p. 4.

3 Förhållandet mellan sakkunnig och vittne

3.1 Sakkunnigreglerna i 40 kap. RB

Bevisning genom sakkunnig ska, sedan rättegångsbalkens införande, som huvudregel föras genom 40 kap. RB. Det är inte tillåtet att försöka kringgå dessa bestämmelser genom att exempelvis benämna den sakkunnige som vittne eller rubricera dennes utlåtande som ett skriftligt bevis.⁶⁷ Det faktum att kapitlet erhåller en slags exklusivitet medför att parterna får förlita sig på de relativt knapphändiga regler som däri erbjuds när de använder sig av sakkunnigbevisning.⁶⁸ Dels saknar kapitlet regler om efterforskning och anskaffning av partssakkunnigutlåtanden, som garanterar parterna likvärdig information i processen.⁶⁹ Dels saknas regler om hur undermåliga utlåtanden kan kompletteras på parts begäran.

Som tidigare nämnts överensstämmer reglerna för domstols-och partssakkunniga i vissa avseenden.⁷⁰ Majoriteten av reglerna i 40 kap. RB avser emellertid endast domstolssakkunniga, medan vittnesreglerna i huvudsak gäller för partssakkunniga.⁷¹ Det finns inga möjligheter att med hjälp av tvångsmedel förmå den partssakkunniga att fullgöra sitt uppdrag, eftersom regeln i 40 kap. 19 § RB inte hänvisar till 40 kap. 12 § RB. Domstolen kan således inte vid vite kräva att en partssakkunnig inkommer med ett skriftligt utlåtande enligt 40 kap. 7 § RB.⁷² Har något skriftligt utlåtande inte ingivits kan inte heller något muntligt förhör hållas enligt 40 kap. 8 § RB. Har en partssakkunnig emellertid lämnat in ett skriftligt utlåtande får denne, på begäran av någon av parterna, höras muntligen om

⁶⁷ Se avsnitt 3.2; Se bl.a. Ekelöf (2009) s. 299; NJA 1963 s. 72; NJA 2011 s. 241 p. 4.

⁶⁸ Se NJA 2011 s. 241 där HD konstaterar att reglerna i 40 kap. RB är exklusiva för sakkunnigbevisningen.

⁶⁹ Se avsnitt "principen om lika tillgång till information"; Westberg (2010) s. 54 f., 485.

⁷⁰ Se 40 kap. 7 och 8 §§ RB.

⁷¹ Se 40 kap. 19 § RB; NJA II 1943 s. 514.

⁷² Ekelöf m.fl. (2009) s. 295 not 95.

de slutsatser som denne kommit fram till och de särskilda erfarenhetssatser som tillämpades när uppdraget utfördes. Inte heller här finns det några sanktioner som domstolen kan utnyttja för att förmå den sakkunnige att infinna sig vid det muntliga förhöret.⁷³ Har den sakkunnige, vid utförandet av uppdraget, gjort sådana observationer och iakttagelser som kan ha betydelse för målet föreligger däremot vittnesplikt avseende nämnda iakttagelser.⁷⁴ Någon skyldighet att härvid avge ett grundat omdöme om särskilda erfarenhetssatser eller dra några för målet relevanta slutsatser, föreligger emellertid inte.⁷⁵

Det ligger nära till hands att tolka hänvisningen till vittnesreglerna i 40 kap. 19 § 2st. RB som att alla regler i 36 kap. RB ska tillämpas när den partssakkunnige hörs muntligen. En sådan tolkning medför att även tvångsmedlen vite och hämtning skulle kunna aktualiseras.⁷⁶ Detta rimmar emellertid illa med den generella uppfattningen om att tvångsmedel aldrig ska kunna tillämpas för att förmå en partssakkunnig att utföra sitt uppdrag.⁷⁷ Om syftet vore att en partssakkunnig som lämnat in ett skriftligt utlåtande och som ska höras muntligen, ska kunna tvingas att göra detta, hade 40 kap. 19 § RB förmodligen innehållit en hänvisning till de tvångsmedel som finns att tillgå för domstolssakkunniga. En rimligare tolkning av hänvisningen till vittnesreglerna i paragrafens andra stycke är att de sanktioner som 36 kap. RB erbjuder kan tillämpas på den partssakkunnige om denne påkallas att dessutom vittna i målet.⁷⁸

En partssakkunnig kan mot bakgrund av det anförda, vid äventyr om vite eller hämtning, tvingas att höras om de iakttagelser av betydelse som denne gjort vid utförandet av uppdraget men inte om vilka särskilda erfarenhetssatser som tillämpats eller vilka slutsatser som dragits. En sådan slutsats ligger även i linje med det faktum att det inte föreligger något

⁷³ Edelstam (1991) s. 345.

⁷⁴ Se avsnitt 2.2.

⁷⁵ SOU 1938:44 s. 425; NJA II 1943 s. 514.

⁷⁶ Se 36 kap. 7 §; 36 kap. 20 § RB.

⁷⁷ Se exempelvis SOU 1938:44 s. 425.

⁷⁸ Se Gärde (1949) s. 559; Edelstam (1991) s. 345 där det framgår att liksom för ett vittne gäller för partssakkunnig att denna skyldighet, och de tvångsmedel som förenas med skyldigheten, inte omfattar avgivandet av "något på sakkunskap grundat omdöme vare sig om egna eller andras iakttagelser".

straffansvar för de erfarenhetssatser och slutsatser som den partssakkunnige tillför målet. Straffansvaret som avläggandet av vittneseden innebär omfattar endast eventuella iakttagelser som den partssakkunnige gjort.⁷⁹ Edelstam verkar emellertid mena att en partssakkunnig som vägrar att medverka i rättegången, kan tvingas till förhör med vite eller häkte som påföljd. Han hänvisar härvid till 40 kap. 19 § 2st. RB och 36 kap. 21 § RB.⁸⁰ Utlåtandet stämmer inte överens med vad författaren tidigare uttryckt rörande samma fråga och det är oklart huruvida ”förhöret” rör sakkunniguppdraget och däri dragna slutsatser eller enbart iakttagelser som gjorts i samband med uppdragets utförande.

Reglerna i 40 kap. RB bereder alltså inte domstolen några möjligheter att kalla en av motparten anlita sakkunnig till förhandling när den sakkunnige endast givit ett utlåtande muntligen till uppdragsgivaren och denne inte åberopar den sakkunnige. Av 40 kap. 8 § RB framgår att ett muntligt förhör bara kan påkallas när den sakkunnige först avgett ett skriftligt utlåtande. Endast i de fall den sakkunnige är vittnespliktig rörande sina iakttagelser och observationer kan hen bli *tvungen* att delta vid förhandlingen och då såsom ett vittne enligt reglerna i 36 kap. RB.

3.2 Den sakkunniges vittnesplikt

Även om uppgiften att tillföra särskilda erfarenhetssatser är den sakkunniges huvudsakliga funktion, är det inte dennes enda funktion. En sakkunnig som tillför särskilda erfarenhetssatser kan nämligen dessutom tillföra fakta om vissa iakttagelser som denne själv har gjort.⁸¹ Detta medför att vissa gränsdragningssvårigheter kan uppkomma mellan vittnesbeviset och sakkunnigbeviset.⁸² Vittnets funktion är enbart ett återgivande av de fakta som vittnet iakttagit.⁸³ Det är främst när ett utlåtande innehåller såväl

⁷⁹ Ekelöf (1986) s. 150; Ekelöf (2009) s. 295; Edelstam (1991) s. 329.

⁸⁰ Edelstam (1991) s. 219 not 122.

⁸¹ Ibid. s. 109.

⁸² Se bl.a. Gärde (1949) s. 543 där det författaren understryker att vittnesbevisets uppgift ”i huvudsak är att bringa till domstolens kännedom de iakttagelser som vittnet gjort rörande en tilldragelse eller ett händelseförlopp av betydelse ur bevissynpunkt”.

⁸³ Edelstam (1991) s. 190; Ekelöf (2009) s. 299.

tillämpning av särskilda erfarenhetssatser, som egna iakttagelser och observationer som gränsdragningsproblematiken uppstår.⁸⁴ I den mån den sakkunnige, inom ramen för sitt uppdrag, har gjort egna iakttagelser bör dessa redovisas i utlåtandet. Har sådana iakttagelser av fakta gjorts som är av betydelse för målets utredning, blir den sakkunnige, om det påkallas, vittnespliktig avseende nämnda iakttagelser.⁸⁵ Den sakkunniges vittnesplikt har även fastslagits av HD. I NJA 2013 s. 91 konstaterade domstolen att även om det inte föreligger någon skyldighet för en partssakkunnig att slutföra ett uppdrag, kan den sakkunnige genom allmänna regler om vittnesplikt vara skyldig att vittna om något som denne iakttagit i samband med en undersökning eller i annat sammanhang.⁸⁶

Den sakkunnige kan dessutom komma att höras såsom sakkunnigt vittne angående de iakttagelser denne har kunnat göra *på grund av sin sakkunskap*.⁸⁷ Termen sakkunnigt vittne bör förbehållas just de situationer då ett vittne på grund av sina särskilda kunskaper kan uttala sig mer säkert om slutsatserna av sina iakttagelser än den som måste grunda sina slutsatser enbart på allmänt vetande och livserfarenhet.⁸⁸ I bägge fallen avser vittnesplikten endast fakta eftersom någon skyldighet för den partssakkunnige att höras avseende de särskilda erfarenhetssatser denne tillämnat och den slutsats som dragits därav inte föreligger.⁸⁹ Även JO har understrukit att sådana ”sakkunniga vittnen” som inte hade kunnat göra sina iakttagelser om de inte haft särskild fackkunskap, i alla avseenden ska behandlas som vanliga vittnen.⁹⁰

⁸⁴ Edelstam (1991 s. 188; Ekelöf (2009) s. 299 f.

⁸⁵ Westberg (2010) s. 530; SOU 1938:44 s. 425; NJA II 1943 s. 514: ”*Har person, som anlitats av part, verkställt undersökning eller eljest iakttagit något av betydelse i målet, är han emellertid pliktig att, om det påkallas, såsom vittne uttala sig därom, ehuru han ej är skyldig att avgiva något därå grundat omdöme*”.

⁸⁶ NJA 2013 s. 91 p. 8.

⁸⁷ För en närmare definition av vad som utgör ett sakkunnigt vittne se bl.a. Edelstam (1991) s. 191 där Edelstam förklarar att ett sakkunnigt vittne ”är en särskild form eller variant av vittnesbevisning” och ska alltså inte användas synonymt med det engelska ”expert witness”; Ekelöf (2009) s. 301 f.

⁸⁸ Nordh (1991) s. 95 not 233.

⁸⁹ Ekelöf (2009) s. 301; Se avsnitt 2.3.

⁹⁰ JO 1982/83 s. 20 (s. 22).

Gränsdragningsproblematiken mellan sakkunnigbevis och dels vittnesbevis, dels skriftliga bevis kommer beröras närmare i senare avsnitt. Svårigheterna i att kategorisera sakkunnigutlåtandet kommer emellertid genomgående att belysas i uppsatsen eftersom frågan om rätten att ta del av innehållet i ett sakkunnigutlåtande i många fall beror på hur utlåtandet karaktäriseras.

4 När utlåtandet inte åberopas

4.1 Inledning

Det står parterna fritt att redan i ett tidigt skede av konflikten anlita en expert. Parterna väljer sedan själva huruvida den anlitade experten bara ska användas för förberedelserna inför rättegången eller om denne dessutom ska åberopas såsom bevismedel.⁹¹ Detta föranleder situationer då parterna innehar skriftliga sakkunnigutlåtanden som, ur bevissynpunkt, kan vara av stor betydelse för motparten.

Det är av största vikt att en part aldrig hamnar i den situationen att hen först vid huvudförhandlingen får kännedom om de observationer och bedömningar som motpartens partssakkunnig har gjort. Ju tidigare i processen som parten får ta del av informationen, desto enklare är det för denne att förbereda sig. Möjligheten att exempelvis anskaffa information om sådant som hade kunnat förta verkan av den sakkunniges bedömningar går förlorad om informationen i utlåtandet förmedlas först under huvudförhandlingen. Mot bakgrund av detta, finns det ett stort behov att undersöka hur en sådan efterforskning och anskaffning av sakkunnigutlåtanden lagligen kan gå till.⁹²

En förutsättning för att frågan om rätten att ta del av ett skriftligt sakkunnigutlåtande som motparten innehar ska uppkomma är givetvis att den sökande parten känner till att en partssakkunnig har anlitats. På samma sätt som den anlitaende parten kan vinna stora fördelar i att inte berätta att den har anlitat en sakkunnig, kan det vara extremt viktigt för motparten att få reda på om den andra parten har anlitat en expert, för vilket uppdrag denne anlitats och vad experten har kommit fram till.⁹³ Skulle ena parten få reda på att motparten har anlitat en expert, föreligger emellertid ingen skyldighet för motparten att tala om vem den sakkunnige är. De allmänna

⁹¹ Westberg (2010) s. 528.

⁹² Ibid. s. 528.

⁹³ Ibid. s. 528.

preklusionsreglerna⁹⁴ hindrar bara en part från att hemlighålla bevisning och överraska motparten med ett sakkunnigutlåtande under huvudförhandlingen. Detta medför att en part som vill försöka få tillgång till ett utlåtande som motparten inte tänkt åberopa, först och främst måste ta reda på vem den sakkunnige är.⁹⁵

Möjligheterna att med hjälp av domstolens försorg ta reda på om motparten har anlitat en sakkunnig och vem denne i så fall är, är begränsade. Den processledning som domstolarna ska utföra innefattar endast en skyldighet att klarlägga vilka bevis som en part faktiskt har åberopat till stöd för sin talan, inte vilka denne anskaffat men avstått från att åberopa. Parterna är således lämnade att på egen hand undersöka och utreda om den andre parten har anlitat en sakkunnig, vem denne är och vilka uppdrag denne har utfört.⁹⁶

4.2 Kan en part anlita samma sakkunnig som motparten?

Under förutsättning att ena parten faktiskt lyckats få kännedom om att motparten har anlitat en sakkunnig och att denne avgett ett utlåtande, blir nästa steg att försöka komma åt utlåtandet. Ett sätt att få tag på informationen skulle kunna vara att anlita samma sakkunnig som motparten.

Edelstam hänvisar till den sakkunniges lojalitetsplikt och understryker att ”när den partssakkunnige har fått uppdraget bör detta rimligen medföra att denne, i den mån motparten också tillfrågar den sakkunnige, avböjer uppdraget från denne”. En utgångspunkt bör således vara att den sakkunnige, även utan särskild förbindelse i avtalet, iakttar en sådan lojalitet mot uppdragsgivaren som Edelstam förskriver. Skulle den sakkunnige mot förmodan anse sig oförhindrad att åta sig uppdrag för båda parterna

⁹⁴ Se 42 kap. 15 och 15a §§, 43 kap. 10 §; 50 kap. 25 § 3st. RB.

⁹⁵ Westberg (2010) s. 528 f.

⁹⁶ Ibid. s. 529.

samtidigt, bör denne uttryckligen förmedla detta till den första uppdragsgivaren *innan* uppdraget påbörjas.⁹⁷

Oaktat lojalitetsplikten finns det inget hinder mot att en sakkunnigperson utför uppdrag åt båda parterna i samma tvistemålsprocess. I ett kontradiktoriskt tvistemålsförfarande är den klassiska ståndpunkten att vittnen aldrig får ta emot särskild ersättning för den information som de förmedlar till processen, medan det motsatta gäller för experter. En sakkunnigperson säljer sin speciella kunskap, sina särskilda erfarenhetssatser, för att parterna bättre ska förstå vissa fakta i målet.⁹⁸ Det vore orimligt att bereda domstolen möjlighet att sanktionera en sakkunnigperson på den grunden att denne sålt sin ”handelsvara” till två personer i samma process. Vill uppdragsgivaren försäkra sig om att den information som denne köper inte förmedlas till en högt budande motpart, bör uppdragsavtalet utrustas med en klausul som på civilrättslig grund förbjuder den sakkunnige från att anta uppdrag från motparten. Den civilrättsliga klausulen kan på så sätt fungera i avskräckande syfte, eftersom ett avtalsbrott kan föranleda att ett eventuellt avtalat vite aktualiseras.

Man kan fråga sig om en ordning, som den vi har i Sverige där parterna helt och hållet styr ersättningsfrågan, främjar den rättvisa rättegången eller om det tvärtom, skapar ett ojämnt förhållande där den som betalar mest vinner. Rätten prövar för närvarande endast domstolssakkunnigas arvoden varför det inte finns någon begränsning i hur hög ersättning en part och partssakkunnig kan avtala om.⁹⁹ Ekelöf har exempelvis föreslagit att rätten även ska bestämma partssakkunnigas arvoden, för att undvika överdrivet höga belopp.¹⁰⁰ När ersättningsfrågan överläts till parterna skapar det emellertid en mer ”öppen marknad” som skulle kunna medföra en situation där en partssakkunnig väljer att skriva ett utlåtande även till sin uppdragsgivares motpart sedan denne erbjudit att betala det dubbla. Om inga andra medel för att få tillgång till motpartens sakkunnigutlåtande finns att tillgå, kanske det enda sättet att jämna ut partsställningen på är att ”köpa”

⁹⁷ Edelstam (1991) s. 292.

⁹⁸ Westberg (2010) s. 534.

⁹⁹ 40 kap. 17 § RB.

¹⁰⁰ Ekelöf (1986) s. 191.

motpartens expert. Å ena sidan ökar den oreglerade ersättningen möjligheten för parterna att få del av varandras sakkunnigutlåtanden genom att de kan fresta experterna med höga arvoden, så höga att de trots deras lojalitetsplikt gentemot uppdragsgivaren inte kan tacka nej. Å andra sidan finns det, som Edelstam poängterar, en risk att en oreglerad ersättning skapar ett ojämnt styrkeförhållande mellan parterna eftersom det ofta råder en olikhet i parternas ekonomiska resurser. Den part som har större ekonomiskt kapital kan bekosta dyrare och bättre sakkunnigbevisning.¹⁰¹

4.3 Edition på sakkunnigutlåtanden

Ett annat sätt på vilket en part kan komma åt ett sakkunnigutlåtande som motparten inte har för avsikt att åberopa, är genom rättegångsbalkens bevisanskaffningsmedel. Detta för snabbt tankarna till edition. Genom edition har parterna rätt att få del av handlingar som motparten eller tredje man innehar förutsatt att den editionsökande kan tala om vilken handling det rör sig om samt vad handlingen ämnar bevisa i målet. Skulle editionsreglerna även tillämpas avseende sådana skriftliga handlingar som utgör sakkunnigutlåtanden blir själva anskaffningsdelen relativt lättlost. Förutsatt att part har fått kännedom om existensen av ett sakkunnigutlåtande, behöver denne bara rikta ett editionsföreläggande gentemot innehavaren av utlåtandet.

HD har tagit ställning till förhållandet mellan skriftliga sakkunnigutlåtanden och den processuella editionsplikten i två avgörande rättsfall vilka kommer att redogöras för utförligt i kommande avsnitt.

4.3.1 Det processuella editionsinstitutets utveckling

Den processuella editionsplikten återfinns i 38 kap. 2 § 1st. RB. Däri stadgas följande: ”Innehar någon skriftlig handling, som kan antagas äga

¹⁰¹ Edelstam (1991) s. 541.

betydelse som bevis, vare han skyldig att förete den; [...]”. Av 38 kap. 5 § RB framgår att ansökningen ska ”innehålla uppgift om var och huru handlingen skall tillhandahållas”. Regeln i 38 kap. RB ger inte några utförligare anvisningar om vad en ansökan ska innehålla eller vilka krav som ställs för att processuell edition ska beviljas. Av ordalydelsen i 38 kap. 2 § RB kan emellertid utläsas bland annat att processuell editionsplikt föreligger för var och en, oberoende av om personen i övrigt har med processen att göra.¹⁰²

Det processuella editionsinstitutet har inte varit föremål för någon lagrevision sedan rättegångsbalkens införande. Utvecklingen av de processuella editionsreglerna har främst skett genom praxis från HD. Redan år 1953 fastslog HD att ett editionsyrkande inte nödvändigtvis måste avse en viss existerande handling.¹⁰³ Det kan röra sig om en slags kategoribeskrivning av flera handlingar där motparten får i uppgift att sortera bort det material som inte är av relevans för tvisten. Ett editionsyrkande kan således komma att medföra en hel del arbete för motparten. En sådan ordning kan innebära att editions svaranden, på ett otillbörligt sätt, tvingas utföra arbete som gynnar dennes motpart.¹⁰⁴

En grundläggande förutsättning för att processuell editionsplikt ska föreligga är att editionssökanden klargör vilken eller vilka handlingar som editionsyrkandet omfattar.¹⁰⁵ Lars Heuman menar att lagstiftaren redan genom lagregelns språkliga uppbyggnad tydliggjort att skyldigheten förutsatts avse endast *identifierade* handlingar eftersom föremålet för föreläggandet anges i bestämd form i lagregeln.¹⁰⁶ Hur långt identifikationskravet sträcker sig är en annan fråga. Enligt Heuman föreligger en viss preciseringskyldighet. Graden av denna skyldighet måste däremot antas vara olika beroende på hur omständigheterna ser ut i varje enskilt fall. Ett rimligt krav torde vara att ”kräva av sökanden att han så långt det är möjligt anger de handlingar han vill utfå”.

¹⁰² Fitger (2021) kommentar till 38 kap. 2 § 1 st. RB.

¹⁰³ NJA 1953 s. 19.

¹⁰⁴ Westberg (2010) s. 551 f.

¹⁰⁵ Westberg (2013) s. 293.

¹⁰⁶ Heuman, JT (1989/90), del I s. 6.

Preciseringskyldigheten kan således fullgöras antingen genom att handlingarna identifieras eller genom att sökanden noga beskriver det bevisstema till vilket handlingarna hänförs.¹⁰⁷

I NJA 1959 s. 230 ogillades sökandens editionsyrkande med argumentet att alla handlingar som avsågs i yrkandet inte var av betydelse som bevis för saken samt att sökanden ej närmare angivit vare sig de omständigheter hon ville styrka eller de handlingar hon ansåg var av betydelse. Ekelöf hävdar att rättsfallet styrker tesen att en part alltid måste ange den ifrågavarande handlingen samt vad han vill styrka därmed för att editionsyrkandet inte ska avisas.¹⁰⁸ Heuman är av en annan uppfattning och understryker att rättsfallet inte kan tolkas så att domstolarna regelmässigt ska ogilla yrkanden om editionsförelägganden på grund av att handlingarna inte är noga identifierade. Genom en motsatstolkning av rättsfallet öppnar han upp för möjligheten att begära edition på en vagt beskriven handlingskategori, om alla eller de flesta handlingarna har bevisbetydelse.¹⁰⁹ I NJA 1998 s. 590 I belyste HD problematiken med identifikationskravet och angav vilka krav som måste ställas på editionssökanden. I domen hänvisade domstolen till vad Heuman tidigare uttalat i saken och konstaterade sedan att identifikationskravet kan vara uppfyllt även i de fall ”parten anger att yrkandet om editionsföreläggande avser en viss kategori av handlingar eller alla handlingar som är av betydelse för ett noga beskrivet bevisstema”.¹¹⁰

Kravet på att handlingen ska antas äga betydelse som bevis har diskuterats en hel del i doktrin. Westberg menar att formuleringen tycks syfta på det som brukar kallas för bevisrelevans.¹¹¹ Något allmänt krav på bevisvärdet hos handlingen ställs inte. Heuman drar en parallell mellan processuell edition och regeln om avvísning i 35 kap. 7 § RB och förklarar att den senare ska tillämpas restriktivt av domstolarna varför det inte torde vara möjligt att ogilla ett editionsyrkande med motiveringen att handlingen skulle

¹⁰⁷ Heuman, JT (1989/90), del I s. 12 f.

¹⁰⁸ Ekelöf (1986) s. 179.

¹⁰⁹ Heuman, JT (1989/90), del I s. 12 f.

¹¹⁰ NJA 1998 s. 590 I (s. 593).

¹¹¹ Westberg (2010) s. 615.

få ett mindre bevisvärde.¹¹² Vad gäller rekvisitet ”antas” förklarar Heuman att det torde räcka att ”det finns en viss svag bevisning som talar för att handlingen i vart fall får ett visst mindre bevisvärde vid prövning av den materiella frågan”.¹¹³ Även om handlingen kan tänkas styrka ett påstående i rättegången, föreligger inget tvång att lämna ut den om påståendet materiellt sett inte kan leda till framgång för den editionssökande.¹¹⁴

Enligt ordalydelsen i 38 kap. 2 § RB omfattar den processuella editionen endast skriftliga handlingar. Synen på vilken typ av handlingar som faktiskt ryms inom rekvisitet ”skriftliga bevis” har emellertid vidgats genom praxis. I ett rättsfall från 1998 fastslog HD att det faktum att uppgifterna är lagrade på data inte hindrar att de skrivs ut och görs till föremål för edition.¹¹⁵ I NJA 2020 s. 373 utvidgade HD tolkningen av 38 kap. 2 § RB ytterligare ett steg när det, genom rättsfallet, klarades i vilka olika former den datalagrade informationen kan begäras ut. I rättsfallet förklarade domstolen att ett editionsyrkande kan avse tillhandahållande i elektronisk form av elektroniskt lagrad information. Som ett bakomliggande argument till denna extensiva tolkning av lagrummet, angavs bland annat att ”tekniken har utvecklats på ett sätt som inte då [vid lagregelns uppkomst] hade kunnat förutses av lagstiftaren” och att det är av största vikt att ”inte exkludera de nya slag av informationsbärare som den tekniska utvecklingen tillhandahåller”.¹¹⁶

En editionsvarande som åläggs att sortera bland större kategorier av handlingar, har enbart i uppgift att ta fram befintligt material. Något krav att denne ska producera nya handlingar eller tilldelas efterforskningsuppgifter föreligger inte. Det sagda ligger i linje med principen om den sakkunniges frivilliga deltagande. Skulle svaranden tvingas att utföra kvalificerad bearbetning eller sortering av redan genomsökt material kan skyldigheten få

¹¹² Heuman, JT (1989/90), del I s. 24; Se även NJA 1998 s. 590 I (s. 593).

¹¹³ Heuman, JT (1989/90), del I s. 24.

¹¹⁴ Welamson, SvJT 1982, s. 150.

¹¹⁵ NJA 1998 s. 829 (s. 833).

¹¹⁶ NJA 2020 s. 373 p. 17–18.

karaktären av ett sakkunniguppdrag. Det har tidigare konstaterats att ingen, mot sin vilja, är tvungen att utföra ett sådant uppdrag.¹¹⁷

4.3.2 NJA 1963 s. 72

4.3.2.1 Bakgrund och domstolarnas bedömning

Rättsfallet rörde en ersättningstvist för reparationsarbete på en fastighet tillhörande A. I målet yrkade ett bolag att A skulle betala ersättning för det reparationsarbete som de utfört på en av A tillhörande fastighet. A hade, före rättegången, rådgjort med en sakkunnig och inhämtat ett skriftligt utlåtande från Stockholms fastighetsägareförenings tekniska byrå rörande den fordrade ersättningen för reparationsarbetena. När A inte åberopade utlåtandet under rättegången begärde bolaget att få ta del av detta eftersom det enligt vad bolaget förmenade utgjorde bevis för att det fordrade beloppet vore skäligt. A vägrade, varför bolaget yrkade på att få ta del av det skriftliga utlåtandet genom processuell edition. Såväl rådhusrätten som hovrätten biföll bolagets yrkande om editionsföreläggande. Hovrätten var emellertid inte helt eniga i avgörandet. Två ledamöter var skiljaktiga i frågan och menade att ett sakkunnigutlåtande inte kan anses vara ett sådant skriftligt bevis som avses i 38 kap. 2 § RB. HD meddelade prövningstillstånd i frågan och en enhällig domstol ogillade sedermera bolagets editionsyrkande. Beträffande motiveringen av beslutet förelåg däremot olika meningar.

En klar majoritet framhöll att bevisning genom sakkunnig ska föras enligt bestämmelserna i 40 kap. RB och att det inte kan vara tillåtet att kringgå dessa genom att med hjälp av 38 kap. 2 § RB framtvinga företeende av ett skriftligt sakkunnigutlåtande som innehas av part eller av tredje man. HD poängterade däremot att en annan ordning skulle strida mot den grundläggande principen om den sakkunniges frivilliga deltagande. För att den sakkunniges rätt att avböja ett uppdrag inte ska bli ”illusorisk” bör någon processuell editionsplikt inte föreligga för den sakkunnige själv och

¹¹⁷ Westberg (2010), s. 552; Heuman, SvJT (1989/90), del I s. 8.

inte heller för den part som innehar ett av denne avgivet skriftligt utlåtande. Avslutningsvis förklarade domstolen att ”endast om regelrätt bevisning genom sakkunnig av någon anledning är omöjliggjord, kan ett annat bedömande komma i fråga”.¹¹⁸

4.3.2.2 Kommentarer i rättsvetenskapen

Ovängivna redogörelse av praxis ger alltså uttryck för uppfattningen att huvudregeln bör vara att sakkunnigreglerna ska tillämpas beträffande skriftliga sakkunnigutlåtanden. HD öppnar dock upp för ett specifikt undantagsfall, nämligen när sakkunnigbevisning ”av någon annan anledning är omöjliggjord”.¹¹⁹ Skulle det exempelvis helt saknas andra experter att tillgå på området torde det enligt HD:s slutsats vara möjligt att tillämpa editionsreglerna. Denna ordning har kritiserats av bland annat Lars Welamson som intar samma, mer konsekventa, ställning som en av reservanterna i målet, nämligen att ett sakkunnigutlåtande som avgivits i anledning av den tvist som är aktuell i målet aldrig kan utgöra skriftligt bevis i den mening som avses i 38 kap. RB.¹²⁰

Heuman menar att det i rättsfallet går att utläsa två skäl till stöd för att ett kringgående av reglerna om sakkunnigbevisning inte skall få förekomma. Dels det ovannämnda skälet att den sakkunniges rätt att avböja ett uppdrag inte ska bli illusorisk, dels att en part som mottagit ett råd från en expert inte ska behöva yppa rådets innehåll. Vad gäller det första skälet poängterar han att det faktum att den sakkunnige erhållit full betalning för sitt arbete inte utgör skäl för att utlåtandet ska utlämnas till motparten i rättegången.

Heuman förklarar att kravet på att domstolen och parterna ska ta hänsyn till den sakkunniges intressen inte ligger på detta rent ekonomiska plan.¹²¹

Vilka av den sakkunniges intressen som faktiskt ska beaktas nämner han däremot inte närmare. Närmst till hands ligger kanske de mer personliga intresset i att inte tvingas att indirekt utföra ett uppdrag till förmån för någon utan att ha åtagit sig uppdraget. En annan vinkel kan vara att det är själva

¹¹⁸ Se HD:s domskäl i NJA 1963 s. 72.

¹¹⁹ Se avsnitt 4.3.2.3.

¹²⁰ Welamson, SvJT 1969, s. 955.

¹²¹ Heuman, SvJT 1989/90, del II s. 265.

arbetet som skyddas; den sakkunnige ska inte behöva riskera att dennes rykte eller goda renommé förstörs genom att utlåtandet feltolkas eller bara används i vissa delar.

Vad gäller det andra skälet menar Heuman att det är fullt rimligt att en part som väljer att vända sig till en expert för att be om råd inte ska behöva avslöja rådets innehåll för motparten om det var till dennes nackdel.¹²² Av domen framgår att det inte spelar någon roll om rådet givits muntligen eller skriftligen. Att ”det är fullt rimligt” indikerar på att det inte nödvändigtvis finns starka lagstadgade belägg för att mottagna råd aldrig ska behöva yppas. Här för han alltså något slags rimlighetsresonemang till stöd för HD:s ställningstagande, där det ”rimliga” torde vara att låta mottagna råd vara fredade från motpartens insyn. Visst är det en olägenhet för den part som mottagit ett råd som är till motpartens fördel att i vissa fall behöva yppa detta, men att det skulle vara fullkomligt orimligt att kräva ett sådant yppande verkar mer tveksamt. Såsom editionsreglerna är utformade idag kan de innebära att en rad information som är till motpartens fördel lämnas ut, information som den innehavande parten rimligen inte hade velat dela med sig av. Denna ”orimlighet” hindrar emellertid inte editionsföreläggandet från att beviljas.

4.3.2.3 När är bevisning genom sakkunnig omöjliggjord enligt NJA 1963 s. 72?

Vad HD egentligen avsåg med kravet att regelrätt bevisning genom sakkunnig ska vara omöjliggjord är inte helt självklart. Heuman menar att undantaget torde avse de fall då ena parten inhämtat ett sakkunnigutlåtande och motparten helt saknar möjlighet att för egen del inhämta ett sakkunnigutlåtande genom att anlita en annan expert. Vidare anger han som exempel sådana situationer då de faktiska förhållandena undergått sådan förändring att det inte längre är möjligt att säkra någon bevisning. Att domstolen däremot skulle utfärda ett editionsföreläggande därför att det är omöjligt för en part att anlita en annan expert, till exempel för att det inte

¹²² Heuman (1987) s. 33; Heuman, SvJT 1989/90, del II s. 265.

finns några andra att tillgå eller för att tillgängliga experter vägrar, menar Heuman förefaller föga sannolikt.¹²³

Det går eventuellt att dra en parallell mellan de situationer Heuman anser faller inom undantaget och distinktionen mellan ”transaktionsrelaterade och tvisterelaterade sakkunnigutlåtanden” som bland annat förekommer i engelsk rätt.¹²⁴ Förändringar som innebär att bevissäkringen blir omöjliggjord talar för att det handlar om utlåtanden som rör sådana historiska händelser som kan förändras över tid. Någonting som ska bevisas här och nu men som inte längre går att säkra bevisning kring, till exempel vad som sades om eventuella risker när ett tak monterades. Här har situationen förändrats när tvisten väl aktualiseras om taket redan är färdigmonterat och någon sådan riskbedömning inte längre låter sig göras. De faktiska förhållandena har alltså undergått en sådan förändring att det inte längre är möjligt att säkra någon bevisning rörande dem. Det är inte helt givet huruvida det var situationer av transaktionsrelaterat slag som Heuman avsåg i sitt uttalande. Det ligger däremot nära till hands att tolka det som att sådana sakkunnigutlåtanden borde falla inom undantagsfallet.

4.3.3 NJA 2011 s. 241

Det skulle komma att dröja femtio år innan HD tog upp frågan om edition på sakkunnigutlåtanden igen. Denna gång gällde det ett utlåtande som upprättats av en auktoriserad revisor på uppdrag av en konkursförvaltare. Konkursboet för G.D.S. Bil i Stockholm AB (”GDS”) väckte återvinningstalan mot International Motors (Nordic) AB (”IM”), varpå IM senare i målet yrkade att konkursboet för GDS skulle förpliktas att förete det utlåtande, upprättat av en auktoriserad revisor, som legat till grund för förvaltarberättelsen. IM redogjorde för revisionspromemorians bevisrelevans i målet och underströk att de, utan att beredas tillgång till handlingen, fråntogs möjligheten att ha tillgång till samma bakgrundsmaterial som GDS. GDS å sin sida menade dels att IM inte var

¹²³ Heuman (1987) s. 34.

¹²⁴ Se avsnitt 6.2.1.

borgenärer i konkursen och således inte på den grunden hade rätt till handlingen, dels att revisionspromemorian utgjorde internt arbetsmaterial.

4.3.3.1 Tingsrättens bedömning

Tingsrätten prövade först frågan huruvida revisionspromemorian utgjorde en sådan skriftlig handling som 38 kap. 2 § RB föreskriver, därefter om handlingen kunde äga betydelse som bevis i målet. Domstolen förklarade att frågan huruvida revisionspromemorian utgör en skriftlig handling eller inte beror på hur det karaktäriseras. Är promemorian ett sakkunnigutlåtande, kan edition inte föreläggas. Domstolen konstaterade följande: ”Eftersom en revisionspromemoria upprättas generellt vid varje konkurs, är det tingsrättens mening att den inte kan anses utgöra ett sakkunnigutlåtande, och den får därför anses utgöra en skriftlig handling i enlighet med 38 kap. 2 § RB”. Någon närmare redogörelse för bakgrunden till uttalandet återges inte. Därefter konstaterade tingsrätten att det lågt ställda krav på bevisbetydelse som återfinns i praxis ansågs vara uppfyllt samt att revisionspromemorian inte kan jämföras med en minnesanteckning eller annan sådan uppteckning som anges i 38 kap. 2 § 3st. RB. Mot bakgrund av det biföll tingsrätten IM:s editionsyrkande och GDS ålades således att ge ut revisionspromemorian.

4.3.3.2 Hovrättens bedömning

Hovrätten kom fram till samma beslut som tingsrätten, men valde att gå i en annan riktning i domskälen. Inledningsvis underströk domstolen, genom en hänvisning till NJA 1963 s. 72, att sakkunnigutlåtanden inte kan bli föremål för edition enligt 38 kap. 2 § RB eftersom dessa inte är att anse som skriftliga bevis. Hovrätten återgav därefter följande argument för att bevilja IM:s editionsyrkande: ”Även om revisionspromemorian skulle vara att anse som ett sakkunnigutlåtande är den enligt hovrättens mening i vart fall inte att anse som ett sakkunnigutlåtande som avgetts för eller i målet”.¹²⁵ Hovrätten tycks ha inspirerats av vad Welamson och en av reservanterna skrev med anledning av utfallet i NJA 1963 s. 72. De menade ju att man i ett

¹²⁵ Se hovrättens domskäl i NJA 1963 s. 72.

mål inte bör kunna tillämpa reglerna om edition på ett sakkunnigutlåtande som avgivits med anledning av *den tvist som är aktuell i målet*.¹²⁶ Det ligger nära till hands att tolka uttalandet som att sådana sakkunnigutlåtanden som däremot avgivits före tvistens uppkomst och som alltså inte rör den aktuella tvistefrågan, skulle kunna bli föremål för edition. Det var förmodligen så hovrätten såg på saken i förevarande fall. Revisionspromemorian inhämtades inte med anledning av tvisten, den inhämtades innan den aktuella tvisten överhuvudtaget uppkommit och hade av allt att döma inhämtats oavsett om återvinningstalan hade väckts mot IM eller inte. Vad hovrätten egentligen gör är en slags uppdelning mellan olika typer av sakkunnigutlåtanden. Westberg beskriver hovrättens domskäl som en uppdelning mellan dels sådana utlåtanden som är transaktionsrelaterade, dels sådana som är relaterade till den faktiska tvisten.¹²⁷ I förevarande fall torde hovrätten ha menat att revisionspromemorian snarare var av transaktionsrelaterad art än tvisterelaterad, varför den skulle anses utgöra ett skriftligt bevis och bli föremål för edition. Westberg förklarar att en sådan uppdelning skulle kunna innebära att transaktionsrelaterade utlåtanden används som skriftliga bevis för att reda ut tvisterelevanta händelser rörande transaktionen.¹²⁸ Det kan hända att domstolen sneglat på den engelska rätten som gör en liknande, lagstadgad distinktion mellan olika experter.¹²⁹

4.3.3.3 Högsta domstolens bedömning

Frågan togs upp av HD som avslög editionsyrkandet. HD:s resonemang byggde, till skillnad från det som hovrätten redogjorde för, på en distinktion mellan sakkunniga och vittnen. Inledningsvis redogörs kortfattat för skillnaderna mellan sakkunnigbevisning och vittnesbevisning. HD understryker härvid skillnaden att den sakkunniges observationer, till skillnad från vittnets, har sin grund i ett uppdrag. Därefter konstaterar HD den sakkunniges generella utbytbarhet genom följande uttalande: ”Kunskap om ifrågavarande sakförhållanden skulle således i princip lika gärna ha

¹²⁶ Se Welamson, SVJT 1969, s. 955; Edelstam (1991) s. 215.

¹²⁷ Westberg, JT 2011/12, s. 357.

¹²⁸ Ibid. s. 357.

¹²⁹ Se avsnitt 6.2.

kunnat erhållas genom att ett identiskt uppdrag lämnades till någon annan med motsvarande fackkunskap”. Vidare följer ett resonemang kring svårigheten att bedöma skillnaderna mellan sakkunniga och vittnen där HD fastslår att ”syftet med den reglering som är aktuell” skulle kunna föranleda avsteg från det som tidigare återgetts avseende skillnaderna mellan de båda bevismedlen. Tillämpningssituationen kan således komma att bli avgörande för huruvida något är att anse som ett skriftligt bevis eller ett sakkunnigutlåtande.¹³⁰ HD knyter emellertid ihop säcken genom att konstatera följande: ”Om den sakkunniges observation på grund av särskilda förhållanden är eller blir unik i mening av att observationens bevisbetydelse inte kan uppnås på något annat sätt [...] får det betydelse för den bevissökandes bevisintresse.”¹³¹ Här menar alltså domstolen att någon distinktion mellan sakkunniga och vittnen inte behöver göras, den sakkunnige blir vittnespliktig eftersom de observationer denne har gjort är unika i den mening att de inte är reproducerbara. När den sakkunnige är vittnespliktig följer det, enligt HD, naturligt att det skriftliga utlåtandet blir ett skriftligt bevis. IM hade inte redogjort för några omständigheter som talade för att de observationer som revisionspromemorian innehöll inte lät sig göras på nytt, varför editionsyrkandet avsågs.

För att edition ska beviljas på skriftliga sakkunnigutlåtanden krävs alltså att observationerna i utlåtandet är unika i den mening att de inte kan göras på nytt det vill säga de får inte vara reproducerbara (utbytbara mot en annan experts observationer rörande samma sakförhållande). Westberg skriver att en editionssökande som hade kunnat få edition på det bakomliggande material som låg till grund för motpartens sakkunnigutlåtande, i första hand ska utnyttja denna möjlighet.¹³² Det förefaller rimligt att även HD menade att en sådan ordning ska gälla. Finns det bakomliggande materialet kvar och om det dessutom finns andra, likvärdiga, experter på området är utlåtandet av allt att döma inte unikt enligt prejudikatets mening.

¹³⁰ NJA 2011 s. 241 p. 5.

¹³¹ Ibid. p. 7.

¹³² Westberg, JT 2011/12, s. 362.

En intressant del av domen, som inte nödvändigtvis har med editionsfrågan och göra men som kan bli aktuell i andra sammanhang, är den del där HD förklarar att sakkunnigutlåtandet endast är ett medium för de upplysningar den sakkunnige kan ge.¹³³ Det egentliga bevismedlet är alltså den sakkunnige själv som person. Uttalandet skulle kunna få konsekvenser för exempelvis principen om det bästa bevismedlet om en domstols hamnar i en situation där en part har åberopat ett skriftligt sakkunnigutlåtande utan att också åberopa den sakkunnige själv.¹³⁴

4.3.3.4 Unikhetskravet i NJA 2011 s. 241

Så vad menar HD egentligen med att den sakkunniges observationer är unika i den mening att observationens bevisbetydelse inte kan uppnås på något annat sätt? Westberg förklarar att unikhetskravet bör innebära att sådana principutlåtanden som endast innehåller en redovisning av särskilda erfarenhetssatser aldrig kan bli föremål för edition. Skulle experten emellertid under undersökningen använda sin kunskap om särskilda erfarenhetssatser för att dra slutsatser om situationen i fråga, har denne gjort egna observationer av det omtvistade sakförhållandet. Även om de egna observationerna utgör en nödvändighet för att ett sakkunnigutlåtande ska betraktas som ett skriftligt bevis, är det inte tillräckligt.¹³⁵ En annan tolkning av unikhetskravet är att HD tagit fasta på vad som redan framhållits i NJA 1963 s. 72 och således menar att ett utlåtande blir unikt när det exempelvis saknas tillgång till andra experter med motsvarande fackkunskap eller när det, eller den, som ska observeras inte längre finns tillgängligt.

Det är inte heller helt enkelt att utröna vad HD menar med att en experts kunskap är utbytbar.¹³⁶ För att inte frågan om utbytbarhet ska bli helt verkanslös bör kravet på ”icke-utbytbarhet” förstås mot bakgrund av att experter inom samma område, som besitter samma fackkunskap, i princip alltid gör samma observationer och således också förmedlar samma

¹³³ NJA 2011 s. 241 p.

¹³⁴ Se bl.a. avsnitt 5.4.4.

¹³⁵ Westberg, JT 2011/12, s. 361.

¹³⁶ Se NJA 2011 s. 241 p. 5: ”[kunskapen] i princip lika gärna ha kunnat erhållas genom att ett identiskt uppdrag lämnades till någon annan med motsvarande fackkunskap”.

slutsatser om det aktuella sakförhållandet. Men visst är det givetvis så att expertutlåtanden i praktiken ofta kan se väldigt olika ut, även om de sakkunniga är experter inom samma område. Det faktum att två personer besitter samma fackkunskap innebär inte per automatik att de kommer komma till samma slutsats rörande en viss sakfråga. Det går i vart fall att hävda att de använder olika bedömningskriterier för att komma till slutsatsen. Mot bakgrund av ett sådant, inte helt uppseendeväckande, resonemang torde alla sakkunnigutlåtanden i viss mån vara unika just av den anledning att de är skrivna av olika personer med olika tankar, värderingar och tillvägagångssätt. Ett synsätt som implicerar att alla experter inom samma område, med samma sakkunskap, skriver likadana utlåtanden ger bilden av att det inte längre är personer med egna värderingar som uttalar sig. Uppdraget hade likagärna kunnat utföras av en avancerad dator, särskilt programmerad för det specifika kunskapsområdet.

Det verkar inte heller handla om sådana utlåtanden som är unika i den bemärkelsen att de går att hänföra till den transaktionsrelaterande delen av partsrelationen. Westberg förklarar att edition exempelvis bör vara möjlig för att ”med stöd av expertutlåtandets innehåll visa att experten avrådde byggentreprenören från byggprojektet eller från ett visst byggsätt och att entreprenören därför i strid mot bättre vetande genomförde byggprojektet”.¹³⁷ Det som ska bevisas i förevarande fall är byggentreprenörens oaktsamhet när denne lät entreprenören utföra projektet trots expertens invändningar. Det unika ligger alltså i situationen som sådan; de samtal, råd och hänvisningar som experten gav byggentreprenören vid ett specifikt tillfälle. Här leds man återigen osökt in på skillnaden mellan olika former av sakkunnigutlåtanden. HD valde som bekant att inte gå på den linje som hovrätten sneglat på. Den typen av unikheter som utgörs av ”historiska händelser som inte kan återupplevas” faller eventuellt utanför HD:s definition.

Det kan, mot bakgrund av det anförda, konstateras att utlåtandets art kan komma att få avgörande betydelse för dess unikheter. Betyder det att

¹³⁷ Westberg, JT 2011/12, s. 364.

prejudikatet i 2011 års fall inte är allmänt tillämpligt? Att utlåtanden skrivna under olika förutsättningar och för olika situationer kanske kräver olika krav på unikt? Exemplet med ett utlåtande skrivet av en expert som granskat riskerna inför ett kommande byggprojekt blir ju unikt på grund av andra faktorer än ett utlåtande skrivet av en expert som, när tvisten redan uppkommit, har fått i uppdrag att granska den skada som skett för att entreprenören tog oaktsamma risker under bygget.

HD har konstaterat att det inte går att värdera sakkunnigutlåtanden beroende på när eller hur de skrevs. I ett rättsfall från 2001 som rörde en försäkringstvist hade käranden och svaranden åberopat varsin läkare som partssakkunnig. Kärandens läkare hade, direkt efter att den omtvistade personskadan inträffade, träffat käranden och undersökt honom. Svaranden, försäkringsbolagets, läkare hade istället grundat sin bedömning av kärandens skada främst på journalanteckningar och inte på någon egen undersökning av honom. Vid bedömning av vilket av utlåtandena som skulle ”väga tyngst” förklarade HD att: ”I fall då läkarnas bedömningar i fråga om orsakssambandet skiljer sig åt, torde det rent principiellt inte finnas anledning att ge försteg åt den enes eller den andres bedömning”.¹³⁸ Det faktum att kärandens läkare undersökte käranden direkt efter olyckan spelade, enligt domstolen, mindre roll eftersom dennes aktuella status var otvistig, både käranden och svaranden var överens om kärandens skada men inte när eller hur skadan uppkom. När det inte går att värdera utlåtanden blir frågan om det unika givetvis än mer komplicerad. Man vill gärna tro att den läkare som faktiskt undersökt den ifrågavarande skadan direkt när den påstås ha uppkommit har gjort ”mer unika” observationer än den läkare som endast grundat sin bedömning på journalanteckningar. Det ”mer unika” utlåtandet skulle därför väga tyngre än det utlåtande som går att reproducera. Så sa HD emellertid inte, vilket gör att man måste ställa sig frågande till huruvida domstolen överhuvudtaget vet vilka krav den ställt upp genom prejudikatet i 2011 års fall. Sådana faktorer som påverkar

¹³⁸ NJA 2001 s. 657 (s. 665).

bevisvärdet hos utlåtandet skulle väl också indirekt kunna påverka bedömningen av ett utlåtandes unikhetskrav?

4.3.3.5 Bevisbördeproblematiken i ”unikhetskravet”

Vid ett editionsyrkande är det den som framställer yrkandet som har att ange vad hen vill styrka med beviset. Den framställande parten ska också ange den eller de handlingar som yrkandet avser.¹³⁹ Annorlunda uttryckt är det alltså den editionssökande parten som ska bevisa att de efterfrågade handlingarna, i detta fall sakkunnigutlåtandet, har bevisrelevans.¹⁴⁰ Kravet på bevisrelevans innebär emellertid inte att sökanden på förhand måste visa att handlingen innehåller information av bevisbetydelse. Ett sådant strängt beviskrav skulle i många fall omöjliggöra användandet av processuell edition eftersom innehållet i handlingen i många fall är okänt för sökanden.¹⁴¹ Som regeln i 38 kap. 2 § RB föreskriver räcker det att ”det kan antas att handlingen har bevisbetydelse”. Det torde räcka att det finns en viss svag bevisning som talar för att handlingen i vart fall kommer att få ett visst, om än mindre, bevisvärde vid prövningen av den materiella frågan.¹⁴²

När editionsfrågan rör ett sakkunnigutlåtande åläggs den sökande emellertid en tyngre börda än vad som föreskrivs i 38 kap. 2 § RB. Så som prejudikatet i NJA 2011 s. 241 är utformat ligger bördan på sökanden att visa att sådana omständigheter föreligger som talar för att de observationer som utlåtandet innehåller är unika eftersom de inte låter sig göras på nytt och att det därför bör vara föremål för edition. I en situation där det unika ligger i att det exempelvis saknas andra experter att tillgå på området är det inget större problem för editionssökanden att samla in och presentera en utredning som påvisar detta. Det finns emellertid fall där HD:s placering av bevisbördan blir något olycklig. Westberg ger som exempel ett fall där observationsobjektet eller observationsunderlaget förändrats eller överhuvudtaget inte existerar vid editionstidpunkten. Har maskinen som den sakkunnige undersökte förstörts så att den inte längre finns tillgänglig är det

¹³⁹ Fitger (2021) kommentar till 38 kap. 2 § 1 st. RB.

¹⁴⁰ Se avsnitt 4.3.1.

¹⁴¹ Ekelöf m.fl. (2009) s. 265.

¹⁴² Heuman, JT 1989/90, del I s. 24.

relativt enkelt för den sökande att visa detta. Utlåtandet är unikt eftersom de observationer som finns däri inte låter sig göras på nytt då observationsobjektet inte längre finns att tillgå. Svårare blir det när det rör sig om ett observationsunderlag som kanske har förändrats över tid. För att sökanden i en sådan situation ska kunna veta om underlaget de facto är intakt och låter sig granskas på nytt måste ju denne ta del av utlåtandet.¹⁴³ En annan tänkbar situation som kan uppkomma och som på sätt och vis liknar den nyss återgivna är när utlåtandet gäller en observation över något levande, som växer och förändras, såsom ett större skogsområde eller ett jordbruk. Om utlåtandet rör exempelvis olika mineralvärden i marken som kan påverka odling och tillväxt, finns det en risk att dessa värden förändrats över tid och inte är samma vid editionstidpunkten, vilket skulle göra utlåtandet unikt av den anledningen. Samtidigt som det på motsatt sätt skulle kunna vara så att värdena inte alls förändrats utan är i princip samma som då sakkunniguppdraget utfördes, vilket skulle innebära att utlåtandet inte är unikt eftersom samma observationer kan göras på nytt. Men hur ska editionssökanden veta om situationen i marken har förändrats om denne inte får se vilka observationer som den sakkunnige gjort tidigare för att jämföra dessa med observationerna som kan göras vid editionstidpunkten?

Motsatt ordning, att det skulle ligga på motparten att behöva bevisa att utlåtandet *inte* är unikt och därför är reproducerbart, vore inte heller optimal. I praktiken skulle det innebära att denne måste visa upp utlåtandet för att således kunna bevisa dess reproducerbarhet, vilket förtar den fundamentala tanken att editionssvaranden endast ska behöva dela med sig av handlingar som kan antas ha bevisrelevans.

4.3.4 Spelar det någon roll vem editionsbegäran riktas mot?

Man kan fråga sig huruvida prejudikatet i NJA 1963 s. 72 fortfarande håller. Westberg skriver bland annat i en artikel i *Juridisk tidskrift* att ”en expert

¹⁴³ Westberg, JT 2011/12, s. 363.

som anlitas av en part i tvisten bör fredas mot anspråk från motparten att komma åt expertens utlåtande, särskilt om anspråket på edition riktas mot experten”.¹⁴⁴ Det handlar således till stor del om att skydda den sakkunniges integritet. Men vad händer om editionsyrkandet istället riktas sig mot motparten? Måste integritetsaspekten beaktas lika mycket i detta fall eller kan man tänka sig att experten är fredad från inblandning?

I NJA 1963 s. 72 verkar HD inte göra någon skillnad på situationen att editionsfrågan riktas mot den sakkunnige själv eller mot den part som innehar ett av denne avgivet skriftligt utlåtande. Syftet, att den sakkunnige ska skyddas från utomstående anspråk, uppfylls endast fullt ut om själva utlåtandet som sådant är fredat från edition, oavsett vem som innehar det. Frågan är om HD betonar integritetsargumentet på samma sätt i NJA 2011 s. 241, eller om andra faktorer spelar större roll? Om syftet att skydda den sakkunnige från integritetsintrång och anspråk från motparten inte väger lika tungt längre, kan man möjligtvis argumentera för att det borde vara ”enklare” att komma åt ett skriftligt sakkunnigutlåtande genom edition om frågan riktas mot motparten. Här blandas inte den sakkunnige in i processen mer än i vad mån denne redan godtagit. Skulle sakkunnigutlåtandet rubriceras som ett skriftligt bevis i förevarande fall kan ju den editionssökande parten inte heller genom reglerna i 40 kap. RB begära förhör med den sakkunnige. Utlåtandet får tala för sig själv, ett utlåtande som den sakkunnige dessutom redan fått betalt för att skriva, om än för den andra parten.

Det finns emellertid delar även i NJA 2011 s. 241 som beaktar den sakkunniges skyddsintresse. I domen betonar HD att den editionssökandes befogade bevisintresse i allt väsentligt tillgodoses om editionen begränsas till de fall där observationerna i utlåtandet inte är reproducerbara. En sådan ordning säkerställer även att den sakkunniges integritet inte kränks vilket HD konstaterar genom följande uttalande: ”Med sådana begränsningar beaktas vidare den sakkunniges intresse av att inte mot sin vilja bli indragen i en annan tvist – såsom vittne eller genom att hans utlåtande åberopas som

¹⁴⁴ Westberg, JT 2011/12, s. 356.

skriftligt bevis – om han åtar sig ett sakkunniguppdrag”.¹⁴⁵ Här talar domstolen i och för sig om risken för den sakkunnige att bli indragen i en ”annan tvist”, vilket skulle kunna bli fallet om editionsyrkandet riktas direkt mot en sakkunnig som avgett ett utlåtande rörande en liknande fråga i en annan tvist som ännu inte är avslutad.¹⁴⁶ Andemeningen bör emellertid tolkas som att unikhetskravet ska hindra en editionssökande från att ta del av ett skriftligt sakkunnigutlåtande som inte är unikt oavsett vem editionsfrågan riktas mot. I domen var editionsfrågan riktad mot konkursboet det vill säga motparten, prejudikatet är således uppbyggt på situationen att det är motparten som föreläggs att lämna ut sakkunnigutlåtandet och inte den sakkunnige. Skulle kravet vara lägre om frågan istället riktades mot den sakkunnige går det stick i stäv med vad HD uttalat gällande vikten av att beakta den sakkunniges intressen.

Det kan förvisso argumenteras för att det vore rimligt om kravet faktiskt var lägre när editionsfrågan riktas mot motparten som för egen del anlitar en sakkunnig och erhållit ett skriftligt utlåtande. I en sådan situation är den sakkunnige redan indragen i processen på så sätt att denne accepterat att uttala sig i en specifik sakfråga och dessutom fått betalt för att göra så. Huruvida dennes uppdragsgivare i sin tur väljer att åberopa utlåtandet eller inte bör inte spela någon roll, den sakkunnige måste givetvis utgå ifrån att det arbete den utfört kan komma att användas i processen. Om detta sedan sker genom att uppdragsgivarens motpart vill åberopa utlåtandet istället bör inte det, ur integritetshänsyn, ha någon betydelse. Den sakkunniges ”intressen av att inte mot sin vilja bli indragen i en *annan tvist*”¹⁴⁷ kränks inte eftersom utlåtandet åberopas i samma tvist för vilken denne utfört uppdraget och erhållit ersättning. Någon möjlighet för uppdragsgivarens motpart att börja fråga ut den sakkunnige genom förhör enligt reglerna i 40 kap. RB lär inte aktualiseras eftersom utlåtandet rubriceras som ett skriftligt bevis. Den sakkunnige blir helt enkelt ”mindre indragen” än om uppdragsgivaren själv hade åberopat utlåtandet varpå reglerna i 40 kap. RB

¹⁴⁵ NJA 2011 s. 241 p. 9.

¹⁴⁶ Är den andra tvisten avslutad blir sakkunnigutlåtandet en allmän, offentlig handling. Se avsnitt 5.4.

¹⁴⁷ NJA 2011 s. 241 p.8 (min kursivering).

hade aktualiserats. Ett argument mot en sådan ordning som den nu redovisade är givetvis att den sakkunnige skulle tvingas hjälpa sin uppdragsgivares motpart utan att själv få tycka till om saken, vilket kanske inte ligger i linje med vad denne rent moraliskt är villig att göra.

4.3.5 Sammanfattande kommentar

Som föregående framställning visar har Högsta domstolen inte haft några problem med att självmant utveckla och anpassa editionsreglerna så att de passar en modernare tvistemålsprocess. I takt med att samhället har förändrats har också behovet av ett mer flexibelt och anpassningsbart editionsverktyg vuxit fram, vilket domstolarna uppmärksammat genom praxis. Trots att ordalydelsen i 38 kap. 2 § RB varken öppnar upp för editionsyrkanden som omfattar kategorier av handlingar eller handlingar som inte är skriftliga, har rättsutvecklingen i praxis möjliggjort sådana förelägganden.

Ovanstående framställning visar på en trend där HD inte drar sig för att tolka lagregler extensivt för att på så sätt anpassa dem efter samhällsutvecklingen. Detta förefaller märkligt eftersom reglerna om edition utgör tvångsregler. För sakkunnigreglernas del kan någon sådan trend emellertid inte utrönas. Trots det faktum att partssakkunniga används i betydligt större omfattning idag än domstolssakkunniga, är reglerna som tillämpas nästan enbart utformade efter devisen om att det är lämpligare att en sakkunnig utses av rätten än av part.¹⁴⁸ Ekelöf menar att det faktum att rättegångsbalkens upphovsmän funnit det lämpligare att domstolarna utser sakkunnige kan förklara varför det för sakkunnigbevisets del inte finns någon motsvarighet till parts editionsplikt.¹⁴⁹ Tanken att det skulle finnas ett behov hos parterna att få del av varandras sakkunnigutlåtanden var helt enkelt främmande för lagstiftaren, eftersom tvistemålsprocesserna förväntades präglas nästan enbart av domstolssakkunniga.

¹⁴⁸ Ekelöf (1986) s. 190.

¹⁴⁹ Ibid. s. 190.

Även om utfallet i NJA 2011 s. 241 i mångt och mycket återspeglar de ståndpunkter som gjordes i NJA 1963 s. 72, går det att hitta vissa skillnader som eventuellt kan tolkas som ett sätt för domstolen att lätta lite på det hårt hållna regelverk som gällt för sakkunniga under de senaste decennierna. En sådan del är den där HD diskuterar distinktionen mellan vittnen och sakkunniga men sedan väljer att reservera detta resonemang genom att konstatera att det som sagts ”inte alltid ger någon klar ledning” och att det givetvis kan förekomma blandfall som föranleder vissa bedömningssvårigheter. Härtill fastslår domstolen att det måste vara syftet med den aktuella regleringen och tillämpningssituationen som avgör huruvida någon utgör ett vittne eller en sakkunnig och således också huruvida något utgör ett skriftligt bevis eller ett sakkunnigutlåtande.¹⁵⁰

Syftet med en viss reglering och någon slags ”från fall till fall-värdering” kan alltså motivera en annan bedömning än den som HD gör i förevarande fall. Ett sådant uttalande kan inte förstås på annat sätt än att HD var rädd för att sätta ner foten i frågan och att den ansåg det viktigt att hålla en dörr öppen inför framtida situationer. Som Westberg uttrycker det finns det ingen statistik som redogör för huruvida de flesta sakkunnigutlåtanden tillhör sådana ”blandfall” som HD refererar till eller om de tillhör de mer ”renodlade” fallen. Bristen på kunskap kring detta gör att det inte är helt självklart om HD genom rättsfallet verkligen avsåg att, likt prejudikatet i NJA 1963 s. 72, statuera ett *undantag* från huvudregeln att sakkunnigutlåtanden ska vara fredade från edition.¹⁵¹ Om en övervägande del utgörs av blandfall måste rättsfallet tolkas omvänt; unikhetskravet gäller vid renodlade fall där en expert utgör en sakkunnig och inget annat, i andra fall, där distinktionen är mer oklar, måste en annan bedömning kunna göras.

Avslutningsvis måste frågan om den sakkunniges skyddsintresse belysas. Som nämnts i inledningen av detta avsnitt har HD, i andra avseenden, helt frånträtt editionsregeln och utvidgat regelns tillämpningsområde, men inte här. Det går inte att bortse från att det till viss del måste handla om behovet att ”skydda” sakkunniga och deras arbete. Frågan är om inte detta är en

¹⁵⁰ NJA 2011 s. 241 p. 5.

¹⁵¹ Westberg, JT 2011/12, s. 360.

förlegad syn, som hängt kvar allt för länge, på högavlönade arbeten och akademiskt utbildade personer. En person som bistår med sin expertkunskap vid en rättegång ska skyddas och fredas från intrång eftersom det arbete denne utför är så högt ansett, kan det vara så? Vad är det exempelvis som gör att den sakkunnige är berättigad ett större skyddsintresse än ett vittne? Vittnet tar ju i många fall större risker än den sakkunnige och utgör inte sällan bättre bevisning än den sakkunnige. Om utgångspunkten är att målet ska bli så utrett som det behöver, där en fri bevisföring tillämpas och all bevisning av relevans ska läggas fram, bör man väl kunna argumentera för att den sakkunniges egenintresse och skyddsomsorg måste stå tillbaka till förmån för rättssäkerheten? Så torde åtminstone vara fallet när editionsfrågan riktas mot motparten och den sakkunnige alltså inte ens berörs av editionsyrkandet. Här är den sakkunnige redan indragen i processen. Måste det arbete denne utfört dessutom vara ”unik” för att alla parter ska få ta del av det? Det vore långt mycket rimligare att argumentera för att det i förevarande fall räcker att utlåtandet kan antas äga betydelse som bevis eftersom scenariot inte fordrar något större skyddsbehov för den sakkunnige som redan accepterat uppdraget.

4.4 Utlåtande som endast givits muntligen

Det kan tänkas uppstå en situation där en partssakkunnig endast avger sitt utlåtande muntligen till uppdragsgivaren och att denne därefter avstår från att gå vidare med sakkunnigbeviset och därför aldrig erhåller något skriftligt utlåtande. Här sitter ju ena parten inne på information som kan gynna denne i rättegången i form av de bedömningar som den sakkunnige gjort och de råd som denne givit.

I en sådan situation kan motparten givetvis överväga att anlita samma sakkunnig och begära ett utlåtande rörande samma fråga. Som tidigare redovisats förefaller det föga sannolikhets att en sakkunnig skulle acceptera ett sådant uppdrag. Frågan är således om det finns någon som helst möjlighet att kräva att den andra parten talar om vad denne fått höra eller skriver ned det som den sakkunnige berättat. Går det exempelvis att hävda

att den information som motparten besitter utgör en ”ännu inte existerande framställningsform av ett existerande bevis” och på så sätt kräva ut informationen i skrift genom edition förutsatt att informationen är unik?¹⁵²

4.4.1 En ännu inte existerande framställningsform

Den grundläggande tanken i svensk rätt är att den informationssökande parten ”bara kan få hjälp med att anskaffa något som redan är identifierat”.¹⁵³ Westberg påpekar dock att det faktum att svaranden måste samla in och skriva ned viss information inte ensamt ger anledning att avslå ett editionsyrkande. Det kan röra sig om en ännu inte existerande framställningsform av ett redan existerande bevis. Sagda gäller förmodligen endast i de fall uppgifterna finns i existerande skriftliga handlingar eller i någon slags digital information som lagras med elektroniska redovisningssystem.¹⁵⁴ Någon möjlighet att kräva att en person skriver ned kunskap och information som denne själv besitter och därmed producera ett skriftligt bevis kan inte anses ligga i linje med principen att ett bevismedel måste vara en redan existerande informationskälla eller den praxis som finns på området. Westberg hänvisar bland annat till utfallet i NJA 1963 s. 72 och skriver att det förefaller ”i princip uteslutet för en part i svensk rätt att anlita domstolen för att avtvinga motparten eller dennes expert en redovisning av bedömningen, vare sig redovisningen skulle vara muntlig eller skriftlig”.¹⁵⁵ En sådan ordning ligger dessutom i linje med det rådgivningsresonemang¹⁵⁶ som HD ger i NJA 1963 s. 72. Såsom Heuman har betonat det ska editionsökanden inte kunna komma åt information som har karaktären av råd som en sakkunnig lämnat till en part i en förestående rättegång. Det

¹⁵² Se Westberg (2010) s. 432; prop. 2008/09:67 s. 102.

¹⁵³ Dvs. ett konkretiserat bevismedel som finns hos en viss person; Se Westberg (2010) s. 488.

¹⁵⁴ Westberg (2010) s. 433; NJA 1998 s. 829 (s. 833).

¹⁵⁵ Westberg (2010) s. 530.

¹⁵⁶ Se avsnitt 4.3.2.2; samt NJA 1963 s. 72: ”För avgörandet är även av betydelse, att enligt sakens natur en part, som tagit råd av annan, icke enbart på grund härav kan vara skyldig att i rättegång yppa vad rådet innehöll, ett förhållande som rimligen icke kan påverkas av om rådet givits muntligen eller i skrift”.

torde inte spela någon roll om rådet givits muntligen eller skriftligen.¹⁵⁷ Om prejudikatet fortfarande gäller, det vill säga om HD i NJA 2011 s. 241 inte frångått detta tankesätt, bör en part vara fredad från att behöva berätta, eller skriva ned, för en frågande motpart vad denne fått veta muntligen av en anlita sakkunnig.

4.4.2 Sammanfattande kommentar

Skulle motparten mot förmodan skriva ned vad denne fick höra från experten, bör den skriftliga nedteckningen utgöra sakkunnigbevisning varför någon edition likväl inte är möjlig om inte utlåtandet uppfyller unikhetskravet i NJA 2011 s. 241. I en situation där kravet på unikheter är uppfyllt blir ju den sakkunnige med avseende på vad han vet vittnespliktig. Det kan emellertid tänkas att en part vill få del av informationen innan huvudförhandlingen, varför möjligheten att kalla den sakkunnige eller motparten att vittna inte är helt optimalt.¹⁵⁸ Kallas motparten eller den sakkunnige att vittna måste part dessutom ställa ”rätt” frågor för att få ta del av det viktiga i utlåtandet, vilket givetvis är svårare än att få hela utlåtandet i handen. Detta medför att det kan finnas anledning att försöka förmå motparten att skriva ned vad denne hört för att sedan begära ut det genom edition redan under förberedelsefasen. Möjligheten att få till stånd en sådan skriftlig redovisning vilar återigen på bedömningen av huruvida detta är ett nytt producerat bevismedel eller ett redan existerande bevismedel framställt i en annan form, vilket redogjorts för ovan.

Oavsett om editionsfrågan, och däri nedskriftskravet, riktar sig mot motparten eller den sakkunnige skulle man eventuellt kunna hävda att det allmänna förbudet mot vittnesattester i allt väsentligt sätter stopp för ett sådant yrkande. Föreligger det vittnesplikt avseende utlåtandets innehåll skulle man kunna hävda att en nedskrift av informationen utgör en skriftlig vittnesattest som alltså ska förbjudas.¹⁵⁹ Sagda leder till slutsatsen att part i förevarande situation får förlita sig på den allmänna vittnesplikten och helt

¹⁵⁷ Heuman (1987) s. 33; Heuman, SvJT 1989/90, del II s. 250.

¹⁵⁸ Se NJA 2011 s. 241 p. 7.

¹⁵⁹ Se 35 kap. 14 § RB; se även avsnitt 5.4.3.

enkelt ta del av utlåtandet först vid huvudförhandlingen. Här ska tilläggas att principen om det bästa bevismedlet givetvis föreskriver att det är den sakkunnige som ska kallas att vittna i förevarande fall, inte motparten som här iklär sig rollen som något slags hörsägenvittne.

5 När utlåtandet åberopas

5.1 Inledning

I motsats till vad som redogjorts för i tidigare avsnitt finns det givetvis situationer där den part som anlitat en sakkunnig faktiskt väljer att åberopa det utlåtande som denne erhållit. Även dessa situationer kan föranleda en del problem för motparten. Situationen att part först vid huvudförhandlingen får kännedom om de observationer och bedömningar som motpartens sakkunnig har gjort spelar en lika viktig roll här eftersom samma obalans i informationstillgångar kan förekomma när ett skriftligt sakkunnigutlåtande är undermåligt eller rakt av obegripligt. Det finns således anledning att undersöka hur sakkunnigreglerna förhåller sig till principen om lika tillgång till information och parternas jämbördiga ställning i rättegången även i de fall där utlåtandet åberopas och förs in i processen.

Under detta avsnitt kommer dessutom de situationer som rör motpartens tillskansande av sakkunnigutlåtanden och domstolens rätt att avvisa dem i vissa fall att beröras. Ett utlåtande som en part har anskaffat på ett otillbörligt sätt eller som har inhämtats från en annan process åberopas ju i rättegången, varför möjligheten att få tillgång till informationen inte utgör något problem. I dessa fall ska istället frågan huruvida den information som parten har kommit åt överhuvudtaget får åberopas som bevis att undersökas.

5.2 Kan en part begära att ett ofullständigt eller knapphändigt skriftligt sakkunnigutlåtande ska kompletteras?

A och B är parter i en pågående tvistemålsprocess. A har anlitat en partssakkunnig som avgett såväl ett skriftligt utlåtande som en muntlig redogörelse av utlåtandet till A. Eftersom A väljer att åberopa den

sakkunnige, får även B ta del av det skriftliga utlåtandet.¹⁶⁰ B blir emellertid fundersam när hen läser igenom vad den sakkunnige har skrivit. Utlåtandet är dåligt formulerat, slutsatsen är oklar och otydlig och den sakkunnige använder sig av begrepp och formuleringar som B inte förstår. För att inte bli helt tagen på sängen under huvudförhandlingen önskar B att antingen få höra den sakkunnige innan huvudförhandlingen och ställa några frågor till hen gällande utlåtandet, eller åtminstone få en skriftlig komplettering på detsamma. Finns det någon möjlighet för B att få till stånd en sådan utfrågning eller komplettering?

5.2.1 Möjligheten att begära utfrågning innan huvudförhandling

Reglerna i 40 kap. RB är, som tidigare nämnts, främst tillämpbara på domstolssakkunniga. En partssakkunnig ska avge ett skriftligt utlåtande och höras muntligen på parts begäran.¹⁶¹ Den sakkunnige måste ha avgett ett skriftligt utlåtande för att en part ska kunna begära muntligt förhör enligt 40 kap. 8 § RB. Domstolen har däremot inga möjligheter att framtvinga ett sådant skriftligt utlåtande från en partssakkunnig, eftersom sanktionsregeln i 40 kap. 12 § RB endast gäller för domstolssakkunniga.¹⁶²

Det är domstolens uppgift att förelägga den partssakkunnige inom vilken tid hen ska inkomma med ett skriftligt utlåtande.¹⁶³ En sådan ordning medför att såväl motparten som domare bereds en möjlighet att förbereda sig inför huvudförhandlingen genom att på förhand begrunda resultatet av den sakkunniges bedömning.¹⁶⁴ Någon skyldighet för den sakkunnige att till det skriftliga utlåtandet bifoga det underlag på vilket bedömningen är gjord föreligger emellertid inte. Westberg menar dock att det inte torde finnas något hinder att sådant underlag inhämtas genom edition eller exhibition.

¹⁶⁰ Se Edelstam (1991) s. 315; 40 kap. 7 § 4st. RB.

¹⁶¹ Se 40 kap. 7 och 8 §§ RB.

¹⁶² Ekelöf (2009) s. 295.

¹⁶³ Se 40 kap. 7 § 2st. RB.

¹⁶⁴ Edelstam (1991) s. 314.

Detsamma bör också gälla för de instruktioner på vilka uppdraget har utförts.¹⁶⁵

Har den sakkunnige avgett ett skriftligt utlåtande ska hen kunna höras muntligen. Den sakkunniges plikt att förhöras enligt 40 kap. 8 § RB är emellertid begränsad till huvudförhandlingen. Svensk rätt innehåller alltså inte någon allmän plikt för en partssakkunnig att före rättegången eller före huvudförhandlingen bli intervjuad av motparten rörande uppdraget och det utlåtande som den sakkunnige avgivit därtill. Förutsatt att motparten vet vem den sakkunnige som avgivit utlåtandet är, finns det ingenting som hindrar denne från att själv kontakta den sakkunnige och be denne medverka i en utfrågning. Motpartens rätt att ställa frågor till den sakkunnige före huvudförhandlingen är därmed helt begränsad till dennes frivilliga medverkan. I de flesta fall torde den sakkunnige vara förhindrad att ställa upp på en sådan utfrågning på grund av ett sekretessavtal mellan denne och dess uppdragsgivare. Det är inte heller orimligt att anta att experten, av lojalitetsskäl, vägrar ställa upp på en sådan utfrågning utan uppdragsgivarens samtycke.¹⁶⁶

Rättegångsbalken tillhandahåller alltså inte några regler som hjälper en part att bringa klarhet i innehållet i motpartens sakkunnigutlåtande. Varken motparten eller den sakkunnige själv kan tvingas att muntligen, eller skriftligt, delta i en utfrågning. Frågor som inte har kommenterats i utlåtandet, men som eventuellt borde ha gjort det, får klargöras först vid huvudförhandlingen.¹⁶⁷

5.2.2 Skriftlig komplettering

Enligt 40 kap. 7 § 3st. RB ska utlåtandet ”angiva de skäl och omständigheter, på vilka det däri givna omdömet är grundat”. Lagtexten utgör ett slags minimikrav där såväl ”skäl” som ”omständigheter” bör förtydligas för att bringa klarhet i vad ett sakkunnigutlåtande de facto måste

¹⁶⁵ Westberg (2010) s. 531.

¹⁶⁶ Ibid. s. 529 f.

¹⁶⁷ Ibid. s. 531.

innehålla för att regeln ska vara uppfylld. Natanael Gärde förklarar att med ”omständigheter” avses de iakttagelser som den sakkunnige har gjort, medan begreppet ”skäl” syftar till att den sakkunnige ska ange vilka särskilda erfarenhetssatser som denne har tillämpat på dessa iakttagelser. Gärde understryker vidare att utlåtandet bör framläggas på ett sådant sätt att innehållet och den sakkunniges argumentation kan förstås även av personer som inte är fackmän.¹⁶⁸

Innebär ovangivna resonemang att ett undermåligt utlåtande bör kompletteras på parts begäran? Det finns ingen regel i 40 kap. RB som möjliggör för en part att tvinga en av motparten anlita sakkunnig att komplettera det utlåtande som denne avgivit. I ett JO-fall som rörde grovt sexuellt utnyttjande av barn riktades stark kritik mot det utlåtande som den av tingsrätten anlitate psykologen hade avgett. Socialstyrelsen som yttrade sig i frågan menade att psykologens utlåtande borde varit utförligare. Även JO ansåg att utlåtandet var ”alltför knapphändigt i fråga om vilka överväganden som legat till grund för hennes bedömning i trovärdighetsfrågan”.¹⁶⁹ Såväl JO som Socialstyrelsen verkar alltså vara eniga om att knapphändiga, bristfälliga eller undermåliga utlåtanden bör korrigeras av den sakkunnige.

Trots att det är av yttersta vikt att argumenten och skälen för slutsatsen redovisas utförligt i utlåtandet, finns det ingen konkret möjlighet att begära att ett bristfälligt sådant kompletteras. Det finns givetvis ingenting som hindrar en partssakkunnig från att själv begära att få komplettera ett redan inlämnat utlåtande. Har den sakkunnige, efter det att utlåtandet ingivits, delgetts nya uppgifter som påverkar tidigare redovisade slutsatser bör utlåtandet kompletteras med dessa så att det tydligt framgår att den sakkunnige haft kännedom om existensen av de nya uppgifterna.¹⁷⁰ I det ovan omnämnda JO-fallet konstaterades att en sakkunnig alltid bör komplettera sitt utlåtande med nya uppgifter, oaktat om dessa påverkar

¹⁶⁸ Gärde (1949) s. 551.

¹⁶⁹ JO 1988/89 s. 154 (s. 160).

¹⁷⁰ Edelstam (1991) s. 313.

slutsatsen eller inte.¹⁷¹ JO:s ställningstagande handlar förmodligen mer om att bevara den sakkunniges anseende och välrenommerade rykte, än att garantera att parterna tillgodoses samma information. Även om uttalandet uppmanar den sakkunnige att på egen hand komplettera sitt utlåtande, säger det ingenting om hur en part ensamt kan kräva att så sker eller att den sakkunnige, på någon sanktionsrättslig grund, är tvungen att göra det. Inte heller Gärdes yttrande om att det finns vissa ramar och riktlinjer för den sakkunnige som denna bör följa vid formuleringen av utlåtandet har något stöd i lag.

5.2.3 Bristen på kompletteringsmöjligheter i förhållande till principen om parternas likställdhet

Sammanfattningsvis kan alltså konstateras att någon utfrågning, muntlig eller skriftlig, inte kan aktualiseras annat än om den sakkunnige frivilligt går med på det. Någon rätt för en part att kräva komplettering finns inte heller, även om det finns tydliga minimikrav i såväl doktrin som JO-utlåtanden på hur utlåtandena bör vara utformade för att 40 kap. 7 § 3st. RB ska vara uppfylld.

Avviker den skriftliga versionen som ingivits enligt 40 kap. 7 § 2st. RB från den muntliga versionen av utlåtandet som den sakkunnige återgivit till uppdragsgivaren, innebär det att parterna inte fått tillgång till samma information. Syftet med regeln att en sakkunnig som åberopats som bevisning av en part ska inkomma med ett skriftligt utlåtande måste anses vara att båda parterna ska garanteras samma processuella ställning och att ingen part ska behöva bli överrumplad eller överraskad under huvudförhandlingen. Principen om att parterna ska vara likställda i processen bör kunna motivera rätten till komplettering, eftersom en annan ordning skulle innebära att den part som har anlitat den sakkunnige gynnas

¹⁷¹ Se JO 1988/89 s. 154 (s. 161) där JO skriver följande: "För egen del anser jag att Margareta Norelius borde ha kompletterat sitt utlåtande med dessa uppgifter även om de inte föranledde henne att ändra sin slutsats".

på ett otillbörligt sätt.¹⁷² Skulle den anlitande parten få del av ett muntligt utlåtande innan det skriftliga ges in, vilket dessutom är betydligt mer utförligt och informativt, har denne fått tillgång till annan, mer fördelaktig information än motparten. Här kan man göra en analogi till den informationssökande partens rätt att välja framställningsform vid bevisanskaffning. När kravet på lika tillgång till information sätts i centrum medför det att den informationsbehövande parten ska få del av informationen på samma villkor som den informationsinnehavande.¹⁷³ Det sagda skulle kunna motivera att motparten som får del av utlåtandet skriftligen enligt 40 kap. 7 § 2st. RB också ska ha en ovillkorlig rätt att därefter begära muntlig komplettering av utlåtandet eftersom den part som anlitate den sakkunnige haft den möjligheten.

När motparten, den part som inte har anlitat den sakkunnige, inte förstår utlåtandet får denne ingen chans att förbereda sig med frågor som kan sätta bevisvärdet i sakkunnigutlåtandet på spel. För att kontradiktionsprincipen ska tillgodoses fullt ut krävs emellertid att parterna får tillräcklig tid på sig för att kunna bemöta varandras bevisning och argumentation.¹⁷⁴

Kontradiktionsprincipen anses, som tidigare nämnts, vara en del av rätten till rättvis rättegång i artikel 6 i Europakonventionen. En rättegång som utspelar sig på det sätt som målats upp nu, kan emellertid inte anses vara rättvis. Det vore därför rimligt att påstå att rätten till rättvis rättegång innefattar en rätt för parterna i tvistemål att begära komplettering av eller åtminstone utfrågning rörande varandras partssakkunnigutlåtanden.

¹⁷² Ekelöf (2009) s. 33; art. 6 EKMR.

¹⁷³ Westberg (2010) s. 451.

¹⁷⁴ Ekelöf (2009) s. 30.

5.3 Får rätten avvisa ett åberopat sakkunnigutlåtande som tillskansats på ett otillbörligt sätt?

A och B är parter i en pågående tvistemålsprocess. A har anlitat en sakkunnig som ska ge ett utlåtande i en specifik fråga som rör tvisten. När den sakkunnige först delger sitt utlåtande till A och förklarar vad denne kommit fram till, inser A snabbt att det inte är till dennes fördel att åberopa utlåtandet eller den sakkunnige i processen eftersom slutsatsen var till A:s nackdel. B, som vet om att A har anlitat en sakkunnig, väntar ivrigt på att A ska åberopa den sakkunnige som bevisning och därmed också få ta del av det skriftliga utlåtandet. När detta emellertid aldrig sker och A dessutom vägrar dela med sig av utlåtandet, börjar B ana att utlåtandet kan ha innehållit information som är till dennes fördel. Den sakkunnige som A anlitat vill inte hjälpa B, som därför bestämmer sig för att stjäla det skriftliga utlåtandet från A för att sedan åberopa detta i processen.

5.3.1 Bevisvärderingens betydelse

Frågan hur ovanstående situation ska hanteras grundar sig i dels den fria bevisföringens räckvidd,¹⁷⁵ dels domstolens rätt att avvisa bevisning enligt 35 kap. 7 § RB. Ingen av punkterna i paragrafen ger domstolen en uttrycklig rätt att avvisa bevisning som kommits åt på ett olovligt eller otillbörligt sätt. Ekelöf menar att även olagligt åtkommen information, som en följd av principen om fri bevisföring, får åberopas som bevisning.¹⁷⁶ Westberg understryker att det inte är kriminaliserat att en part som olovligen kommit åt information hos motparten, exempelvis genom stöld, åberopar denna i rättegången.¹⁷⁷ En olaglig bevisanskaffning kan således inte motverkas

¹⁷⁵ Se 35 kap. 1 § RB.

¹⁷⁶ Ekelöf (2009) s. 37.

¹⁷⁷ Westberg (2010) s. 483 not 40.

genom processuella sanktioner såsom avvisning av bevisning.¹⁷⁸ Denna ståndpunkt har dessutom bekräftats av HD i ett rättsfall från 2003. HD menade att det mot bakgrund av principen om fri bevisprövning, saknas anledning att avvisa olagligt åtkommen bevisning.¹⁷⁹ Att ett bevismedel anskaffats i strid mot en viss rättsregel eller rättsgrundsats utesluter alltså inte att det får läggas fram i rättegången.¹⁸⁰ Den olovliga tillskansningen, i förevarande fall stölden, ska istället beaktas av domstolarna vid bevisvärderingen.¹⁸¹ Genom bevisvärderingen har domstolarna i uppgift att klarlägga huruvida det olagliga momentet i bevisanskaffningen ger beviset ett högre eller lägre värde än vad det ursprungligen har.¹⁸² Märk väl att den olovliga anskaffningen inte per se utesluter att beviset tillerkänns ett bevisvärde.¹⁸³

5.3.2 Olovlig anskaffning och artikel 6 Europakonventionen

Det följer av artikel 6 i Europakonventionen att alla enskilda parter har en rätt att åberopa bevisning som åtkommit olagligt eller anskaffats under oklara förhållanden. Den fundamentala idén om en ”fair trial” innebär att alla parter ska ha den grundläggande rätten att uttömmande argumentera för och därmed också bevisa sin sak.¹⁸⁴ Några hinder att, inom ramen för rättegången, skaffa, införa eller presentera det material som kan vara av relevans för målets avgörande får således inte ställas.¹⁸⁵

Vid mer flagranta överträdelser av Europakonventionen kan frågan om beviset ska avvisas eventuellt få ett annat svar. Roberth Nordh, svensk

¹⁷⁸ Ekelöf (2009) s. 37; jmf. Westberg (2010) s. 482 där författaren understryker att parten givetvis kan åläggas straffrättsliga sanktioner för de brott som denne begått vid bevisanskaffningen.

¹⁷⁹ NJA 2003 s. 323 (s. 335).

¹⁸⁰ Fitger (2021) kommentar till 35 kap. 1 § RB under rubriken ”bevisföring”.

¹⁸¹ Se NJA 1986 s. 489 där HD lät bevisanskaffningsmetoden, ett blodprov som tagits i strid mot bestämmelsen i 28 kap. 13 § RB, påverka bevisets värde vid bevisvärderingen.

¹⁸² Westberg, JT 2003/04, s. 664.

¹⁸³ Fitger (2021) kommentar till 35 kap. 1 § RB under rubriken ”bevisföring”.

¹⁸⁴ Westberg, JT 2003/04, s. 664.

¹⁸⁵ Ibid. s. 661.

docent samt expert och rådgivare i processrätt, menar att det står i bäst överensstämmelse med Europakonventionen att inte alls tillåta sådan bevisning som en part kommit åt genom tortyr eller andra former av våldsanvändning. Som grund för detta förklarar han att bevisets värde måste anses vara så obefintligt i dessa situationer att avvisning skulle kunna ske direkt genom 35 kap. 7 § RB.¹⁸⁶ I NJA 2011 s. 638 underströk HD att det endast vid fall av kränkningar av artikel 3 i Europakonventionen, kan komma att strida mot konventionen att tillåta olagligt anskaffad bevisning.¹⁸⁷ Även om rättsfallet rörde ett brottmål torde det ligga i linje med det faktum att artikel 6 i Europakonventionen även är tillämplig på tvistemål, att bevisning som anskaffats på liknande sätt i en tvistemålsprocess inte heller ska tillåtas. Ett skriftligt sakkunnigutlåtande som part anskaffat genom att exempelvis tortera motparten, skulle, enligt nyss angivna resonemang, kunna avvisas direkt av domstolen.

En annan fråga är hur det skriftliga sakkunnigutlåtandet, om domstolen godkänner att det tas upp som bevisning i målet, ska uppfattas? Ska det ses som ett skriftligt bevis eller som ett sakkunnigbevis? Huvudregeln är som tidigare nämnts att ett skriftligt sakkunnigutlåtande inte ska ses som ett skriftligt bevis.¹⁸⁸ Mot bakgrund av att den sakkunnige som skrivit utlåtandet faktiskt har accepterat att utföra ett uppdrag som rör den aktuella processen vore det inte orimligt att fortsatt se utlåtandet som ett sakkunnigbevis.¹⁸⁹ En sådan ordning medför att reglerna i 40 kap. RB ska tillämpas och att den sakkunnige exempelvis ska höras muntligen om parterna begär detta.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Nordh (2019) s. 37; jmf. Europadomstolens dom i *"Jalloh mot Tyskland"* där domstolen konstaterade att bevisningen mot den tilltalade hade framskaffats genom brott mot artikel 3, som skyddar en av de fundamentala rättigheterna i konventionen och att detta fick anses ha medfört att han inte haft en rättvis rättegång enligt artikel 6; samt Europadomstolens dom i *"Harutyunyan mot Armenien"* där domstolen konstaterade att bevis som framtvings genom misshandel inte skulle användas eftersom den tilltalades rätt enligt artikel 6 ansågs ha kränkts.

¹⁸⁷ Se NJA 2011 s. 638 (s. 660) där HD skriver att användning av sådana bevis som anskaffats i strid mot artikel 3 EKMR kan leda till att hela rättegången anses vara orättvis.

¹⁸⁸ NJA 2011 s. 241 p. 4.

¹⁸⁹ Jmf. med situationen att den sakkunnige aldrig varit delaktig i processen, se avsnitt 5.4.

¹⁹⁰ 40 kap. 8 § RB.

5.4 Sakkunnigutlåtanden från en annan process

A och B är parter i en pågående tvistemålsprocess. Tvisten rör frågan huruvida ett specifikt ämne i en medicin, som A har brukat och som B tillverkar, kan ha orsakat vissa symptom. A har fått upplysningar om att det, i en tidigare avslutad process, förekommit ett sakkunnigutlåtande där experten uttalade sig om just det specifika ämne som A och B tvistar om. A, som vill dra ner på sina rättegångskostnader, bestämmer sig därför för att begära ut processhandlingarna och det skriftliga utlåtandet och åberopar detta som bevisning i målet, istället för att själv anlita en partssakkunnig. Får A göra så utan att kontakta den sakkunnige som skrivit utlåtandet? Och ska domstolen godta det skriftliga sakkunnigutlåtandet?

5.4.1 Utgör utlåtandet en allmän handling?

Av 2 kap. 3 § Tryckfrihetsförordningen (1949:105) följer att med handling avses framställning i skrift eller bild samt en upptagning som endast med tekniska hjälpmedel kan läsas eller avlyssnas eller uppfattas på annat sätt. Handlingen är allmän om den förvaras hos en myndighet och om den är upprättad hos eller inkommen till myndigheten.¹⁹¹ Huruvida en handling är inkommen, upprättad eller förvarad hos en myndighet bestäms av särskilda regler i Tryckfrihetsförordningen.¹⁹² Så länge handlingen är offentlig¹⁹³, har part rätt att kräva ut denna av den tillhandahållande myndigheten. Ett sakkunnigutlåtande som inte är förelagt med sekretess och som ingår såsom processmaterial i ett redan avslutat mål kan begäras ut av vem som helst.¹⁹⁴ Skulle part anse sig ha nytta av ett sådant, redan avgivet sakkunnigutlåtande,

¹⁹¹ 2 kap. 4 § TF.

¹⁹² 2 kap. 6, 7, 9 och 10 §§ TF.

¹⁹³ M.a.o. inte förelagd med sekretess enligt någon bestämmelse i Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

¹⁹⁴ Se Örnulf, SvJT 2020 s. 803: "Även allmänna handlingar kan utgöras av sakkunnigutlåtanden".

kan denne således på egen hand inhämta utlåtandet från den tillhandahållande myndigheten.

Frågan om part med domstolens försorg kan begära ut sådana sakkunnigutlåtanden som utgör allmänna handlingar och som kan antas ha betydelse som bevis i målet är inte helt självklar.¹⁹⁵ Sakkunnigutlåtanden utgör som bekant inte något skriftligt bevis. Den skriftliga formen av ett sakkunnigutlåtande utgör endast ett medium för de upplysningar som den sakkunnige kan ge. Det är den sakkunnige som är det egentliga bevismedlet.¹⁹⁶ Huruvida sakkunnigutlåtanden som utgör allmänna handlingar kan tillhandahållas av domstolen genom 38 kap. 8 § RB har inte klargjorts närmare i förarbeten, praxis eller doktrin varför rättsläget måste förstås som oklart.¹⁹⁷

5.4.2 Får utlåtandet åberopas?

Så vad gäller i de lägen en av parterna har inhämtat ett sakkunnigutlåtande som utgör en allmän, offentlig handling och åberopar detta i den aktuella processen? Heuman menar att det följer av offentlighetsprincipen att parter fritt får åberopa sådana expertutlåtanden som förekommit i ett annat mål som bevis i den egna processen.¹⁹⁸ Skulle ett sådant utlåtande tillföras processen får det till följd att den sakkunnige som skrivit utlåtandet ofrivilligt dras in i en tvist som denne inte godkänt att medverka i. En sådan konsekvens strider mot principen om den sakkunniges frivilliga deltagande.¹⁹⁹ Om åberopandet av utlåtandet medför att den sakkunnige automatiskt blir partssakkunnig innebär det att reglerna i 40 kap. RB kan

¹⁹⁵ Se 38 kap. 8 § RB, bestämmelsen ger rätten möjlighet att besluta att en handling ska tillhandahållas om den kan antas ha betydelse som bevis, oberoende av om handlingen är offentlig eller underkastad sekretess. Obs. att särskilda begränsningar gäller för vissa slag av sekretessbelagda handlingar, se 38 kap. 8 § 2st. 1-3p. RB.

¹⁹⁶ NJA 2011 s. 241 p. 3 och p. 4.

¹⁹⁷ Se NJA 2005 s. 76 som rörde tillhandahållande av läkarutlåtande och NJA 1996 s. 439 om tillhandahållande av journalanteckningar från en psykiatrisk klinik, där HD i båda fallen kom fram till att handlingarna skulle lämnas ut genom 38 kap. 8 § RB. I inget av fallen nämns dock huruvida handlingarna var att anse som sakkunnigutlåtanden eller skriftliga bevis.

¹⁹⁸ Heuman, JT 1989/90, del II s. 265.

¹⁹⁹ Se avsnitt 2.3.

tillämpas.²⁰⁰ Det förefaller emellertid orimligt att en sakkunnig, som inte accepterat något uppdrag, exempelvis ska behöva inställa sig för ett muntligt förhör på någon av parternas begäran.²⁰¹ För att råda bot på denna problematik menar Ekelöf att ett skriftligt sakkunnigutlåtande som avgivits rörande en likartad fråga i ett annat mål, troligen bör betraktas som ett *skriftligt bevis*.²⁰² Även Edelstam verkar komma till slutsatsen att det enda lämpliga regelkomplexet i förevarande fall torde vara det som gäller för skriftliga bevis.²⁰³ I en artikel som framförallt rörde en tolkning av HD:s dom i NJA 1963 s. 72, menar Welamson att ”enär den handling som avses med överklagade beslutet innefattar yttrande av sakkunnig och yttrandet avgivits *i anledning av den tvist, varom är fråga i förevarande rättegång*, utgör handlingen icke skriftligt bevis i den mening som avses i 38 kap. RB”.²⁰⁴ Vid en motsatstolkning av uttalandet ligger det nära till hands att anta att Welamson menade att ett skriftligt sakkunnigutlåtande däremot kan utgöra ett skriftligt bevis om utlåtandet *inte* avgivits för den aktuella processen.

I en artikel som bland annat behandlar rättsfallet NJA 1963 s. 72 understryker Heuman att domstolen, genom rättsfallet, konstaterat vikten av att ta hänsyn till den sakkunniges intressen. Det kan handla om den sakkunniges behov av att få ersättning för det arbete som denne utför, men det behöver inte enbart röra sig om intressen av rent ekonomiska karaktär.²⁰⁵ Som nämnts i avsnitt 4.3.2.2, kan sådana icke-ekonomiska intressen vara att den sakkunniges rykte eller renommé inte ska nedsmutas genom att ett utlåtande denne skrivit misstolkas eller bara åberopas i vissa delar. Det går därför att argumentera för att det är av största vikt att den sakkunnige har rätt att uttala sig, om denne vill det, gällande utlåtandets innehåll och dess eventuella applicering på det aktuella fallet.

²⁰⁰ Edelstam (1991) s. 219.

²⁰¹ Se 40 kap. 8 § RB; samt även 40 kap. 16 § RB om experten klassificeras som domstolssakkunnig.

²⁰² Ekelöf (1986) s. 193.

²⁰³ Edelstam (1991) s. 219.

²⁰⁴ Welamson, SvJT 1969, s. 955 (min kursivering).

²⁰⁵ Heuman, JT 1989/90, del II s. 265.

5.4.2.1 Den sakkunniges intresse av att ”inte mot sin vilja bli indragen i en annan process”

I NJA 2011 s. 241 verkar HD sätta sig på tvären och gå emot det som tidigare framförts i doktrin angående rätten att åberopa ett skriftligt sakkunnigutlåtande som avgetts i en annan tvist. I rättsfallet förklarar domstolen att den däri fastslagna huvudregeln att edition på sakkunnigutlåtanden endast kan komma på fråga om ”den sakkunniges observation på grund av särskilda förhållanden är eller blir unik i mening av att observationens bevisbetydelse inte kan uppnås på något annat sätt”, även gäller för utlåtanden som utfärdats i en annan process.²⁰⁶ Editionsplikten gör sig gällande först när den gjorda observationen inte är reproducerbar. På så sätt beaktas den sakkunniges intresse av att inte mot sin vilja bli indragen i en annan tvist.²⁰⁷

Här kan man emellertid fråga sig om inte HD avsåg endast de situationer då den andra tvisten, där sakkunnigutlåtandet avgetts, ännu inte är avslutad. Men även i en situation där både tvist A och B pågår samtidigt, utgör processhandlingarna i vardera tvisten allmänna handlingar varför en part i tvist A har samma möjlighet att komma åt ett utlåtande som avgivits i tvist B, som när tvist B är avslutad. Parterna i tvist A kan dessutom begära ut utlåtandet i den pågående tvist B genom edition, förutsatt att utlåtandet uppfyller unikhetskravet. Det förefaller rimligt att ställa samma krav avseende möjligheten till edition på sakkunnigutlåtanden oavsett vem editionsfrågan riktas mot. HD:s lite olyckliga skrivning gör det svårt att förstå vad de egentligen menar, men en rimlig slutsats är att det bör tolkas som att prejudikatet i rättsfallet även gäller för editionsanspråk riktade mot sakkunnig i en annan *pågående* process.²⁰⁸ Även om argumentet om den sakkunniges rätt till frivilligt deltagande också kan appliceras på de fall då tvist B är avslutad och ett däri utfärdat sakkunnigutlåtande förs in i tvist A,

²⁰⁶ NJA 2011 s. 241 p. 7–8.

²⁰⁷ Ibid. p. 8.

²⁰⁸ Ibid. p. 8: ”Med sådana begränsningar beaktas vidare den sakkunniges intresse av att inte mot sin vilja bli indragen i en annan tvist – såsom vittne eller genom att hans utlåtande åberopas som skriftligt bevis – om han åtar sig ett sakkunniguppdrag”.

skulle en regel som säger att så endast får ske under speciella omständigheter strida mot offentlighetsprincipen. Är tvist B avgjord och avslutad har parterna i tvist A rätt att inhämta ett sakkunnigutlåtande från tvist B, oavsett om den sakkunnige vill det eller inte.

5.4.2.2 Domstolarnas terminologi i praktiken

För skriftliga bevis gäller som huvudregel att föremålet för rättens iakttagelse är textens innebörd. Det är således själva tankeinnehållet i texten som har bevisvärde. Vid sakkunnigbevisning kan emellertid föremålet för rättens iakttagelse vara såväl den sakkunniges muntliga utsaga, som dennes skriftliga utlåtande.²⁰⁹ Även om HD vid ett flertal tillfällen har konstaterat att reglerna i 38 kap. RB inte ska tillämpas på ett skriftligt sakkunnigutlåtande, framgår det av praxis att gränsdragningen mellan sakkunnigbevisning och skriftlig bevisning ändå vållar en hel del problem.

I ett rättsfall från 1989 rubricerade Skövde tingsrätt bland annat ett sakkunnigutlåtande från statens kriminaltekniska laboratorium som ett skriftligt bevis.²¹⁰ I ett annat rättsfall från samma år skriver Göteborgs tingsrätt att åklagaren, såsom skriftlig bevisning, har åberopat två sakkunnigutlåtanden.²¹¹ Ett tredje rättsfall som rörde olovlig framställning av exemplar av fotografier visar på samma problematik när Köpings tingsrätt rubricerar två sakkunnigutlåtanden utgivna av en konstnär samt en docent som skriftlig bevisning.²¹² Rättsfallen har visserligen några år på nacken, men även senare praxis visar att domstolarnas terminologi vad gäller skriftliga sakkunnigutlåtanden fortsatt är inkonsekvent. I ett mål från 2010 har Katrineholms tingsrätt beskrivit ett av åklagaren åberopat sakkunnigutlåtande som ett skriftligt bevis.²¹³ I en dom meddelad så sent som 2021 har även Östersunds tingsrätt benämnt två sakkunnigutlåtanden,

²⁰⁹ Edelstam (1991) s. 211.

²¹⁰ Se NJA 1989 s. 97 (s. 99) där TR skriver: *"I målet har såsom skriftlig bevisning åberopats [...] sakkunnigutlåtande från statens kriminaltekniska laboratorium [...]"*.

²¹¹ Se NJA 1989 s. 102 (s. 105).

²¹² Se NJA 1989 s. 315 (s. 318).

²¹³ Se Mål nr B 1429-08 där TR skriver att: *"Åklagaren har som skriftlig bevisning åberopat ett sakkunnigutlåtande av dokumenthandläggaren Darine Nehmé [...]"*.

vilka kändanden åberopat, som skriftlig bevisning.²¹⁴ Edelstam menar att inkonsekvensen i praxis troligtvis är en följd av att gränsdragningen inte är helt självklar.²¹⁵

En konsekvens av terminologiförvirringen är att diskussionen kring huruvida ett sakkunnigutlåtande inhämtat från en annan process utgör ett skriftligt bevis eller inte blir överflödigt. Om utlåtandet redan i den första processen rubricerats som ett skriftligt bevis bör det väl göra det i den senare processen också? Det vore orimligt att påstå att beviset skulle byta form på ett sätt som tvingar in den sakkunnige i en process som denne inte godkänt att medverka i. Om bland annat Ekelöf och Edelstam har rätt, och sakkunnigutlåtandet utgör ett skriftligt bevis i den senare processen, spelar rubriceringen av det i den första emellertid ingen större roll.

Motstridigheterna i praxis visar bara på hur svårt det är för domstolarna att skilja på de olika bevismedlen och förstå vad konsekvenserna och följderna blir om ett visst bevismedel rubriceras fel.

5.4.2.3 Ovilliga experter

Ett vanligt förekommande fenomen i Sverige är så kallade ”ovilliga experter”. En person kan vara ovillig att åta sig ett sakkunniguppdrag av olika anledningar, det kan exempelvis röra sig om situationer då en expert inte vill avge ett utlåtande som är till nackdel för en anmäld kollega. Ersättningsfrågan kan också vara en anledning till att en expert avböjer ett uppdrag. Är ersättningen för låg vill den sakkunnige helt enkelt inte utföra uppdraget.²¹⁶ Den sakkunniges ovillighet grundar sig i principen om dennes frivilliga deltagande och skulle kunna motivera ett förbud mot att dra in ett sakkunnigutlåtande från en avslutad process i den aktuella rättegången. Även om utlåtandet redan är avlagt har den sakkunnige varken fått ersättning från den aktuella processen eller fått ta del av grunden för uppdraget. Två omständigheter som hade kunnat medföra att den

²¹⁴ Se Mål nr T 1934-20 där TR skriver: ”Hedman har som skriftlig bevisning lagt fram [...] sakkunnigutlåtande från Lars-Göran Karlsson på Grön Form AB, sakkunnigutlåtande från Fredrik Olofsson på INAB [...]”.

²¹⁵ Edelstam (1991) s. 212.

²¹⁶ Ibid. s. 258 f.

sakkunnige avböjde uppdraget om denne hade fått frågan. Oavsett om sakkunnigutlåtandet, såsom Ekelöf och Edelstam föreslår, ses som ett skriftligt bevis i den senare processen, förändras inte det faktum att den sakkunnige inte fått betalt för den fråga som utlåtandet faktiskt behandlar. Att reglerna om skriftligt bevis tillämpas förändrar inte heller situationen att utlåtandet innehåller sådan information som skulle kunna vara till nackdel för en person eller kanske en myndighet som är part i den andra processen och som den sakkunnige inte vill stöta sig med.

5.4.3 En analogi till skriftliga vittnesattester

Som en avslutande del ligger det väl till pass att göra en analogi till det allmänna förbudet i svensk rätt mot skriftliga vittnesattester. Finns det eventuellt belägg för att applicera de argument som förts gällande behovet av ett sådant förbud även på sakkunnigbevisningen? Det faktum att sakkunnigbevisningen tillhör både de reella och personella bevismedlen gör att det finns många likheter med vittnesbeviset och således också anledning att åtminstone fundera över om även sakkunnigbevisning som huvudregel borde läggas fram muntligen inför domstolen.

Muntlighetsprincipen är en av huvudprinciperna inom svensk processrätt och innebär att all bevisning och allt annat material ska läggas fram muntligen vid huvudförhandlingen i domstol.²¹⁷ Principen medför bland annat att det i svensk rätt föreligger ett allmänt förbud mot skriftliga vittnesattester, vilket framgår motsatsvis av första stycket i 35 kap. 14 § RB. Förbudet ska ses mot bakgrund av principen om det bästa bevismedlet. Det är alltid bättre ur bevisvärderingshänseende att höra en utsaga muntligen, än att läsa upp en skriftligt nedtecknad version av densamma.²¹⁸

Paragrafen innehåller dock vissa lagstadgade undantag som anger när en skriftlig berättelse får åberopas. Av förarbetena till lagrummets nuvarande utformning framgår det att sakkunnigutlåtanden faller in under undantaget i

²¹⁷ Se bl.a. 43 kap. 5 § 1 st.; 50 kap. 17 §; 51 kap. 17; 55 kap. 15 § RB.

²¹⁸ Se bl.a. Westberg (2010) s. 434; Prop. 2004/05:131 s. 165; Prop. 2020/21:209 s. 35.

första punkten.²¹⁹ Med ”särskilt föreskrivet” som framgår av 35 kap. 14 § 1st. 1p. RB, har lagstiftaren alltså avsett 40 kap. 7 § RB som reglerar frågan om sakkunnigutlåtandets form.²²⁰ Även om regeln förvisso föreskriver att den sakkunnige ska avge ett skriftligt utlåtande, utgör inte detta någon definitiv huvudregel. Rätten har ingen möjlighet att självmant förordna om ett muntligt utlåtande, samtidigt som regeln inte heller hindrar att den sakkunnige dessutom hörs muntligen på parts begäran. Sakkunnigbeviset kan således härledas till både de reella bevismedlen och de personella.²²¹ Det står dessutom parterna fritt att själva godta att en skriftlig berättelse eller uppteckning läses upp inför rätten. Domstolen ska tillåta uppläsningen förutsatt att det inte är uppenbart olämpligt.²²²

5.4.3.1 Förbudet mot skriftliga vittnesattester kontra editionsplikten

Det föreligger som bekant inte någon editionsplikt avseende skriftliga sakkunnigutlåtanden om inte utlåtandet uppfyller unikhetskravet i NJA 2011 s. 241. Heuman menar att en sakkunnig som gjort iakttagelser av rent faktiska förhållanden som inte låter sig göras igen kan höras som vittne. Det är däremot, menar han, tveksamt om uppdragsgivaren kan åläggas att utge utlåtandet i denna del eftersom det skulle strida mot det principiella förbudet mot skriftliga vittnesattester.²²³ Om Heumans påstående stämmer innebär det att oavsett om ett skriftligt sakkunnigutlåtande är unikt i den mening som NJA 2011 s. 241 föreskriver, medför det principiella förbudet mot skriftliga vittnesattester att de delar av utlåtandet som den sakkunnige också är vittnespliktig för *inte* behöver företes genom edition. Att tolka förbudet mot skriftliga vittnesattester och Heumans uttalande på detta sätt vore förmodligen att dra det till sin spets. Om det skriftliga utlåtandet uppfyller det unikhetskrav som HD föreskriver i NJA 2011 s. 241 bör hela utlåtandet ges ut, oaktat vad förbudet mot skriftliga vittnesattester säger.

²¹⁹ Prop. 2004/05:131 s. 166; Prop. 2020/21:209 s. 35.

²²⁰ Edelstam (1991) s. 287.

²²¹ Ibid. s. 187.

²²² 35 kap. 14 § 4p. RB.

²²³ Heuman (1987) s. 33 f.

5.4.3.2 Principen om bästa bevismedlet – ett hinder mot det skriftliga utlåtandet?

Det kontradiktoriska förfarandet bygger på att parterna råder över såväl informationsanskaffningen som valet av framställningsform av det insamlade beviset.²²⁴ Vad gäller skriftliga vittnesattester har däremot principen om det bästa bevismedlet och bevisomedelbarhet helt och hållet fått genomslagskraft. Principen om det bästa bevismedlet innebär att om en och samma kunskapskälla utan svårighet kan utnyttjas på olika sätt så ska det bevismedel, eller den framställningsform, användas som medför den säkraste bevisningen.²²⁵ Bevisomedelbarheten tar istället sikte på framställningsformen av bevismedlet och innebär kortfattat att rättens värdering av muntlig bevisning blir bättre om den grundas på en direkt bevisupptagning än om bevisningen presenteras i skriftlig eller annan indirekt form.²²⁶ En viktig fråga är om domstolen har en skyldighet att upplysa en part som åberopar ett skriftligt sakkunnigutlåtande inhämtat från en annan process om dessa principer och att ett sakkunnigutlåtande, där experten dessutom kan höras muntligen, förmodligen utgör ett ”bättre” bevis.

Av förarbetena till 35 kap. 14 § RB framgår att om domstolen befarar att den part som åberopar en skriftlig berättelse *inte* har förstått att en sådan normalt sett har ett lägre bevisvärde i förhållande till om personen hörs inför rätten, bör rätten inom ramen för sin materiella processledning upplysa parten om detta när bevisningen diskuteras under förberedelsen.²²⁷ I ett rättsfall från 2018 som egentligen rörde prövningstillstånd i hovrätten, behandlade domstolen även frågan huruvida bristande materiell processledning kan föreligga när domstolen inte meddelar parterna om principen om det bästa bevismedlet. I målet konstaterade HD att den materiella processledningen innefattar ett aktivt deltagande i parternas bevisföring. Här ingår bland annat en skyldighet att upplysa parterna om att

²²⁴ Westberg (2010) s. 448.

²²⁵ Ekelöf (2009) s. 43.

²²⁶ Se bl.a. 35 kap. 8 § RB; Ekelöf (2009) s. 43 f; Nordh (2019) s. 33.

²²⁷ Prop. 2004/05:131 s. 236.

de bör iaktta principen om det bästa bevismedlet.²²⁸ Förutsatt att principen om det bästa bevismedlet måste tillämpas i enlighet med prejudikatet kan det innebära att domstolarna måste upplysa en part om att hen skulle kunna få tillgång till ett ”bättre” bevismedel genom att anlita en egen sakkunnig eller åtminstone försöka få tag på den som skrivit det inhämtade utlåtandet.

5.4.3.3 Det kausala beviset

Westberg menar att värderingen av ett bevis och dess värde tar fasta på betydligt fler faktorer än enbart skillnaden mellan muntligt och skriftligt. Han för istället fram Ekelöfs idé om det kausala beviset som egentligen handlar om att värdera beviset beroende på dess framställningsform. Principen om det bästa bevismedlet blir, mot bakgrund av idén om det kausala beviset, en rangordning mellan olika framställningsformer. Ju längre ifrån primärkällan, det första avtrycket, som en framställning är desto lägre blir dess bevisvärde. Westberg tar vittnesbeviset som ett exempel. Om ett vittne skriftligen nedtecknat sitt vittnesmål efter iakttagelsen, är detta ett sämre bevismedel än den muntliga vittnesutsagan.²²⁹

Appliceras samma resonemang på sakkunnigbevisningen skulle den sakkunniges muntliga utsaga i regel värderas högre än dess skriftliga utlåtande. Det bästa bevismedlet skulle alltså vara den sakkunnige själv och domstolen skulle således ha i uppgift att upplysa parterna om detta. Mot bakgrund av att sakkunnigbeviset, till skillnad från vittnesbeviset, tillhör både de personella och de reella bevismedlen, vore det anmärkningsvärt om domstolen öppet förklarade att de föredrar den ena framställningsformen före den andra. Reglerna är ju uppbyggda på så sätt att parterna fritt får välja om de vill att den sakkunnige också ska höras inför rätten. Även Ekelöf verkar vara av den åsikten att skriftliga intyg som kan ”betraktas som enkla sakkunnigutlåtanden” inte ska bli föremål för domstolarnas invändningar eftersom dessa i regel har betydligt större bevisvärde än vittnesattester.²³⁰

²²⁸ NJA 2018 s. 1062 p. 13.

²²⁹ Westberg (2010) s. 431.

²³⁰ Ekelöf (1986) s. 57.

Innebär det muntliga förhöret att den sakkunnig endast återupprepar vad denne tidigare nedtecknat bör det inte ur bevisvärderingshänseende vara någon skillnad på framställningsformerna. Skulle emellertid motparten eller domstolen börja ställa frågor vid ett muntligt förhör som bryter ner innehållet i den sakkunniges utlåtande så att dennes slutsatser kan ifrågasättas, finns det en stor risk att sakkunnigbeviset i dess helhet värderas lägre.

Oaktat detta råder det ingen tvekan om att personella bevismedel ska framställas muntligen eller genom ljud-och bildöverföring för att rätten ska beredas optimala möjligheter att värdera beviset.²³¹ Det faktum att sakkunnigbeviset kan härledas till både personella och reella bevismedel skapar därför en ovisshet om vilken framställningsform som helt enkelt är bäst och vilken domstolen genom deras materiella processledning ska upplysa parterna om.

5.4.3.4 Information eller informationskälla?

Gör man en distinktion mellan information och informationskälla går det att argumentera för att det är den sakkunnige som person som ska spåras upp och åberopas i processen. Inte dennes redan avgivna skriftliga utlåtande. Det är den ursprungliga informationskällan, det medium som lagrar, bär och förmedlar informationen, som ska samlas in. Detta beror på att det är källan som ska presenteras i rättegången för att därefter kunna kritiskt granskas efter sitt innehåll. Har en part valt att själv bearbeta det inhämtad skriftliga sakkunnigutlåtandet genom att exempelvis ta bort vissa delar, är det inte längre källan i sitt ursprungliga skick som granskas i rättegången och vare sig motparten eller domstolen får därför rimliga möjligheter att bilda en självständig uppfattning om källans innehåll och pålitlighet. En sådan ordning rimmar illa med det kontradiktoriska tvistemålsförfarande som svensk rätt bygger på.²³²

²³¹ Ekelöf (2009) s. 46.

²³² Westberg (2010) s. 384 f.

Skulle det inhämtade skriftliga sakkunnigutlåtandet vara bearbetat av den åberopande parten är det ingen orimlig tanke att domstolen förklarar för denne att motparten, och även domstolen, har rätt att få ta del av källan i sitt ursprungliga skick. Huruvida det räcker att parten förser domstolen med en originalkopia av utlåtandet eller om den sakkunnige som skrivit detta måste åberopas är emellertid oklart. I NJA 2011 s. 241 förklarade HD, som nämnts i tidigare avsnitt, att det är den sakkunnige själv som är det egentliga bevismedlet.²³³ Sett på detta sätt går det kanske att argumentera för att motparten ska ha rätt att även få ta del av ”det egentliga bevismedlet”. Även principen om det bästa bevismedlet talar för att ursprungskällan, det vill säga den sakkunnige, ska åberopas i första hand och att enbart åberopa det skriftliga utlåtandet endast torde tillåtas om den sakkunnige vägrar medverka eller inte finns att tillgå.²³⁴

Ser man istället distinktionen mot bakgrund av 40 kap. 7 § RB, som uttryckligen anger att det inte finns något tvång att den sakkunnige ska höras muntligen, vore det eventuellt rimligare att anta att det skriftliga utlåtandet på ett tillräckligt sätt tillgodogör motparten och domstolens rätt att granska pålitligheten och riktigheten i den däri angivna informationen.

5.4.4 Får domstolen avvisa det inhämtade skriftliga utlåtandet?

Någon rätt för domstolen att avvisa bevisningen genom 35 kap. 7 § RB på grund av att det endast åberopas i skriftlig form finns inte.²³⁵ Kommer domstolen däremot fram till att ett skriftligt sakkunnigutlåtande som inhämtats från en annan process och därför endast kan läggas fram i skriftlig form inte behövs eller skulle bli utan verkan blir saken annorlunda.²³⁶ Det kan vara svårt för domstolen att redan under förberedelsefasen avgöra

²³³ NJA 2011 s. 241 p. 4.

²³⁴ Se det återgivna resonemanget i avsnitt 5.4.3.2.

²³⁵ 35 kap. 7 § RB innehåller ingen sådan avvisningsgrund och 35 kap. 14 § 1p. RB anger ju uttryckligen skriftliga sakkunnigutlåtanden som ett undantag från huvudregeln om muntlig bevisning.

²³⁶ 35 kap. 7 § p. 2–3 RB.

huruvida ett framlagt bevis är av betydelse för målets utgång eller inte.²³⁷ Edelstam poängterar att det av den anledningen är viktigt att domstolarna iakttar stor återhållsamhet innan de beslutar att avvisa sakkunnigbeviset. Tillämpningen av 35 kap. 7 § RB styrs inte av hur sakkunnigbeviset används, utan i vad mån beviset förväntas bli av någon betydelse i målet.²³⁸

Punkterna 4 och 5 i 35 kap. 7 § RB tillåter domstolen att under vissa förhållanden avvisa bevisning trots att denna kan antas få betydelse i målet. Vad gäller sakkunnigutlåtanden inhämtade från andra processer blir framförallt fjärde punkten intressant; om bevisningen med avsevärt mindre besvär eller kostnad kan föras på annat sätt.²³⁹ Ett argument mot att inhämta redan utfärdade sakkunnigutlåtanden skulle kunna vara att det blir mindre besvärligt för parten om denne istället anlitar en egen sakkunnig. Avsikten är emellertid inte att part ska riskera att försättas i ett sämre bevisläge om avvisningsgrunden tillämpas. Det förutsätts därför att en lika god bevisverkan kan uppnås genom ett annat bevis.²⁴⁰ Domstolen kan alltså inte genom något slags olägenhetsresonemang avvisa sakkunnigutlåtandet om det innebär att den part som åberopat det försätts i ett sämre bevisläge.

I de allra flesta situationer finns det flera experter inom samma område som skulle kunna uttala sig i den specifika fråga som en part behöver hjälp med. Ett sakkunnigutlåtande inhämtat från en annan process skulle således kunna bytas ut mot ett nytt utlåtande, avgivet för den aktuella processen, utan att parten försätts i ett sämre bevisläge. En annan sak är om domstolen överhuvudtaget kan hävda att det föreligger sådana ”besvär” som fjärde punkten föreskriver när parten aktivt själv har valt att inhämta utlåtandet från den myndighet som tillhandahåller det. Det faktum att det blir enklare för domstolen om part istället anlitar en partssakkunnig enligt reglerna i 40 kap. RB spelar ingen roll och kan inte utgöra grund för avvisning enligt 35 kap. 7 § 4p. RB. Som Gärde påpekar är de besvär och kostnader till vilka

²³⁷ Gärde (1949) s. 484.

²³⁸ Edelstam (1991) s. 248 f.

²³⁹ Nordh (2019) s. 30.

²⁴⁰ SOU 1938:44 s. 383; NJA II 1943 s. 451.

domstolen ska ta hänsyn endast parternas, det vill säga såväl den part som åberopar beviset som motpartens.²⁴¹

5.4.5 Sammanfattande kommentar

Sammanfattningsvis kan konstateras att de lege lata bör förstås som att parterna fritt får åberopa sakkunnigutlåtanden från andra processer i den egna processen utan att kontakta eller anlita den som skrivit det. Huruvida utlåtandet ska anses utgöra sakkunnigbevisning eller ett skriftligt bevis är emellertid inte lika självklart. Vid en bedömning av vad som är rimligt i en sådan situation, torde en tillämpning av reglerna för skriftliga bevis lämpa sig bäst. En annan ordning kolliderar med principen om den sakkunniges frivilliga deltagande på ett sätt som inte kan anses ligga i linje med förarbetena och grunden för sakkunniginstitutets uppbyggnad.

Mot bakgrund av sakkunnigbeviset blandade karaktär går det inte att ge ett givet svar på om det skriftliga utlåtandet är tillräckligt för att principen om det bästa bevismedlet ska anses vara uppfylld eller om även den sakkunnige bör höras. Som redogjorts för torde det i princip alltid vara till parternas fördel att bevismedlet tas upp såväl muntligen som skriftligen i rättegången genom att dels lämna in ett skriftligt utlåtande, dels låta den sakkunnige muntligen höras i rättegången. Åberopas endast ett skriftligt utlåtande bör det emellertid inte föranleda att beviset ska avvisas, än mindre om det skriftliga utlåtandet dessutom rubriceras som ett skriftligt bevis i den nya processen.

²⁴¹ Gärde (1949) s. 484.

6 En komparativ utblick mot det engelska rättssystemet

6.1 Disclosure och privilege

I engelsk rätt regleras möjligheten att få tillgång till material och bevis som motparten innehar genom det som kallas för ”disclosure” eller utlämnande/offentliggörande som det lite förenklat kan översättas till. Offentliggörandet avser den del i den engelska rättegångsprocessen där varje part är skyldig att tillhandahålla den andra parten med handlingar som kan vara relevanta för den aktuella tvisten. Syftet med utlämnandet är att tillgängliggöra bevis, oavsett om dessa stödjer eller undergräver respektive parts sak. Motsatsen till ”disclosure” kallas för ”privilege” och avser sådant material som är fredat och inte behöver lämnas ut.²⁴²

Principen med ”disclosure” motiveras bland annat av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen. Även om artikeln inte uttryckligen stadgar att rätten till en rättvis rättegång också innefattar rätten för parterna att få tillgång till dokument och annan information från motparten, bör en sådan rätt vara inkluderad i det som Europadomstolen valt att kalla ”equality of arms”. ”Equality of arms” brukar sammankopplas med artikel 6 och innefattar ett krav på att parterna ska vara jämställda i rättegången. Det ska således finnas en rättvis balans mellan parterna i en tvist, vilket bland annat inbegriper en rätt för alla parter att beredas rimliga möjligheter att presentera sin sak och tillhörande bevisning på ett sätt som inte placerar dem i ett betydande underläge i förhållande till motparten. Sagda innebär en absolut rätt att få tillgång till nödvändig bevisning. Rätten att få tillgång till dokument och information som motparten innehar måste emellertid avgöras mot bakgrund av artikel 8 i Europakonventionen som stadgar respekten för privat-och familjeliv.²⁴³ Systemet med disclosure och

²⁴² CPS Guidance for experts on Disclosure, Unused Material and Case Management.

²⁴³ Hollander Q.C. & Cantab M.A. (2009) s. 150.

privilege balanserar således på samma rättighetsvåg som möjligheten att anskaffa bevisning inom svensk rätt. Rätten till lika tillgång till information måste ställas mot rätten att bli lämnad ifred.

6.2 Olika typer av experter

Den engelska rättsordningen förser, likt många andra, parterna i en rättegång med möjligheten att anlita experter för att bistå med kunskap och expertis i olika sakfrågor. Experter får emellertid bara användas med domstolens tillstånd och det är inte helt ovanligt att domaren förordnar, eller åtminstone försöker förmå parterna att enas, om så kallade ”joint experts” för att minimera risken med ”köpta” eller partiska experter.²⁴⁴ Den anlidade experten svarar inte bara till sin uppdragsgivare, utan får i vissa fall även plikter gentemot den engelska domstolen.²⁴⁵ Det finns således klara skillnader mellan den engelska sakkunnigbevisningen och den svenska, där de stora skillnaderna framförallt utgörs av den engelska domstolens kontroll och möjlighet att styra över sakkunnigbevisningen.

Det engelska rättssystemet skiljer mellan experter enligt the Civil Procedure Rules (”CPR”) som enligt regel 35.2 definieras som ”an expert who has been instructed to give or prepare evidence for the purpose of court proceedings” och andra experter som alltså faller utanför den lagstadgade definitionen. Tanken är att definitionen i CPR ska skapa en distinktion mellan sådana experter som har lagstadgade skyldigheter gentemot domstolen och sådana experter som inte har det.²⁴⁶ Här skapas alltså en slags kategoriklyvning mellan experter som kan relateras till tvisten och experter som inte kan det. En uppdelning kan emellertid också göras inom den kategori av experter som omfattas av regel 35 i CPR. En expert som är anlidad enkom för att utföra arbete under förberedelsefasen har ingen skyldighet att lämna ut det dokument och den information som denne avger.

²⁴⁴ Hollander Q.C. & Cantab M.A. (2009) 539, 548.

²⁴⁵ Se CPR 35.3: ” (1) It is the duty of experts to help the court on matters within their expertise. (2) This duty overrides any obligation to the person from whom experts have received instructions or by whom they are paid.”

²⁴⁶ Hollander Q.C & Cantab M.A. (2009) s. 537 f.

Arbetet som en sådan expert utför är skyddat av vad man inom engelsk rätt kallar för litigation privilege. Även sådan information som kan kategoriseras som tidigare utkast eller ”behind the scenes advice” skyddas av litigation privilege.²⁴⁷

Huvudregeln verkar således vara att sakkunnigbevisning och utlåtanden som avges under själva rättegången och med anledning av en pågående tvist ska utlämnas enligt reglerna om disclosure. Huvudregeln kommer emellertid inte utan undantag. För det första föreligger privilege när en part ångrar anlitaendet av en expert och därför väljer att inte åberopa dennes utlåtande. I dessa fall betraktas alltså utlåtandet som sådan skyddad information som inte behöver lämnas ut. För det andra föreligger privilege när en part lämnar in det slutliga utlåtandet i rättegången men undviker att redovisa tidigare utkast. Här betraktas de tidigare utkasterna som skyddad information.²⁴⁸

För att garantera att båda parterna förstår utlåtandets innehåll och det sätt på vilket uppdraget har utförts, erbjuder engelsk rätt en möjlighet till såväl muntliga som skriftliga förhör med den sakkunnige. Muntliga förhör kan hållas vid olika former av möten dit domstolen kallar parterna och experter för att utbyta information.²⁴⁹ Förutsatt att domstolen tillåter det, har part dessutom en rätt att ställa skriftliga frågor till motpartens expert som denne har en skyldighet att besvara.²⁵⁰

6.2.1 Tvisterelaterade och transaktionsrelaterade sakkunnigutlåtanden

Som tidigare nämnts finns det en hel del likheter mellan hovrättens resonemang i NJA 2011 s. 241 och hur reglerna om ”expert witnesses” är utformade i engelsk rätt. I domen förklarar hovrätten att ”även om

²⁴⁷ England (2011) s. 20.

²⁴⁸ Westberg (2010) s. 532 f.

²⁴⁹ Se CPR 35.12: ” (1) The court may, at any stage, direct a discussion between experts for the purpose of requiring the experts to, (a) identify and discuss the expert issues in the proceedings; and (b) where possible, reach an agreed opinion on those issues [...]”.

²⁵⁰ Se CPR 35.6: ” (1) A party may put written questions about an expert's report (which must be proportionate) to (a) an expert instructed by another party; or [...]”.

revisionspromemorian skulle vara att anse som ett sakkunnigutlåtande, är den enligt hovrättens mening i vart fall inte att anse som ett sakkunnigutlåtande som avgetts för eller i målet”.²⁵¹ Uttalandet talar för att endast sådana utlåtanden som är relaterade till tvisten, liknande de som enligt engelsk rätt faller under regel 35 i CPR, är fredade från edition. Omvänt torde uttalandet betyda att sakkunnigutlåtanden som *inte* är relaterade till tvisten och som alltså avgetts innan någon tvist överhuvudtaget uppkommit däremot kan bli föremål för edition.

Westberg menar att hovrätten gjort en kategoriklyvning där de skiljer mellan vad han väljer att kalla tvisterelaterade och transaktionsrelaterade sakkunnigutlåtanden. Enligt domstolens resonemang skulle alltså den senare av dessa två kategorier av utlåtanden kunna bli föremål för edition.

Uppdelningen öppnar upp för möjligheten att behandla experter olika beroende på när i affärsrelationen sakkunniguppdraget har utförts. Ett utlåtande som avges under relationens gång och som rör själva affärstransaktionen får en *transaktionsrelaterad karaktär* och utgör därför ett skriftligt bevis som kan komma att användas i en kommande rättegång för att reda ut tvisterelevanta frågor rörande själva transaktionen.²⁵²

Reglerna i 40 kap. RB ger inte något stöd för en uppdelning mellan olika sakkunnigutlåtanden. Regelverket innehåller som bekant ingen lagstadgad definition av vad en sakkunnigperson är eller vad ett sakkunniguppdrag de facto innebär. Det vi vet är att det för domstolssakkunnigas del ska röra sig om en fråga ”vars bedömning kräver särskild fackkunskap” och att bedömningen ska överlämnas till någon eller några ”med redbarhet och skicklighet i ämnet”.²⁵³ Vad gäller partssakkunnig ger 40 kap. 19 § RB ingen ledning i vem som skulle kunna anlitas eller när ett sådant anlitanande måste ske för att personen enligt lagens mening ska anses utgöra en sakkunnig. Vid en extensiv tolkning av lagreglerna torde det inte finnas några hinder mot en sådan uppdelning som hovrätten gör. Syftet med reglerna om sakkunniga bör emellertid förstås som att alla, oavsett när under

²⁵¹ NJA 2011 s. 241 (s. 244).

²⁵² Westberg, JT 2011/12, s. 357 f.

²⁵³ 40 kap. 1 § RB.

partsrelationen det sker, som bidrar med sin expertis i en viss sakfråga är att anse som sakkunniga enligt 40 kap. RB. En sådan tolkning stämmer väl överens med den definition av sakkunnigbegreppet som Svenska Akademin framtagit.²⁵⁴ En förutsättning är emellertid att man härvid läser in att den sakkunnige även kan ha erhållit sitt uppdrag av en part, vilket följer av lagreglerna i rättegångsbalken. Av definitionen framgår inte *när* utlåtandet ska ha skrivits för att personen i fråga ska anses som sakkunnig. En sakkunnig kan ju ha erhållit ett uppdrag av en part när som helst under partsrelationen. Frågan om tidpunkten för utlåtandets upprättande framkallar emellertid inga större problem förrän en tvist rent faktiskt har uppkommit. Det är först när tvisten väl uppkommer som varje skriftlig handling måste definieras för att parterna ska veta vilka processrättsliga regler som är tillämpliga.

Skulle 40 kap. RB innehålla en lagstadgad definition av sakkunnigbegreppet hade det givetvis varit lättare att avgöra huruvida hovrättens uppdelning är lagenlig eller inte. HD avslog emellertid hovrättens resonemang och menade att någon sådan kategoriklyvning inte ska göras, och hänvisade endast till vikten av utlåtandets unikhet. Det är möjligt att HD ansåg att sakkunnigreglerna, så som de är utformade nu, inte öppnar upp för en kategoriklyvning av begreppet och att hovrättens domslut avvisades på den grunden. Hämtades inspirationen i hovrättens domslut från engelsk rätt går det att argumentera för att andra instans i förevarande fall gjorde en betydligt modernare och kanske behövligare tolkning av rättsläget än HD. Engelsk rätt har, som redogjorts för ovan, ett mer utförligt regelverk kring sakkunnigbevisning vilket skapar en mer rättssäker process.

Slutsatsen torde bli att ett sakkunnigutlåtande är ett sakkunnigutlåtande enligt rättegångsbalkens mening oavsett när det skrevs. Någon annan tolkning låter sig inte göras. Frågan är emellertid hur man hade sett på saken om det istället var HD som förde resonemanget kring transaktions- och tvisterelaterade utlåtanden för att bevilja editionsyrkandet. Skulle ett sådant

²⁵⁴ Enl. SAOB är en sakkunnig "en myndighet, tjänsteman eller annan person som av domstol (eller part) erhållit uppdrag att – skriftligt eller muntligt – avge yttrande i fråga vars bedömande kräver särskild sakkunskap"; Se avsnitt 1.8.

domslut från HD innebära att domstolen går emot vad som står i 40 kap. RB, eller skulle prejudikatet uppfattas som att HD gjort en legitim, extensiv tolkning av reglerna precis som så många gånger förut?

7 Sammanfattande kommentar och avslutande reflektioner

7.1 Vilka möjligheter erbjuder gällande rätten part som vill tillförsäkra sig samma sakkunnigbevisning som motparten?

Som framgått tidigare i uppsatsen är en parts tillgång till information av stor betydelse för dennes möjlighet att tillvarata sin rätt i tvisten. Ett informationsövertag innebär i princip alltid ett försteg i processen. Mot bakgrund av detta är det därför viktigt att det svenska rättssystemet erbjuder olika möjligheter för parterna att med domstolens hjälp avtvinga motparten information. Inte minst i de fall en part vill komma åt information som dennes motparten innehar och inte frivilligt vill överlämna.

Rättegångsbalken innehåller en rad olika anskaffningsmedel som ska garantera parterna att eventuella informationsklyftor motarbetas och att deras möjlighet att föra bevisning rörande sin sak tillgodoses. Dessa anskaffningsmedel är emellertid förbehållna vissa kategorier av bevisning. Här tycks sakkunnigbeviset ha hamnat i skymundan. Det verkar nästan som att lagstiftaren gjort en slags inofficiell rangordning bland bevismedlen och konstaterat att vissa är viktigare än andra, varför regler om anskaffning och efterforskning rörande dessa specifika bevis finns att tillgå i betydligt större utsträckning. Tar vi det skriftliga beviset som exempel återspeglar de tillämpbara lagreglerna en syn som väl stämmer överens med tanken om att parterna måste ha en rimlig och jämlik möjlighet att tillvarata sin rätt i tvisten. Några sådana regler går emellertid inte att hitta avseende sakkunnigbeviset. Innebär denna obalans i lagstiftningen att parternas möjligheter att tillvarata sin rätt i rättegången blir helt beroende av vilket bevismedel det rör sig om? Det verkar onekligen så.

Som HD konstaterat ska sakkunnigreglerna tillämpas avseende sakkunnigbevisningen, inget annat. Editions­möjligheterna är förbehållna de situationer där utlåtandet ifråga är ”unik­”. Det är givetvis inte helt uppseendeväckande att HD valt att konsekvent förklara att reglerna i 38 kap. RB rör skriftliga bevis och att ett sakkunnigutlåtande inte faller in under denna kategori av bevismedel. Vad som däremot är uppseendeväckande är bristen på möjligheter att genom 40 kap. RB på ett liknande sätt få tillgång till informationen i utlåtandet, oaktat om detta sker genom en muntlig utfrågning eller genom att utlåtandet lämnas ut i dess helhet. En rättsordning som tillhandahåller verktyg som gör det möjligt att genom domstolens försorg få tillgång till en viss kategori av bevismedel, men helt saknar liknande verktyg för att få tillgång till en annan sorts bevis är knappast rättvis. En sådan rättsordning är snarare obalanserad och ogenomtänkt. För sakkunnigbevisningens del lämnas parterna nästan helt och hållet i den utomprocessuella informations­anskaffningens händer. Parterna har möjligheten att försöka anlita motpartens sakkunnig genom att exempelvis erbjuda en oanständigt hög ersättning. Fungerar inte det har parten en sista utväg; möjligheten att stjäla utlåtandet. Som diskuterats i avsnitt 4.2 kan alltså parternas ekonomiska resurser bli avgörande för deras möjlighet att bevaka sin rätt, inbegripet att kunna åberopa all information och bevisning av relevans. En sådan ordning rimmar illa med vad man vill att ett demokratiskt rättssamhälle ska innebära. Tillgången till pengar får inte vara avgörande för vem som kan föra bäst bevisning och därmed vinna tvisten.

Det kan givetvis argumenteras för att parternas tillgång till pengar och möjlighet att lägga stora resurser på tvisten är en konstant faktor som det inte går att råda bot på. Den med obegränsade resurser kan bekosta oersättlig juridisk hjälp, men även dyra, duktiga sakkunnigpersoner. Motparten kanske inte har samma möjlighet varför tvisten på sätt och vis blir ”orättvis” redan i detta skede. Problemet ligger emellertid inte nödvändigtvis här. Det ligger istället i det faktum att en part själv ska behöva bekosta anskaffningen av ett visst bevis som denne vet att motparten innehar och som, om beviset hade kategoriserats som ”skriftligt”, hade kunnat kommas åt genom domstolens försorg. Som nämnts i avsnitt 2.4

försvarar grunden i det kontradiktoriska förfarandet för en rättsordning som garanterar att parterna ska få tillgång till exakt samma information.

Principen om lika tillgång till information innebär nödvändigtvis inte att rättsordningen ska garantera parterna regler som i alla hänseenden förser dem med möjligheter att anskaffa den bevisning de behöver, oavsett vem som innehar beviset. Hade det inte varit för att det faktiskt redan finns regler om anskaffning av bevis i rättegångsbalken hade diskussionen kanske sett annorlunda ut. Nu blir det återigen istället en fråga om *vilka* typer av bevismedel som lagstiftaren anser måste förmedlas båda parterna för att rättegången ska vara rättvis.

I ett kontradiktoriskt förfarande ska domstolen, som nämnts i avsnitt 2.4, erbjuda metoder för att hjälpa en part att komma åt bevisning om det är tillräckligt klarlagt vilken informationskälla det rör sig om, var källan finns och vem som innehar den samt under förutsättning att den eftersökta källan kan antas ha ”bevisrelevans”. I dagsläget erbjuds alltså inga sådana metoder avseende möjligheten att komma åt sakkunnigbevisning. Varför lagstiftaren har valt att dela upp bevisningen, och möjligheterna att komma åt den, på detta sätt är oklart. En rimlig slutsats är att grundtanken att domstolssakkunniga skulle utgöra den avgörande delen av sakkunnigbevisningen, har spelat en avgörande roll. Några regler som reglerar anskaffning av sakkunnigutlåtanden och som garanterar att parterna bereds samma information behövs inte när utlåtandet kommer från en domstolssakkunnig. I förevarande fall är det domstolen som styr informationsfördelningen och här garanteras parterna givetvis tillgång till samma utlåtande. Den bild lagstiftaren hade vid införandet av rättegångsbalken stämmer som bekant inte överens med verkligheten. En övervägande majoritet av de sakkunniga som idag används i rättegången utgörs av partssakkunniga. Detta var visserligen ingenting som lagstiftaren för 80 år sedan kunde förutse, men det är givetvis något som lagstiftaren idag borde uppmärksamma.

Av arbetet framgår att det inte bara är de situationer där en part vill komma åt ett utlåtande som dennes motpart innehar som åsamkar problem. Även de fall där utlåtandet åberopas framkallar vissa frågor kring huruvida

regelverket avseende sakkunnigbevisning verkligen uppfyller de fundamentala kraven i en rättvis rättegång. Den kanske viktigaste frågan härvid är möjligheten till komplettering av ett undermåligt utlåtande. Hur kan det komma sig att ett regelverk som rör en så pass viktig del av rättegången som bevisningen, inte innehåller tydliga regler om vad en part som fått del av ett bevis men inte förstår sig på det kan göra för att reda ut oklarheterna? Som redogjorts för under avsnitt 5.2 finns det, i såväl doktrin som utlåtanden från JO, givna krav på hur utlåtandet ska vara utformat för att alla, inte bara fackmän, ska förstå dess innehåll och den sakkunniges argumentation. Trots detta innehåller 40 kap. RB inga regler om hur en part, som hamnar i en situation där en av motparten anlita sakkunnigs utlåtande är obegripligt, ska gå till väga för att bringa klarhet i innehållet. Den sakkunniges skyddsintresse verkar väga tyngre än en parts möjlighet att tillvarata sin rätt, vilket är märkligt när den sakkunnige dels fått betalt för det arbete denne utfört, dels accepterat att utlåtandet delges motparten genom 40 kap. 7 § 2 och 4st. RB. Vad är det som gör den sakkunniges roll så okränkbar att det inte ens föreligger någon skyldighet för denna att komplettera ett arbete som denne fått betalt för att utföra? Huvudregeln torde ändå vara att en tjänst som en person utfört och fått betalt för och som beställaren inte är nöjd med ska kompletteras eller åtgärdas. I förevarande fall är det visserligen inte uppdragsgivaren som begär komplettering, utan uppdragsgivarens motpart. Men det faktum att det finns en lagstadgad skyldighet att det skriftliga utlåtande som den sakkunnige avger även ska delges motparten måste väl ändå medföra några slags rättigheter även för motparten? Kan det möjligtvis vara så att det är den sakkunniges rätt att förbli fredad från anspråk, frågor och krav från en part som denne inte har erhållit något uppdrag ifrån som helt och hållet styr reglernas utformning och i detta fall möjligheten till komplettering? Sakkunnigprivilegiet väger fortfarande så pass tungt att HD har svårt att frångå ordalydelsen i 40 kap. RB och genom praxis utvidga reglerna, vilket de tidigare inte haft några problem att göra avseende exempelvis editionsreglerna i 38 kap. RB.

Så vad händer egentligen när den utomprocessuella efterforskningen och anskaffningen inte är tillräcklig för att garantera rättssäkerheten? En part

som är ovetandes om hur reglerna i svensk rätt är utformade kanske tror och hoppas att domstolen i en sådan situation tillhandahåller mer framgångsrika utredningsmedel som exempelvis edition, varför samma part kanske till och med tar för givet att editionsinstrumentet kan användas även när det är tal om ett skriftligt sakkunnigutlåtande. En sådan uppfattning bygger på bilden av att rättegången ska vara förutsägbar, parterna förväntar sig en jämställd process där domstolen, om det behövs, hjälper till för att jämna ut partsställningen. I slutändan handlar det om en rätt för båda parterna att anskaffa den bevisning de behöver, men när denna rätt begränsas i så måtto att bevisningen varken kan anskaffas utomprocessuellt eller inomprocessuellt; är utgången verkligen rättvis då? Eller har vi målat in oss själva i ett slags rättsosäkert hörn?

7.2 Är de nuvarande reglerna i 40 kap. RB tillräckliga för att garantera rättssäkerheten i Sverige?

Det råder alltså ingen tvekan om att det finns ett slags sakkunnigprivilegium. Vad detta egentligen innebär och hur långt skyddet faktiskt sträcker sig i förhållande till upprättandet av rättssäkerheten samt partens rätt till jämbördig information i rättegången är emellertid ovisst. Som nämnts tidigare i uppsatsen är den sparsmakade praxis och bristen på kommande lagförslag och utredningar på sakkunnigbevisningens område ett tydligt tecken på att det föreligger en osäkerhet i hur reglerna faktiskt bör tolkas samt hur de skulle kunna utformas utan att gå stick i stäv med det värnandet om sakkunnigprivilegiet. Det är ingen omöjlighet att utfallet i NJA 2011 s. 241 hade blivit annorlunda om domen hade kommit idag. Kanske hade HD vågat gå steget längre genom att antingen kräva att lagstiftaren ser över det nuvarande regelverket eller genom att själva utforma en regel som faktiskt är tillämpbar i praktiken och som dessutom garanterar rättssäkerheten i rättegången. Kanske hade HD nappat på hovrättens lite modernare bedömning som byggde på en uppdelning av olika

sorters sakkunniga. Som redogjorts för i avsnitt 6.2.2 ger inte reglerna i 40 kap. RB något klart stöd för en sådan uppdelning, men det finns inte heller något som talar emot ett prejudikat som säger att en sådan uppdelning får och bör göras i fråga om edition.

Bristen på praxis gällande reglerna som rör partssakkunniga gör att man får tillämpa de som finns och detta mot bakgrund av lagmotiv och förarbeten. Även om vissa av de typsituationer som återgivits i texten kan upplevas som delvis banala och relativt osannolika, gör det inte behovet av nya regler för sakkunnigbevisningen mindre aktuellt. Det räcker att det uppstår en ensam situation där reglerna i 40 kap. RB inte räcker till för att garantera parterna en rättvis rättegång, för att motivera att hela kapitlet ses över och revideras. Den slutsats som detta arbete föranleder måste anses vara att sakkunnigreglerna, så som de ser ut i dagsläget, inte på ett tillräckligt sätt garanterar rättssäkerheten i Sverige eftersom de medför en alldeles för stor tilltro till parternas möjlighet att utomprocessuellt bedriva efterforskning och anskaffa den bevisning de behöver för att tillvarata sin rätt.

Så hur bör de nya reglerna utformas? Som redan nämnts i avsnitt 2.4 finns det goda möjligheter att införa vissa efterforsknings- och informationsanskaffningsmetoder i 40 kap. RB, så länge dessa inte strider mot artikel 8 i Europakonventionen. Ett annat alternativ är givetvis att de efterforsknings- och anskaffningsmetoder som redan existerar blir tillämpbara även för sakkunnigbeviset. Så hade exempelvis kunnat ske genom ett prejudikat där HD, i motsats till vad de konstaterat tidigare i praxis, slår fast att editionsreglerna visst kan användas avseende sakkunnigutlåtanden. För att inte den sakkunnige ska behöva arbeta med uppdragsgivarens motpart är en möjlig lösning att editionsfrågan endast får riktas mot motparten och inte mot den sakkunnige. Ett problem uppstår när och om den editionssökande parten vill att den sakkunnige ska höras i rättegången. I förevarande fall blir ju den sakkunnige likväl indragen i processen av motparten. Löser man nyss nämnda problem med att tillämpa reglerna om skriftligt bevis på utlåtandet behöver den sakkunnige inte höras, men då får inte heller den editionssökande parten möjlighet att ställa frågor till den sakkunnige rörande innehållet i utlåtandet. Det är en komplex och

svårlöst situation, men det torde ändå finnas rimliga möjligheter för editionssökanden att, efter denne tagit del av utlåtandet, anlita en egen expert som kan förklara vad i utlåtandet som är av relevans för partens sak. Ett tredje alternativ är att gå på hovrättens bedömning, och i viss mån engelsk rätt, och besluta att utlåtanden som skrivits i och för tvisten inte kan bli föremål för edition, medan sådana utlåtanden som skrivits före tvistens uppkomst kan bli det. I praktiken torde de transaktionsrelaterade utlåtandena vara svårare att framkalla på nytt vilket gör dem extra eftertraktade hos en motpart. Som diskussionen tydliggör finns det olika möjligheter för lagstiftaren, eller domstolen, att se över möjligheten att anskaffa ett sakkunnigutlåtande som motparten innehar. Hur en regel i slutändan bör utformas är väldigt svårt att säga och behöver en betydligt utförligare och längre utredning. Uppsatsen ämnar bara understryka och klargöra regelverkets brister.

Vad gäller möjligheten till komplettering råder det, enligt min odelade mening, ingen tvekan om att en sådan regel bör införas.

Sakkunnigprivilegiet kan omöjligt sträcka sig så långt att det inte ska gå att ställa motkrav när det arbete som utförts är bristfälligt. Det är en självklarhet att någon aldrig kan tvingas att utföra ett sakkunniguppdrag, en annan ordning vore oförsvarbar. Frågan om komplettering görs emellertid gällande först när en expert redan accepterat ett uppdrag och fått betalt för utförandet av detta. För att syftet med regeln i 40 kap. 7 § 4st. RB inte ska gå förlorad, bör såväl uppdragsgivaren som motparten beredas möjlighet att begära att utlåtandet, antingen skriftligen eller muntligen, kompletteras. Regeln i 40 kap. 7 § RB skulle lämpligen kunna utformas med ett femte stycke som behandlar parternas rätt att begära muntlig eller skriftlig komplettering. Stycket skulle exempelvis kunna se ut på följande sätt:

”Om någon av parterna begär det, ska den sakkunnige komplettera utlåtandet, antingen skriftligen eller muntligen, i de delar parten anser är oklara eller bristfälliga”.

Det är alltid svårt att formulera en regel eftersom varje term kan behöva förklaras utförligt för att det inte ska råda någon tvekan om för vilka

situationer regeln är tillämpbar. I förevarande fall kan med fördel termerna ”oklara” och ”bristfälliga” behöva definieras ytterligare så att såväl den sakkunnige som parterna förstår vilka typer av oklarheter eller brister som kan komma att aktualisera en komplettering. Kompletteringsregeln ska givetvis inte missbrukas så att en motpart bereds möjligheten att kräva att den sakkunnige ska besvara frågor eller utreda sakomständigheter som denne inte fått i uppdrag att utreda av uppdragsgivaren. Regeln ämnar bara säkerställa att inte motparten blir överrumplad när den sakkunnige hörs under huvudförhandlingen just på grund av att denne inte förstått utlåtandet och inte heller haft möjlighet att få det förklarat för sig.

Avslutningsvis kan konstateras att de svenska sakkunnigreglerna är en föråldrad konstruktion som behöver ses över och omarbetas för att bättre harmoniera med den verklighet vi lever i. En verklighet där partssakkunniga är överlägsna domstolssakkunniga i rättegången trots att det egentligen bara finns tre lagregler i 40 kap. RB som reglerar användandet av partssakkunniga. I övrigt fortsätter lagstiftaren att förlita sig på vittnesreglerna vid användandet av partssakkunniga vilket bara skapar förvirring för såväl lekmän som för domstolarna. Genom nya regler, eller åtminstone fler regler som tillämpas endast vid användandet av partssakkunniga, garanteras en mer förutsägbar och rättssäker process vilket så långt som möjligt bör främjas.

Käll- och litteraturförteckning

Offentliga tryck

Propositioner

Proposition 1931:80 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen angående huvudgrunderna för en rättegångsreform.

Proposition 1934:124 med förslag till lag om bevisning genom sakkunnig, m.m.

Proposition 1942:5 med förslag till rättegångsbalk.

Proposition 2004/05:131 En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol.

Proposition 2008/09:67 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG.

Proposition 2020/21:209 Utökade möjligheter att använda tidiga förhör.

Utredningsbetänkanden

Nya lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning, del 2. Stockholm 1984. [cit. Nya lagberedningens betänkande 1884].

Nya lagberedningens förslag till lag angående bevisning inför rätta. Stockholm 1890. [cit. Nya lagberedningens förslag 1890].

SOU 1926:31 Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning – Första delen – Domstolsförfattningen.

SOU 1926:32 Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning – Andra delen – Rättegången i brottmål.

SOU 1926:33 Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning – Tredje delen – Rättegången i tvistemål.

SOU 1938:43 Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk I: Lagtext.

SOU 1938:44 Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk II: Motiv m.m.

SOU 1941:7 Förslag till rättegångsbalk.

Litteratur

Edelstam, Henrik (1991), *Sakkunnigbeviset – En studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet*. Uppsala: Iustus Förlag. [cit. Edelstam (1991)].

Ekelöf, Per Olof (1986), *Rättegång – Fjärde häftet*. 5 uppl. Stockholm: Norstedts förlag. [cit. Ekelöf (1986)].

Ekelöf, Per Olof: ”Decentralisera domstolarna”, Uppsala Nya Tidning (”UNT”), 1987-05-04. [cit. Ekelöf, UNT 1987-05-04].

Ekelöf, Per Olof; Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009), *Rättegång – Fjärde häftet*. 7 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik. [cit. Ekelöf m.fl. (2009)].

England, Paul (2011), *Expert privilege in civil evidence*. Oxford: Hart Publishing Ltd. [England (2011)].

Engströmer, Thore: ”Muntlighet och fri bevisprövning i rättegången”, Svensk Juristtidning (”SvJT”), 1928, s. 19. [cit. Engströmer, SvJT 1928].

Fitger, Peter; Sörbom, Monika; Eriksson, Tobias; Hall, Per; Palmkvist, Ragnar; Renfors, Cecilia (2021), *Rättegångsbalken m.m.* JUNO version 91, Norstedts Juridik. [cit. Fitger (2021)].

Gärde, Natanael (1949), *Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande: med kommentar*. Stockholm: Norstedt. [cit. Gärde (1949)].

- Hassler, Åke (1951), *Bevisrätten och de extraordinära rättsmedlen: efter föreläsningar av professor Åke Hassler*. 3 uppl. Stockholm: Stockholms högskola, juridiska föreningen. [cit. Hassler (1951)].
- Heuman, Lars (1987), *Domstolsförhör i skiljetvister. Ur: Svensk och internationell skiljedom 1987. Årsskrift från Stockholms Handelskammars skiljedomsinstitut*. [cit. Heuman (1987)].
- Heuman, Lars: "Editionsföreläggande i civilprocesser och skiljetvister – Del I", Juridisk tidskrift ("JT"), 1989/90. [cit. Heuman, 1989/90, del I].
- Heuman, Lars: "Editionsföreläggande i civilprocesser och skiljetvister – Del II", Juridisk tidskrift ("JT"), 1989/90. [cit. Heuman, 1989/90, del II].
- Hollander, Charles Q.C & Cantab, M.A (2009), *Documentary Evidence*. 10 uppl. London: Thomson Reuters. [cit. Hollander Q.C. & Cantab M.A. (2009)].
- Jareborg, Nils: "Rättsdogmatik som vetenskap", Svensk Juristtidning ("SvJT"), 2004, s. 1–10. [cit. Jareborg, SvJT 2004].
- Malmsjö, Rolf (LMV-Rapport 1991:3), *Vittne och sakkunnig – vid rättegång i tvistemål*. Lantmäteriet: Lantmäteriverket, Fastighetsavdelningen, Värderingsenheten. [cit. Malmsjö (1991)].
- Nordh, Roberth (2019), *Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor. Om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.* 2 uppl. Uppsala: Iustus Förlag. [cit. Nordh (2019)].
- Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (2018), *Juridisk metodlära*. 2 uppl. Lund: Studentlitteratur. [cit. Nääv & Zamboni (2018)].
- Processlagberedningen i Nytt Juridisk Arkiv, Avd. II, Tidsskrift för lagstiftning m.m. (1943), "Nya Rättegångsbalken", Stockholm: P.A Norstedt och söners förlag. [cit. NJA II 1943].
- Sandegren, Claes: "Är rättsdogmatiken dogmatisk?", Tidsskrift for Rettsvitenskap ("TrF"), 2005. Vol. 118, nr 4–5, s. 648–656. [cit. Sandgren, TrF 2005].

Welamson, Lars: ”Svensk rättspraxis – Civil- och straffprocessrätt 1963-1967”, Svensk Juristtidning (”SvJT”), 1969, s. 918. [cit. Welamson, SvJT 1969].

Welamson, Lars: ”Svensk rättspraxis – Civil-och straffprocessrätt 1973-1979”, Svensk Juristtidning (”SvJT”), 1982, s. 81. [cit. Welamson, SvJT 1982].

Westberg, Peter: ”Fair trial – inget för staten? Ett rättsfall om lagligt åtkommen bevisning och överskottsinformation”, Juridisk tidskrift (”JT”), 2003/04. [cit. Westberg, JT 2003/04].

Westberg, Peter: ”Edition och informationsjakt på expertutlåtanden”, Juridisk tidskrift (”JT”), 2011/12. [cit. Westberg, JT 2011/12].

Westberg, Peter (2013), *Civilrättskipning*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik. [cit. Westberg (2013)].

Westberg, Peter (2010), *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*. 1 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik. [cit. Westberg (2010)].

Örnulf, Linus: ”Om tillhandahållande av allmänna handlingar i dispositiva tvistemål”, Svensk Juristtidning (”SvJT”), 2020, s. 798. [cit. Örnulf, SvJT 2020].

Övrigt

CPS Guidance for Experts on Disclosure, Unused Material and Case Management. Uppdaterad senast 2019-09-30. Hämtad 2022-04-25.
<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/cps-guidance-experts-disclosure-unused-material-and-case-management>. [cit. CPS Guidance for Experts on Disclosure, Unused Material and Case Management].

Svenska Akademiens ordbok (”SAOB”), band 24, publicerad 1963.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1953 s. 19.

NJA 1959 s. 230.

NJA 1963 s. 72.

NJA 1986 s. 489.

NJA 1989 s. 97.

NJA 1989 s. 102.

NJA 1989 s. 315.

NJA 1996 s. 439.

NJA 1998 s. 590 I.

NJA 1998 s. 829.

NJA 2001 s. 657.

NJA 2003 s. 323.

NJA 2005 s. 76.

NJA 2005 s. 205.

NJA 2011 s. 241.

NJA 2011 s. 638.

NJA 2013 s. 91.

NJA 2018 s. 1062.

NJA 2020 s. 373.

Tingsrätterna

Katrineholms tingsrätt, mål nr B 1429-08, dom 2009-01-20.

Östersunds tingsrätt, mål nr T 1934-20, dom 2021-03-19.

Justitieombudsmannen

JO:s beslut dnr 3040–1980 (1982/83:1). Formerna för hörande av rättsläkare i brottmålsrättegång, s. 20.

JO:s beslut dnr 25 11-1986 och 2674–1986, (JO 1988/89:1). Frågor kring handläggning av ett ärende som rör misstanke om sexuellt övergrepp mot barn, s. 154.

Europadomstolen

”Jalloh mot Tyskland” nr. 54810/00 (dom 11.7.2006).

”Harutyunyan mot Armenien” nr. 36549/03 (dom 28.6.2007).