



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tom C. Hansson-Palo

Riskbedömning
– en diskussion om bevisvärdering i
brottmål

Examensarbete
30 ECTS

Per Ole Träskman

Processrätt

Ht 2007

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Metod och material	6
1.4 Disposition och avgränsningar	6
2 BEVISVÄRDERING ENLIGT RB 35:1 §	7
2.1 Bevisvärderingen ur ett historiskt perspektiv	7
2.1.1 Den första pelaren: Den legala bevisteorin	7
2.1.2 Den andra pelaren: Den fria bevisprövningens princip	9
2.1.3 Från den legala bevisteorin till den fria bevisprövningens princip	10
2.2 Allmänt om bevisvärdering	11
2.2.1 Begrepp	12
2.2.2 Principer	14
2.2.3 Felkällor	16
2.2.4 Teknisk bevisning	16
2.3 Beviskravet	17
2.3.1 Eliminering av tvivel	18
2.3.2 Robusthet	19
2.4 Utredningskravet	20
2.4.1 Brister i utredningen	21
2.4.2 Variationer i utredningskravet	22
2.4.3 Utredningskravets omfattning och innehåll	22
2.5 Värderingsmetoder	24
2.5.1 Sannolikhetskalkyler och frekvensteorier	24
2.5.1.1 Värdeметoden	25
2.5.1.2 Temametoden	26
2.5.2 Frekvensteoriernas nackdelar	26
3 RISKEN	28

3.1 Allmänt om riskbedömning	28
3.1.1 Betydelsen av ordet "risk"	28
3.1.2 Sannolikheten för ett visst utfall	29
3.2 Riskbedömningen	29
3.2.1 Steg 1: Identifiering av risken	30
3.2.1.1 Tolerabel risk	30
3.2.2 Steg 2: Riskens värdering	31
3.2.2.1 Domarens erfarenheter	32
3.2.2.2 Expertens erfarenheter	33
4 RÄTTSFALLSANALYS	34
4.1 Riskbedömning i utlänningsärenden	34
4.1.1 NJA 1997 s 266	34
4.1.1.1 Kommentar	35
4.1.2 NJA 2006 s 375	36
4.1.2.1 Kommentar	37
4.2 Riskbedömning i tvångsvårdsärenden	39
4.2.1 RÅ 1992 ref 98	39
4.2.1.1 Kommentar	40
4.3 Riskbedömning i häktningsärenden	41
4.3.1 NJA 1987 s 878	41
4.3.1.1 Kommentar	41
4.4 Riskbedömning i mordbrandsärenden	42
4.4.1 NJA 1980 s 191	42
4.4.1.1 Kommentar	43
4.4.2 NJA 1980 s 650	43
4.4.2.1 Kommentar	44
4.4.3 Linköping Tingsrätt B 1217-06	44
4.4.3.1 Kommentar	45
5 SLUTSATS	46
5.1 Riskens fastställande	46
5.2 Typ av bevisning	47
5.3 Fiktion eller verklighet	49
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	53
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	56

Summary

This thesis discusses the appraisal that deals with the standpoint of risks in criminal cases, i.e. the courts risk evaluation. This thesis answers the following questions:

1. How does the court set the existence of a risk in an actual case? and
2. What type of proof makes the foundation for that type of hypothesis?
and
3. What should the court act to avoid the production of a pure guess in the end?

The first question is answered by investigating and analyzing the court's activity of proof valuation and how it is applied. Since I have assumed that the basis for risk standpoint is evidence that first has to be evaluated so that the court is able to set the existence of risk in the actual case.

The second question is mainly answered by investigating the role of the importance of the legal adviser in risk evaluation. The probability theories and different risk analyses are also discussed. Since the choice of method and the course of action varies depending on the type of evidence or foundation that precedes the decision of the existence of risk in the actual case.

The third question is answered by summarizing the principles and the demands that the court has to consider when it makes a risk evaluation so that it will not be a matter of guessing when it comes to the existence of risk. The court's choice of method, action and manage of the risk also becomes an important element that is discussed in this part of the thesis.

The writing of this thesis concludes by a court case analysis and a conclusion where the questions are answered in more detail by concluding the observations I have made during the making of this thesis.

Sammanfattning

Detta arbete behandlar den bedömning som hör till riskens ställningstagande i brottmål, d.v.s. rättsens riskbedömning. Arbetet besvarar frågorna:

1. Hur fastställer domstolen att det föreligger en risk i det konkreta fallet? och
2. Vilken typ av bevisning ligger till grund för en sådan hypotes? samt
3. Vad bör domstolen tänka på för att det inte skall bli fråga om en ren gissning i slutändan?

Den första frågan besvaras genom att titta på hur rättssystemets bevisvärderingsverksamhet ser ut och tillämpas eftersom jag utgått ifrån att underlaget för riskens ställningstagande är bevisning som först måste värderas för att rätten skall kunna fastställa om det föreligger en risk eller inte i det konkreta fallet.

Den andra frågan besvaras främst genom att utreda den sakkunniges roll och betydelse i en riskbedömning. Sannolikheteorierna och olika riskanalyser tas också upp eftersom valet av metod och tillvägagångssätt varierar beroende på den typ av bevisning eller grund som föregår beslutet om det föreligger en risk eller inte i det konkreta fallet.

Den tredje frågan besvaras med att samla de principer och krav som rätten bör ta hänsyn till vid när den utför en riskbedömning för att det inte skall bli fråga om en ren gissning angående riskens existens. Rättsens metodval, agerande och hantering av risken blir således också viktiga moment som diskuteras i denna del.

Arbetet avslutas med en rättsfallsanalys och en slutsatsdel där frågorna besvaras mer i detalj genom att dra slutsatser av de observationer jag gjort under arbetets gång.

Förord

”Det är inte förekomsten av schematiska förfaranden som ifrågasätts utan den brist på eftertanke om riskens natur och innebörd.”

[citat: Gustaf Östbergs bok sidan 156]

Förkortningar

RB	Rättegångsbalken
TR	Tingsrätt
HovR	Hovrätt
HD	Högsta domstolen
LänsR	Länsrätten
KamR	Kammarrätten
RegR	Regeringsrätten

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Sedan processreformen 1948 har bevisvärderingsfrågor debatterats ganska intensivt i Sverige, särskilt under de senaste två decennierna. Frågor som specifikt riktar sig mot domstolens riskbedömning har jag dock inte hittat mycket om. Trots detta är den debatt som förts angående bevisvärderingsfrågorna relevant eftersom riskbedömningen är en del av bevisvärderingen.

I RB 35:1 § står det att ”Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.”. Detta stadgande innebär att domstolen är den som skall bestämma hur riskbedömningen skall utföras för att ”avgöra, vad i målet är bevisat”. Oftast innebär domstolens riskbedömning ett antingen vara eller inte vara beslut, d.v.s. om det finns en risk eller inte.

I det konkreta fallet kan en riskbedömning innebära den avgörande faktorn hur ett brott skall rubriceras eller vilken typ av påföljd som skall bli aktuell. Ta exempelvis en mordbrandsrättegång där det stadgas att det måste finnas en reell fara för person- eller egendomsskada för att mordbrand skall kunna utdömas. Faran bedöms oftast genom att spridningsrisken fastställs. Minsta påföljd för mordbrand är två års fängelse. Om inte spridningsrisk kan fastställas rubriceras brottet istället som grov skadegörelse med tillhörande böter. Ett annat exempel är utvisning på grund av brott. Om domstolen fastställer att det finns risk för fortsatt brottslighet så är det en grund för utvisning. I annat fall får den tilltalade i regel stanna kvar i landet efter avtjänat straff. Andra exempel där en riskbedömning spelar stor roll är i häktningsärenden och i tvångsomhändertagningssituationer.

Att värdera risker är i förhållandevis en modern företeelse. Det var nämligen inte förrän under renässansen som människan började riva ner de barriärer som låg i vägen för att kunna kontrollera och värdera risken.¹

Riskbedömningen mellan de olika måltyperna skiljer sig i form av riskobjekt och de i målet åberopade omständigheterna. Trots detta så vilar den trots allt på samma principer oavsett vad risken skall hänföras till, och att gissa sig fram till risken är inte en av dem.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är alltså att utreda hur domstolen fastställer risken i det konkreta fallet.

¹ ”Against the Gods – the remarkable story of risk” av Peter L. Bernstein sidan 11 ff., se också, ”Riskhantering vid skydd mot olyckor” av Bengt Mattsson sidan 176-180

Mina frågeställningar blir därför:

- Hur fastställer domstolen att det föreligger en risk i det konkreta fallet? och
- Vilken typ av bevisning ligger till grund för en sådan hypotes? samt
- Vad bör domstolen tänka på för att det inte skall bli fråga om en ren gissning i slutändan?

1.3 Metod och material

På grund av att den fria bevisprövningens princip tillämpas i svensk rätt idag, så saknar bevisvärderingen i många avseenden ett uttryckligt normativt och faktiskt innehåll. Och när rätten saknar normativt eller faktiskt innehåll blir det problematiskt att använda en ren rättsdogmatisk metod. Rättsdogmatiken förutsätter ju nämligen att det finns ett normativt innehåll. Jag har trots detta haft god hjälp av doktrinen på bevisvärderingsområdet eftersom det har skrivits en hel del av rättsvetenskapsmännen angående detta ämne. Då det gäller själva riskbedömningen så har jag fått vara tvungen att vända mig till helt andra källor än de strikt juridiska för att kunna få ett tillfredsställande svar på mina frågor, detta gäller främst hur en riskbedömning bör gå till och vad begreppet innebär. Analysen har jag gjort med hjälp av rättsfall där jag särskilt har tittat på hur domstolarna har gjort deras riskbedömning i ett flertal olika måltyper.

1.4 Disposition och avgränsningar

Domstolens riskbedömning är en del av bevisvärderingsverksamheten som utförs av densamma och vilar därför på samma principer som bevisvärderingen gör. På grund av detta kommer bevisvärderingen att behandlas och utredas som ett första steg i att ge svar på mina frågeställningar. Därefter kommer begreppet riskbedömning att behandlas som ett eget kapitel av uppsatsen. Arbetet kommer att avslutas genom att ge svar på mina frågeställningar genom en analys och slutsatsdel. På grund av ämnets komplexitet och omfattning så kommer diskussionen att avgränsa sig till den riskbedömning som görs i brottmål.

2 Bevisvärdering enligt RB 35:1 §

2.1 Bevisvärderingen ur ett historiskt perspektiv

Bevisvärdering har existerat under lika många århundraden som rättskipning har funnits. Om inte en värdering av den bevisning som framlagts i rättskipningssyfte utförs så kan det inte heller finnas en övertygelse av en annans människas skuld till en viss händelse. Att finna denna övertygelse om vad som skall betraktas som sanning är vad bevisverksamheten ofta handlar om, d.v.s. vad som har hänt i det konkreta fallet. Hur bevisning skall gå till har dock skiftat under århundraden mellan å ena sidan lagbundna bestämmelser som binder domaren att utföra bevisningen enligt vissa i förväg formulerade regler och å andra sidan en mer friare bevisföring där domarens bevisföring handlar mer om att övertyga domaren än att hamna rätt i ett regelverk. Beroende på vilket av dessa två sätt som dominerar bevisvärderingen så refererar man antingen till den legala bevisteorin eller den s.k. fria bevisprövningens princip. Dessa två sätt att hantera bevisvärderingen är som två grundpelare som upprätthåller de normer som den gällande bevisrätten bygger på.

Under de senaste århundradena har tyngden flyttats från en strikt regelbunden syn på hur bevisning skall värderas till en mer friare värdering av bevisning. För ca 60 år sedan så skrevs det i den svenska lagen att den fria bevisprövningens princip skulle börja tillämpas. Men för att förstå dagens gällande bevisvärdering så skall jag börja med att ge en kort introduktion av vad dessa två grundpelare innebär både genom att ge det historiska perspektivet på bevisteorierna och genom att förklara deras motsättningar till varandra.

2.1.1 Den första pelaren: Den legala bevisteorin

Vad som kännetecknas av den legala bevisteorin är att den uppställer bestämmelser som reglerar vilka bevis som får förekomma i en rättegångsprocess samt hur dessa skall värderas.²

Exempel på hur den legala bevisteorin påverkar bevisvärderingen finner man främst i historieböckerna idag. I dessa kan man läsa att den legala bevisteorin delades in i positiv- och negativ bevisteori. Den positiva bevisteorin förpliktade domaren genom reglernas formuleringar och under vissa omständigheter förklara en sak s.k. ”fullt” bevisad. Den negativa

² Stening, ”Bevisvärde” sidan 25

bevisteorin är dess motsats, d.v.s. regler som hindrade domaren att förklara en sak ”fullt” bevisad.³

Begreppen ”fullt bevis” och ”halvt bevis” var centrala begrepp då den legala bevisteorin tillämpades. Dessa två begrepp utvecklades av de rättslärd i syfte att utarbeta olika modeller som skulle underlätta för rätten att veta när tillräckliga bevis kunde anses föreligga i det konkreta fallet. ”Fullt bevis” krävdes bl.a. för en fällande dom. Erkännandet ansågs vara ett ”fullt bevis”. Ett annat historiskt exempel på ”fullt bevis” är vittnesbevisningen från två samstämmiga vittnen.

Halvt bevis ansågs vara allt som var av relevans för att ta reda på sanningen men som inte kunde betraktas vara ”fullt bevis”. Exempel på ett typiskt ”halvt bevis” är i de fall där det bara finns ett vittne till händelsen då det föreskrevs att det skall vara två för att fullt bevis skall föreligga.⁴ Vidare vad gäller den ofullständiga bevisningen, d.v.s. ”halvt bevis” indelades den i tre olika grader, nämligen 1) halv bevisning, 2) mer än halv och 3) mindre än halv.

Med hjälp av begreppen ”fullt bevis” och ”halvt bevis” rangordnas alltså bevisningen då den legala bevisteorin tillämpas. Med hjälp av begreppen ”direkt” (naturlig) eller ”indirekt” (artificiell) värderades bevisningen. ”Direkt” bevisning förelåg då domarens övertygelse avgjordes genom bevis som omedelbart lämnade upplysning om det faktum som skulle bevisas. ”Indirekt” bevisning är den bevisning som stödjer sig på vissa redan bevisade faktum genom liknelser eller andra omständigheter (indicier), och från vilken domaren genom slutsats övertygades om sanningen om det omtvistade faktumet.⁵ Denna indelning mellan direkt och indirekt var mycket noga att hålla reda på under den tid då den legala bevisteorin tillämpades.⁶

Indiciebevisningen var ett mycket omdiskuterat område under den tid då den legala bevisteorin tillämpades och ansågs aldrig kunna utgöra ”fullt bevis”. Indiciebevisning visar ju nämligen endast olika omständigheter som ger upphov till ett högre bevisvärde för ett omtvistat faktum. I praxis finns det dock undantag till detta synsätt men de är mycket ovanliga.⁷ En sak vad gäller indicier och som kan tyckas vara bisarrt, var att en fällande dom kunde alltså följaktligen inte utdömas på blott indicier men samtidigt accepterades indiciebevisning i regel som tillräcklig grund för att få använda tortyr i syfte att få till stånd ett erkännande.⁸

Sammanfattningsvis kan det sägas om den legala bevisteorin att den innebär i stort sätt att rättstillämparen måste hela tiden ta hänsyn till de krav som

³ Dareborg, ”Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess” sidan 9

⁴ Stening ”Bevisvärde” sidan 25 och 1734 års rättegångsbalk 17:29§

⁵ J.C. Lindblad, ”Läran om bevisning inför rätta enligt Sveriges lag” sidan 85-86

⁶ Dareborg, ”Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess” sidan 10

⁷ Stening ”Bevisvärde” sidan 29-30

⁸ Dareborg, ”Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess” sidan 16

lagen uppställer på bevisningen och hur den skall värderas och de får aldrig grunda sin personliga övertygelse till ett avgörande.⁹

2.1.2 Den andra pelaren: Den fria bevisprövningens princip

Till skillnad mot den legala bevisteorin så tillåter den fria bevisprövningens princip att domaren använder sitt sunda förnuft vid bevisvärderingen. Den frigör nämligen domaren från legala regler som kan tänkas styra dennes handlande vid sin bevisvärdering av processmaterialet.

Vidare innebär den fria bevisprövningens princip att domstolen inte är begränsad ifråga om kunskapskällor som får användas för att övertyga domaren om riktigheten i ett visst faktum. Domstolen kan nämligen i princip välja precis hur den vill att bevisprövningen skall utföras och vilka medel som skall användas för att underlätta deras bevisvärderingsverksamhet. Domstolen kan exempelvis underkänna två samstämmiga vittnen om den anser att deras vittnesmål inte är tillräckligt trovärdiga och istället gå på det ensamma vittnets vittnesutsaga eller den ena partens utsaga om de så vill. Vad gäller indiciebevisning som var så omdiskuterad då den legala bevisteorin tillämpades så kan domaren med tillämpningen av den fria bevisprövningens princip mycket väl fälla den tilltalade endast med stöd av denna typ av indicier. Därför är kritiken att domstolen har fällt den tilltalade på ”blotta indicier” som ibland går att finna i nyhetstidningar m.m. kritik som inte riktigt passar in i ett rättssystem där den fria bevisprövningens princip tillämpas eftersom det är tillåtet och helt i överensstämmelse med principen att fälla någon endast med stöd av indicier. Denna typ av kritik är förmodligen en kvarleva från den tid då den legala bevisteorin tillämpades i bevisvärderingssammanhang.¹⁰

Sammanfattningsvis så innebär alltså den fria bevisprövningens princip att allt ligger i att övertyga domaren om att ett visst faktum är på det sättet som man påstår. I den legala bevisteorin var det mer att se till att man hamnade i de rätta lagparagraferna, och detta gällde domaren lika väl som det gällde den åtalade eller de övriga aktörerna i rättegången beroende på vad de ville med sitt framträdande i rätten. Med tillämpning av den fria bevisprövningens princip så uppställs heller inga restriktioner eller hinder om vad som får användas eller hur dessa skall värderas. Det är alltså upp till domstolen att värdera bevisningen i princip hur de vill för att därefter besluta sig för om bevisningen uppnår beviskravet eller i vart fall få till stånd en tillfredsställande riktighetshalt.¹¹

⁹ Dareborg, ”Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess” sidan 9

¹⁰ Ibid. sidan 10

¹¹ Ibid. sidan 11

2.1.3 Från den legala bevisteorin till den fria bevisprövningens princip

Ur ett europeiskt perspektiv vilade bevisrätten under nästan tusen år på pelaren som representerar den legala bevisteorin. Detta, nästan tusenåriga, välde uppstod i en tid av anarki och förfall i slutet av den romerska kejsartiden strax före romarrikets fall. I denna turbulenta tid ansåg makthavarna nämligen att det behövdes en garanti inom rättsväsendet som kunde motverka risken för korruption och nepotism. Denna garanti resulterade i att ett ganska omfattande regelverk i hur bevis skulle värderas i olika situationer m.m. Den legala bevisteorin kan därmed sägas dra sina anhängare med hjälp av en slags misstro gentemot ämbetsmäns förmåga att värdera bevisning på ett objektivt och godtagbart sätt.¹²

Den legala bevisteorin blev senare den mest dominerande läran om hur bevisning skulle prövas och värderas i hela området vi idag kallar Europa. Inte långt därefter spreds den legala bevisteorins dominerande ställning även till den svenska bevisrätten. Redan i de gamla landskapslagarna finner man spår av den legala bevisteorin men det är inte förrän på 1600-talet man kan säga att den legala bevisteorin var påtagligt visibel i de svenska lagarna.¹³

Under upplysningstiden, d.v.s. senare hälften av 1700-talet, uppstod stark kritik gentemot det sätt som lagen och rättstillämparen handhade bevisproblematiken. Den legala bevisteorin ifrågasätts öppet av flera betydande personligheter. Markisen Cesare Beccaria Bonesana och Jeremy Bentham var bland de som var de mest opinionsbildande kritikerna under denna tid. Exempelvis Bentham tyckte att det var upp till domaren att bedöma bevisningens värde och att alla former av bevis skulle godtas.¹⁴

Detta betraktelsesätt av bevisvärderingsrätten innebar ett totalt avsteg i motsatt riktning i förhållande till den legala bevisteorin. Denna uppfattning började snart delas av makthavarna i de olika rättstaterna runt om i Europa och under 1800-talets första decennier var det allt mer vanligare att bl.a. indicier tillades fullt bevisvärde och att man i allt större omfattning började tillämpa en friare bevisprövning än vad som gjorts under flera sekler innan.¹⁵

År 1832 lades det första förslaget till allmän kriminallag på den svenska riksdagens bord. Förslaget innehöll hård kritik mot den legala bevisteorin med tillhörande förslag som verkade för en friare bevisprövning.¹⁶ Johan Gabriel Richert¹⁷ var en av dem som ingick i den grupp som hade arbetat på

¹² Dareborg, "Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess" sidan 15

¹³ Ibid. sidan 17

¹⁴ Ibid. sidan 29

¹⁵ J.C. Lindblad, "Läran om bevisning inför rätta enligt Sveriges lag" sidan 29

¹⁶ Inger G. "Svensk rättshistoria" sidan 177

¹⁷ Johan Gabriel Richert (1784-1864), den svenska liberalismens fader och Sveriges främsta jurist under 1800-talets första hälft (Ibid. sidan 171)

detta förslag.¹⁸ Förslaget bemöttes av hård kritik. Den kritik som riktades till en mer friare bevisprövning kunde dock bemötas av att det vid tidpunkten för kritiken var en erkänd sak i nästan hela den civiliserade världen att inte stadga i lag hur bevisning skulle värderas.¹⁹ Det som är intressant i detta sammanhang är att i domstolarna i Sverige i vissa fall redan tillämpade en mer friare bevisvärdering än vad den legala bevisteorin egentligen skulle ha tillåtit vid denna tid.²⁰ Denna utveckling i praxis var naturligtvis till stor fördel för den fria bevisprövningens anhängare och blev dessutom en stark argumentationsgrund i de fortsatta debatterna om att införa en mer friare bevisprövning som hade stöd i lag. I Sverige trappades diskussionerna upp i slutet av 1800-talet och fortsatte med ohejdad fart till alldeles i början av 1900-talet. Förslag efter förslag på att man ville få till stånd en reform av 1734 års bevisbestämmelser lades på riksdagens bord. Inget av dem gick dock igenom. Den allmänna fruktan bland makthavarna var nämligen vid den här tiden att den fria bevisprövningen skulle leda till rättsosäkerhet och godtycke inom rättskipningen. Det dröjde ända fram till 1948 års reformprocess innan riksdagen kom över denna fruktan och den fria bevisprövningens princip infördes i lagen.²¹ Lagregeln uttryckte tydligt att det var den fria bevisprövningens princip som skulle börja tillämpas.²²

Därmed hade tyngden flyttats från den legala bevisteorins pelare till den fria bevisprövningens pelare där det så att säga påbörjades ett intensivt byggande.

2.2 Allmänt om bevisvärdering

Att värdera det processmaterial som framläggs vid en brottsmålsrättegång är troligen det mest centrala och kanske det mest viktigaste momentet som utförs. Detta moment måste göras korrekt för att domen skall skipa rättvisa, d.v.s. att den skyldige blir dömd och att den oskyldige blir friad. Denna verksamhet har undan för undan ökat i betydelse under årens lopp på grund av att sättet att pröva bevisning har flyttats från religiösa föreställningar genom en själlös analys av bevismedel, genom tillämpningen av den s.k. legala bevisteorin, fram till den mer förnuftighetsanpassade och självsfulla tillämpningen av den fria bevisprövningens princip.²³

Detta innebär alltså att lagen inte längre föreskriver hur bevis skall värderas. Trots att det stadgas att det är fritt upp till domaren hur bevisningen skall värderas så kan dennes bevisvärdering inte vara fullkomligt fri från några som helst begränsningar om en rättsstat skall fungera. Det måste nämligen finnas vissa principer och normer som domaren måste ta hänsyn till vid sin bevisvärdering. Annars är risken alldeles för stor om inte helt oundviklig att godtycklighet, partiskhet samt värdering av bevisning grundad på domarens

¹⁸ Dareborg, "Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess" sidan 34

¹⁹ Ibid. sidan 42

²⁰ Ekelöf "Rättegång första häfte", sidan 95

²¹ Dareborg, "Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess" sidan 65-67

²² 1948 års RB 35:1§

²³ Diesen "Bevisprövning i brottmål" sidan 7-8

personliga fördomar blir en del av bevisvärderingen. Ju allvarigare ärenden som skall bedömas desto svårare följer kan dessa beteenden av rättstillämparen få.²⁴

I RB 35:1 § stadgas det att det är den fria bevisprövningens princip som skall tillämpas. Lagstiftaren har sedan lämnat det helt öppet för domaren i hur detta exakt skall gå till. I förarbetena finns det dock vissa principer som domaren skall ta hänsyn till då denne tillämpar RB 35:1 §. Dessa principer kommer jag att gå igenom senare i ett samlat kapitel.

Utmärkande för bevisvärderingen är att det anses vara en kunskapsteoretisk verksamhet. Detta innebär att domaren värderar bevisen utifrån dennes kännedom om de faktiska sakförhållandena och hur dessa inverkar på varandra.²⁵ Det måste alltså finnas en teoretisk, godtagbar möjlighet till att förklara hur, vad och varför bevisning värderas på det sätt det gjordes. Frågan som domaren måste besvara är alltså hur denne bör gå till väga för att finna en sådan möjlighet, d.v.s. en möjlighet att förklara varför det exempelvis ansågs finnas en reell risk för fortsatt brottslighet etc.

Att bevisvärdering anses vara en kunskapsteoretisk verksamhet delas dock inte av alla. Lindell menar att bevisvärdering är mer en form av kunskapsbaserad rättstillämpning.²⁶ Det kunskapsbaserade synsättet har sin förebild i det naturvetenskapliga normsystemet och skiljer sig därmed betydligt ifrån de rena sannolikhetsteorierna. De som inte delar Lindells åsikt anser att det kunskapsbaserade synsättet inte passar in i bevisvärderingen på grund av att det används alldeles för många fiktiva förklaringar till varför en viss sak skall anses vara bevisad.²⁷

2.2.1 Begrepp²⁸

De termer och begrepp som används inom bevisvärderingsdiskussionerna har som syfte att sortera och bryta upp processmaterialet i mindre bitar och sedan ordna dessa bitar i ett slags fungerande system. Det gäller alltså att förena och sammanfoga steg för steg de straffrättsliga reglernas rekvisit med rätts- och bevisfakta i det konkreta fallet. Detta arbetssätt kräver att de olika bitarna får en etikett på sig. Genom att sätta etiketter på olika begrepp så blir det betydligt lättare för domstolen att bearbeta sig igenom processmaterialet på ett mer organiserat och systematiskt sätt vid bevisvärderingen.²⁹

Under denna rubrik skall jag därför kort introducera de termer som används för de begrepp som är speciella inom bevisvärderingsrätten. Jag hoppas att detta kommer att underlätta för läsaren att ta till sig informationen i detta arbete. Alla de begrepp som jag kommer att redogöra för här nedan kommer

²⁴ Dareborg, "Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess" sidan 11

²⁵ "Straffprocessen" sidan 397

²⁶ Lindell, "Civilprocessen" sidan 478 ff.

²⁷ "Straffprocessen" sidan 423

²⁸ "Juridikens termer" 9:e upplagan [2002]

²⁹ Jacobsson "Lagbok i straffprocess" sidan 230

jag nämligen att använda i ganska stor utsträckning om vartannat i arbetet och det är lätt att blanda ihop begreppen om man inte är uppmärksam.

- *Rättsfakta*, är själva gärningsbeskrivningen som skall motsvara rekvisiten för ett visst brott.
- *Bevisfakta*, är stoffet och de direkta omständigheterna som hänför sig till bevisemat. Här är det viktigt att hålla isär begreppen rättsfakta och bevisfakta. Skillnaden mellan dessa begrepp är att den bakomliggande orsaken till den skriftliga handlingens tillkomst är ett rättsfaktum medan det skriftliga innehållet och/eller dess äkthet betecknas som bevisfaktum.
- *Hjälpfakta*, är de omständigheter som ökar eller minskar bevisvärdet av bevisfakta t.ex. vittnes personliga förutsättningar som ex. dennes syn etc. samt ljuset på platsen vid brottet etc.
- *Bevistema*, (ibland kallat bevisföremål) denna term används som beteckning för de sakförhållandena och omständigheter som skall bevisas i rättegången.
- *Bevismedel*, den typ av bevisning som skall användas t.ex. vittnesförhör, syn, sakkunnighetsutlåtanden etc.
- *Indicium*, är de omständigheter och bevis som i regel inte ensamt och självständigt kan bevisa förekomsten av ett bevistema, t.ex. fingeravtryck, blodfläckar, fotavtryck etc. Ett indicium brukar också definieras som en föreliggande omständighet, vilket rättstillämparen kan med förnuftet sluta sig till viss omständighet som är upp till prövning i bevissyfte.³⁰
- *Erfarenhetssats*, bygger på induktion, som innebär att man från observationer i det enskilda fallet sluter till en allmängiltig norm. Erfarenhetssatser består av ”generalizations of tendency”.³¹
- *Ursprungssannolikhet*, är ett begrepp som används för att ge ett grundvärde på ett visst bevistema. Det fungerar främst som ett selektivt instrument som används för att helt enkelt ange vad som behöver bevisas, d.v.s. vad som är relevant men också samtidigt kunna avfärda påståenden som är helt verklighetsfrämmande. Ursprungssannolikheten för ett visst bevistema får dock inte höjas på grund av kunskap om annan bevisning, d.v.s. när domaren bedömer bevis B så skall domaren inte låta sig påverkas av att denne vet att även bevis A är ett bevis för samma tema. Bevisen skall alltså vara helt oberoende av varandra.³² Annars finns en risk att ursprungssannolikheten övervärderas. Exempelvis om den tilltalade lämnar en osannolik redogörelse för det inträffade så finns det alltså en risk att förklaringen avfärdas på grund av att ursprungssannolikheten för att det skall vara sant anses vara för liten. Som bevisvärderare i detta läge är det viktigt att ihågkomma att även

³⁰ Dareborg ”Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess” sidan 10

³¹ ”Straffprocessen” sidan 400

³² Ibid. sidan 409

den mest osannolika redogörelse kan faktiskt vara sann och bör i vart fall inte avfärdas helt utan vidare.³³

Alla övriga begrepp som inte tagits upp här men som av någon anledning kommer att användas i arbetet kommer att förklaras i det sammanhang där de påträffas.

2.2.2 Principer

Inom bevisvärderingsrätten finns ett flertal principer som bevisvärderaren bör ta hänsyn till. De mest grundläggande principerna går att finna i processlagsberedningens uttalanden från år 1943.

- *Objektivitetsprincipen.* Bevisvärderingen skall enligt 1943 års processlagsberedning för det första bygga på en objektivitetsprincip, vilket innebär att domaren inte får grunda sitt avgörande på en ren subjektiv uppfattning rörande de olika bevisen.³⁴
- *Analys- och Redovisningsprincipen:* Vidare säger processlagsberedningen att det åligger domaren att för sig själv och även i domskälen klarlägga de olika grunder, på vilka denne stödjer sin övertygelse på. Här uppställs ett slags kontrollinstitut bestående av två sammanlänkande principer som bevisvärderaren bör ta hänsyn till, nämligen en redovisningsprincip och en analysprincip. Dessa två principiella grunder uttrycker att värderingen skall grundas på analys och värdering av allt som framkommit i processmaterialet. Domaren får alltså inte grunda sitt avgörande på lösa ogenomtänkta grunder utan här är det verkligen viktigt att kunna konsten att bryta ner bevisningen i mindre mer hanterbara delar för att bevisningen verkligen skall kunna genomgå en noggrann analys med tillhörande förklaring av denne. Detta kan sägas gälla varje bevisfaktum hur ringa det ens kan tänkas vara i förhållande till den övriga bevisningen. Hänsyn kan dock tas till omständigheter som är allmänt veterliga, eller till erfarenhetssatser som är kända för domaren trots att dessa omständigheter inte kan sägas ha framkommit i det material som framkommit i den enskilda rättegångsförhandlingen.³⁵
- *Omedelbarhetsprincipen:* Slutligen så uppställs ett materialbegränsningskrav i linje med omedelbarhetsprincipen. Processlagsberedningen säger nämligen att domstolen är begränsad till det material som framkommit i rättegången.³⁶ Detta innebär att om domaren vet sådant som är relevant för bevisvärderingen men som inte har kommit fram under rättegången så bör han avsätta sig målet i fråga och erbjuda sig som vittne om det skall kunna tas i

³³ ”Straffprocessen” sidan 417

³⁴ NJA II 1943 sidan 445

³⁵ Ibid., RB 35:2§, Jacobsson ”Lagbok i straffprocess” sidan 230, ”Straffprocessen” sidan 417

³⁶ NJA II 1943 s 445

värderingen, så till vida det inte handlar om sådant som faller under RB 35:2 § tillämpningsområde.³⁷

- *Det stora antalets princip*: Med denna princip menas att det inte är det stora antalet eller brist på antal bevis som är avgörande utan deras bevisvärde. Domaren skall alltså titta på varje enskilt bevis, skiljt från den övriga bevisningen, och därefter värdera den. Detta kan tyckas självklart men det finns nämligen en fara i att domstolen genom ren imponering av det stora antal bevisning som åklagaren lägger fram gör att de enskilda bevisens bevisvärde höjs vilket leder till att domstolen agerar i opposition till denna mycket grundläggande princip inom bevisvärderingen. Det gäller alltså som domstol att inte dras med i en bevispresentation som är storartad i det att den innehåller ett stort antal presenterade bevis utan att hela tiden fokusera på det enskilda beviset och dess värde. Detta kan förhindras genom att ha denna princip i bakhuvudet då storartade bevispresentationer framläggs i form av ett stort antal bevis.³⁸
- *Principen om totalintrycket*: Enkelt uttryckt så innebär principen att domstolen inte skall grunda själva domstolsavgörande på ett totalintryck av processmaterialet. Detta innebär att alla bevis måste prövas var för sig innan domaren drar sin slutsats. Denna princip går att finna i processlagsberedningens direktiv och som stöddes av tidigare praxis och uttalanden av de rättslärdar.³⁹
- *Principen om det ”bästa bevismedlet”*: Denna princip innebär att det bevis som har den kortaste beviskedjan, värderas högre än det bevis som har en längre beviskedja. Ett exempel på en beviskedja kan vara att åklagaren åberopar som vittne den polis som uppmätt ett bromsspår efter en bil för att bevisa att tilltalade hade åkt för fort. Kedjan innehåller då A) Polisens vittnesmål, B) bromsspårets längd, C) bilens beräknade hastighet. Det som domstolen har i detta fall att bedöma är alltså beviskedjan A → B → C där påståendet om att den tilltalades bil har åkt för fort är i tredje ledet av den uppkomna beviskedjan.⁴⁰ Vidare innebär principen enligt Ekelöf att ”om en och samma kunskapskälla utan svårighet kan utnyttjas på flera olika sätt, så skall det bevismedel användas, som medför den säkraste bevisningen”.⁴¹
- *In dubio pro reo*: Denna princip kan översättas till ”i tveksamma fall”.⁴² Innebörden av principen är att i de fall där inga särskilda omständigheter kan påvisas, skall utslaget vara till förmån för den

³⁷ Ekelöf ”Rättegång fjärde häftet” sidan 23

³⁸ Ibid. sidan 145, ”Straffprocessen” sidan 418

³⁹ NJA II 1943 s 445

⁴⁰ Ekelöf ”Rättegång fjärde häftet” sidan 16

⁴¹ Ibid. sidan 27

⁴² ”Juridikens termer” sidan 86

tilltalade. I bevisvärderingssammanhang tillämpas denna princip på varje enskilt bevis.⁴³

- *In dubio mitius*: Denna princip innebär att domstolen hellre skall fria än fälla i tvivelaktiga fall.⁴⁴

2.2.3 Felkällor

Vad man bör komma ihåg då det gäller bevisvärderingsfrågor och då i synnerhet i en riskbedömning är att det alltid finns en risk för att processmaterialet är ofullständigt eller obalanserat genom att fakta eller relevanta hypoteser inte kan tas upp till bedömning. Exempel på felkällor är exempelvis att alternativa hypoteser inte undersökts eller inte undersökts ordentligt vid förundersökningen. Andra felkällor uppstår genom att de ”rätta” frågorna inte ställs under huvudförhandlingen vilket kan leda till att domaren hamnar fel i förhållande till vad som verkligen hänt. Felkällor kan även uppstå på grund av brister i domarens erfarenhet och kunskap samt hos dennes förmåga att tillämpa de grundprinciper som finns inom bevisvärderingen. Så risk för felkällor i bevisvärderingsfrågor kan alltså uppkomma på alla stadier av en rättsprocess, från förundersökningen till huvudförhandlingen i domstolen. Dessa felkällor kan dock i regel bäst avhjälpas genom att de olika rättsaktörerna såsom polis, åklagare, försvarare och domare verkligen tillämpar de principer och metoder som finns för att underlätta och säkerställa rättssäkerheten i bevisvärderingsverksamheten. Vidare bör de också vara mer aktiva i att konfrontera sig själva med motfrågor. Vilka motstående hypoteser finns det? Hur starka bevis är det som talar för dem? etc.⁴⁵

2.2.4 Teknisk bevisning

Angående det genom tiderna mycket omdiskuterade indiciebeviset så har det genomgått en bokstavligen fängslade utveckling. Idag har indiciebevisning nämligen en mycket högre prioriterad värderingsplats inom bevismaterialet än vad den traditionellt har haft och det är inte helt ovanligt att domaren grundar en fällande dom på bara indicier. Skälet till denna utveckling är nog framförallt kriminalteknikens framsteg. Trots att indiciebevisning idag har en mycket högre ställning inom bevisvärderingen, samt att indelningen på direkt och indirekt bevisning torde ha spelat ut sin roll, verkar det som att den gamla misstänksamheten mot indiciebeviset dock lever kvar till viss del.⁴⁶

⁴³ ”Straffprocessen” sidan 399

⁴⁴ ”Juridikens termer” sidan 86

⁴⁵ SvJT 1988 sidan 606-609 ”Osannolikhet eller ovisshet? En fråga om behandlingen av alternativhypoteser vid bevisvärderingen” av prof.emer P-O Bolding

⁴⁶ Dareborg, ”Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess” sidan 71, Bolding ”Bevisbörda och beviskrav” sidan 13

2.3 Beviskravet

Ett centralt begrepp som gör sig gällande i bevisvärderingsfrågor är beviskravet, d.v.s. frågan om hur stark bevisningen bör vara för att den skall anses vara bevisad.

Uttrycket ”ställt utom rimligt tvivel” användes av HD för första gången i NJA 1980 s. 725, i ett mål där två män stod åtalade för bl.a. våldtäkt på två flickor. HD sade att det måste vara ”ställt utom rimligt tvivel” att de tilltalade skall ha gjort sig skyldiga till det som de belastats för av åklagaren. Det ansågs dock i detta fall att det förelåg betydande utrymme för sådant tvivel med avseende på de tilltalade samt med hänvisning till den bevisning som framkommit i fallet. Ingen av dem fälldes därför till ansvar. Uttrycket ”ställt utom rimligt tvivel” är den nu rådande och gällande formuleringen och det krav som måste uppfyllas innan en fällande dom skall kunna vara aktuell i en brottmålsrättegång.⁴⁷

Detta krav på bevisningen tvingar domstolen bl.a. att ta ställning till innehållet i bevisningen genom att värdera den. I vissa mål har HD till och med fastslagit vissa kriterier för hur en viss sak skall värderas för att det skall nå upp till beviskravet, se exempelvis NJA 2004 s 174 där kriterier tas upp som skall ha till syfte att användas i domarens bevisvärdering av de bevisfakta som ligger till grund för bevistemat om att uppsåt har förelegat. Vidare ställde HD i målen NJA 1993 s 616 och NJA 1991 s 83 upp vissa bestämda bevisvärderingskriterier i sin strävan att precisera beviskravet och sade att om dessa kriterier inte uppfyllts så behövs det stöd av ytterligare utredning. Dessa kriterier kan dock endast vara ett hjälpmedel i domstolens värdering av bevisningen eftersom det inte finns något som ett exakt likadant mål som innehåller exakt samma förutsättningar. Dessutom så skulle det i viss utsträckning strida mot den fria bevisprövningens princip om dessa kriterier var tänkta som ledande prejudikat som borde följas av underrätterna som om de vore regler. Om det skulle vara på det sättet så kan detta förhållningssätt till bevisvärderingen jämföras till den legal uppräknings av omständigheter som gjorde beviset tillräckligt starkt för en fällande dom då den legala bevisteorin tillämpades.⁴⁸

Ett typiskt problemområde angående beviskravet är hur de subjektiva rekvisiten skall ”ställas utom rimligt tvivel”. Skillnaden mellan de objektiva och de subjektiva rekvisiten är ju att de objektiva rekvisiten är ju oftast av en synlig och konkret karaktär, medan de subjektiva rekvisiten som är dess raka motsats är sådant som är abstrakt och inte synligt, d.v.s. motivet bakom gärningen eller den anklagades sinnesnärvaro vid brottstillfället. Denna kunskap är svår och i vissa fall omöjlig att fastställa. På det subjektiva området, i motsats till det objektiva området, finns nämligen ingen lagstiftning som reglerar hur en gärningsman skall bete sig för att det subjektiva rekvisitet i brottsbestämmelsen skall anses vara uppfyllt.

⁴⁷ “Bevispraxis, Bevis 5” sidan 77

⁴⁸ ”Straffprocessen” sidan 414-416

Lagstiftaren har här istället valt att överlåta denna fråga om hur de skall tillämpas och vad deras innebörd skall vara till rättstillämpningen. Detta skall dock inte tolkas på ett sätt som ger rättstillämparen rätt att frånga det beviskrav som finns i brottmål då det subjektiva rekvisitet skall fastställas.⁴⁹

Denna problematik som finns angående det subjektiva rekvisitet kan jämföras till den situationen som uppstår då rätten måste fastställa om det finns en risk eller inte. Risken är ju varken synlig eller konkret till sin karaktär utan snarare ett icke synligt och abstrakt rekvisit, alltså mer likt det subjektiva rekvisitet. På samma sätt som då det gäller det subjektiva så skall inte heller detta rekvisit frånga det beviskrav som finns i brottmål.

Vidare angående beviskravets formulering så bör det nämnas att det är utformat på det sättet att det inte kräver att domstolen är säker på sin sak, inte ens att det är ställt utom ”varje” rimligt tvivel. För om det räckte för försvaret att endast så ett frö av tvivel, skulle det i många fall vara omöjligt att fälla den tilltalade till ansvar. Alltså bör en viss felmarginal anses vara tillåten och att tvivlet skall provas rationellt.⁵⁰

Det ligger därför i systemet att ett antal oskyldiga kan komma att dömas till en viss brottsrubricering där skillnad på påföljd kan vara från å ena sidan böter till å andra sidan ett längre fängelsestraff som presumption. Om och när oskyldiga personer eventuellt fälls i våra domstolar är det ett allvarligt nederlag för rättssäkerheten och därför så försöker rättssystemet undvika detta så gott den kan genom att tillämpa beviskravet ”ställt utom rimligt tvivel” tillsammans med principen ”in dubio pro reo”, d.v.s. att osäkerhet räknas den tilltalade till godo, samt att rätten också hellre friar en skyldig än dömer en oskyldig. Detta skyddar den oskyldige att bli dömd samtidigt som det skyddar den samhälleliga tron på rättskipningen.⁵¹

2.3.1 Eliminering av tvivel

Vad betyder uttrycket ”utan rimligt tvivel” egentligen och hur kan någonting anses uppnå detta krav på rimlighet som så klart uttrycks i beviskravet?

Christian Diesen har granskat detta uttryck och ställt sig frågan vad ordet rimligt innebär. Han menar att ordet rimligt består av tre kriterier i sammanhanget, nämligen att det rimliga tvivlet skall vara:

- Rationellt, d.v.s. att bevisningen kan motiveras logiskt.
- Konkret, d.v.s. att bevisningen byggs upp med hjälp av fakta i målet.
- Relativt, d.v.s. att det skall ske en rimlighetsbedömning inom ramen för målets uppsättning av grundläggande egenskaper.⁵²

⁴⁹ Diesen, ”Bevisprövning i brottmål” sidan 91

⁵⁰ Diesen, ”Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål” sidan 516-516

⁵¹ Ekelöf, ”Rättegång fjärde häftet” sidan 113, 117

⁵² Diesen, ”Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål” sidan 526

Vidare angående ordet ”rimligt” säger han att detta ordval betonar att det är fakta i målet och erfarenhetsmässig kunskap och inte den subjektiva övertygelsen som avgörandet skall grundas på. Vidare innebär denna rimlighetsbedömning av tvivel en metod för bevisprövning, nämligen att genom att eliminera tvivel som en skuld kan bevisas.⁵³ Så länge annan källa än det angivna gärningsbeskrivningen är tänkbar för de befintliga bevisen ska prövningen därför fortsätta. Om fortsatt prövning inte är påkallad eller möjlig och annan källa fortfarande framstår som rimlig är åklagarens gärningsbeskrivning inte ”ställt utom rimligt tvivel”.⁵⁴

Måttet för beviskravet är alltså att rimligt tvivel inte får underminera slutsatsen att exempelvis risken för fortsatt brottslighet föreligger i det konkreta fallet. Vad som skapar ett ”rimligt tvivel” är alltså att det finns en alternativ förklaring som bevisningen kan ta fasta på. ”Ett rimligt tvivel är det tvivel, som baseras på förnuft och allmänna erfarenheter (common sense), d.v.s. den typ av tvivel, som skulle få varje förnuftig person att tveka inför en handling. Bevis utom rimligt tvivel måste därför vara bevis, som är så övertygande att en förnuftig person inte skulle tveka att lita på dem när det gällde ett ytterst viktigt avgörande för honom själv”.⁵⁵

2.3.2 Robusthet

Ekelöf använder sin egen begreppsterminologi med hjälp av ett mått av ”robusthet” för att förklara i vilken utsträckning bevisning skall framkomma för att en fällande dom skall vara aktuell. Med denna term menas att sannolikhetsvärdet i ett bevis är beroende på hur grundlig utredningen har varit. Det kan betyda att en hög sannolikhetsvärde kan uppnås med en mager utredning men att denna sannolikhet inte är robust eftersom man får räkna med att sannolikhetsvärdet förändras om och när ytterligare bevisningsmaterial skulle tillkomma. Har dock exempelvis en grundlig utredning gjorts angående riskens existens i det konkreta fallet så minskar faran avsevärt att ytterligare bevismaterial skall tillkomma med resultatet att sannolikhetsvärdet består.⁵⁶

När en bevisning alltså kan anses vara robust skall det tolkas så att utredningen är så fullständig, att det inte går att finna någon mer bevisning än den som har förts fram och som skulle kunna påverka riskbedömningen eller bevisvärderingen. I lindrigare mål skulle detta medföra att man nöjer sig med en mindre grundlig utredning. Om det dock var fråga om grovre brottslighet skulle en likadan utredning inte anses tillräcklig. Att bevisningen anses vara robust förklaras vidare att ytterligare utredningen inte behövs för att påverka det aktuella bevisläget i målet. Skillnaden mellan lindriga och grova brott är därmed inte själva beviskravet utan det är istället kraven på bevisens robusthet som varierar. I de lindrigare brotten kan

⁵³ “Bevispraxis, Bevis 5” sidan 77

⁵⁴ Diesen, ”Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål” sidan 513-514

⁵⁵ Ibid. sidan 514-516

⁵⁶ ”Straffprocessen” sidan 412

nämligen utredningskravet oftast uppnås lättare än i ett grövre brottmål. Exempelvis så kan ett erkännande räcka för att ett rimligt tvivel skall kunna uteslutas i ett lindrigt brott men detta räcker inte alltid i fallen med grövre brottslighet. Om domstolen i erkända grövre brott begär att åklagaren skall komplettera sin bevisning betyder detta inte att beviskravet höjs i förhållande till ett lindrigare brott som erkänts utan snarare att en mer omfattande utredning bör företas. Det är alltså utredningens omfattning som varierar och inte beviskravet i fråga om lindrigare respektive grövre brottslighet.⁵⁷

Det är därför viktigt att processmaterialet inte är för magert då en rimlighetsbedömning skall göras, i annat fall kan det leda till att beviskravet inte kan uppnås på grund av att exempelvis en tillfredställande riskbedömning aldrig sker. Sannolikhetsvärdet beror således inte endast på hur tillförlitligt det befintliga beslutsunderlaget är, utan också på hur grundlig utredningen är. Så när ett åtal ogillas av beviskäl beror det antingen på att gärningen inte når upp till beviskravet eller på att den inte är tillräckligt utredd. Beviskravet och utredningskravet har därför en nära koppling till varandra.⁵⁸

2.4 Utredningskravet

”Om någon drar den slutsatsen och påstår att det blir regn har vi knappast skäl att lita på detta om grunden för slutsatsen är att han har råkat trampa ihjäl en spindel. Något större blir tilltron till påståendet om vi båda kan se mörka moln vid horisonten. Och om en meteorolog, på basis av information om lufttryck, vindriktning, vindhastighet etc. givit en prognos att ett större lågtrycksområde är på väg in från Atlanten kanske vi blir övertygade.”⁵⁹

Sannolikhetsvärdet i en slutsats beror därför på vilken grund den står på och i vilken utsträckning den kan omkullkastas av nya fakta. Därför borde en del av exempelvis en riskbedömningen gå ut på att konstatera om utredningen angående riskens existens i målet räcker för att rätten skall våga uttala sig därom, med den säkerhet som beviskravet ”ställt utom rimligt tvivel” uttrycker. Utredningen bör alltså vara av den omfattningen att domstolen har möjlighet att utföra en tillfredställande riskbedömning som kan nå upp till beviskravets nivå. Det krävs därmed en viss utredningsstandard där gränserna bestäms i det enskilda målet beroende på omständigheterna i målet.⁶⁰

⁵⁷ Ekelöf, ”Rättegång fjärde häftet” sidan 117-128

⁵⁸ Diesen, ”Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål” sidan 547, 557-558

⁵⁹ Ibid. sidan 548

⁶⁰ Diesen, ”Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål” sidan 526, 548-549

2.4.1 Brister i utredningen

I brottmål är det åklagaren som har hela bevisbördan⁶¹. Valet att lägga bevisbördan på åklagaren bygger dels på den anklagades rätt till tystnad och dels på att lagstiftaren vill motverka att oskyldiga döms för brott de inte begått.⁶² Även om det är åklagaren som har det primära utredningsansvaret så bör det ihåggkommas att om rätten utför en riskbedömning och avgör en sakfråga utan att utredningskravet är uppfyllt innebär detta i regel att ett rättegångsfel föreligger.⁶³

Om tillämpningen av beviskravet handlar om att eliminera tvivel till förmån för den tilltalade så borde det också innebära att om rätten finner ett rimligt alternativ till åklagarens gärningsbeskrivning, och att detta alternativ är till den tilltalades fördel, skall den tilltalade frias från misstanke. För att detta skall ske, d.v.s. att en alternativ hypotes prövas av rätten krävs det att en rimlighetsbedömning kan göras på denna alternativa hypotes med stöd av det material som framkommit till rätten. Rätten uppställer nämligen under processens gång alternativa hypoteser till den tilltalades förmån. Är det fråga om grov brottslighet är det därför ännu viktigare för åklagaren, genom utredning, att se till att alternativa hypoteser elimineras i största möjliga utsträckning.⁶⁴

Om en rimlighetsbedömning inte kan göras på en alternativ hypotes belastas i regel åklagaren för att det finns brister i utredningen. I rättsfallet NJA 1991 s 83 uttryckte HD nämligen att utredningsbrister ”går ut över åklagaren”. Detta handlingssätt av rätten kan sägas grunda sig i rättens kontrollansvar att åklagaren tar hänsyn till den lagstadgad objektivitetsplikt i RB 23:4 §, vilket innebär att även omständigheter som är till den tilltalades förmån skall beaktas. Detta är viktigt att ihåggkomma eftersom även om åklagaren måste utreda omständigheterna som rör gärningsbeskrivningen så måste åklagaren även göra en viss utredning på de omständigheter som kan påvisa att det finns alternativa hypoteser till åklagarens gärningsbeskrivning, d.v.s. bevisemat. I annat fall riskerar som sagt åklagaren att rätten anser att brister föreligger i processmaterialet. Visar det sig finnas brister i åklagarens utredning kan detta leda till att åtalet ogillas.⁶⁵ Praxis har nämligen visat att HD friat den anklagade med motiveringen att det föreligger brister i utredningen.

I rättsfallet NJA 1986 s 821 stod en man åtalad för sexuellt utnyttjande av sin dotter. Underinstanserna friade mannen, eftersom bevisningen inte hade sådan styrka att rimligt tvivel kunde elimineras, d.v.s. beviskravet ansågs inte vara uppfyllt. HD gjorde däremot inte sin bedömning utifrån frågan om beviskravet var uppfyllt eller inte utan mannen friades på skälen att det

⁶¹ Undantag finns till denna huvudregel, se exempelvis Ekelöf, ”Rättegång fjärde häftet” sidan 121-122

⁶² Ibid. sidan 113

⁶³ Diesen, ”Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål” sidan 552-553

⁶⁴ Ibid. sidan 556-557

⁶⁵ Ibid. sidan 553-554

förelåg vissa brister som gjorde bedömningen osäker, utredningen uppfyllde helt enkelt inte det utredningskrav som behövdes för att en bevisprövning skulle kunna utföras.

I rättsfallet NJA 1990 s 555 var en man åtalad för rattfylleri och rättsfrågan var om han verkligen hade fört bilen eller inte. I detta rättsfall klargjorde HD i domskälen att den friande domen grundades på att åklagaren inte uppfyllt sin utredningsbörda. HD sade nämligen att ”vid övervägande av vad som sålunda upptagits finner högsta domstolen inte utredningen med sådan styrka utesluta andra tänkbara händelseförlopp än att den tilltalade själv kört bilen att det blivit ’ställt utom rimligt tvivel’ att han gjort sig skyldig till brott i enlighet med åtalet”.

Till sist bör en brist i utredningen skiljas från de fall då åklagaren kan sägas ha misslyckats med sin redovisning av processmaterialet vid en huvudförhandling. Utredningskravet brister nämligen endast när det vid huvudförhandlingen saknas processmaterial i något relevant avsnitt och alltså inte i de fall då åklagaren endast underlåter att omvandla de befintliga utredningsmaterialen till processmaterial.⁶⁶

2.4.2 Variationer i utredningskravet

I brottmål varierar utredningskravet från fall till fall, beroende av brottets grovhet, den tilltalades inställning och enskilda omständigheter i målet.⁶⁷ Utredningskravet kan därför skilja sig betydligt mellan ett lindrigt brott och ett grövre brott eftersom utredningsunderlaget är av betydligt mindre omfattning jämfört med utredningsunderlaget vid ett grövre brott. I lindriga brottmål tillåts nämligen domstolen dra slutsatser på ett mer begränsat underlag än vid grövre brottmål. I samtliga fall krävs det dock att det inte finns något konkret tvivel om att åklagarens gärningsbeskrivning stämmer. Ett rekvisits komplexitet har också en inverkan på utredningskravets omfattning. Exempelvis om riskobjektet i en riskbedömning är så pass komplicerat och tillhör ett område där specialkunskap krävs leder detta naturligtvis till att mer resurser måste utnyttjas för att överhuvudtaget få kunskap om de relevanta sakförhållandena innan en bedömning eller värdering av risken kan göras.⁶⁸

2.4.3 Utredningskravets omfattning och innehåll

Christian Diesen uppställer tre punkter där han menar att utredningskravets omfattning och innehåll består i att med processmaterialet tillgodose:

⁶⁶ Diesen, ”Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål” sidan 558

⁶⁷ Ibid. sidan 555

⁶⁸ Diesen, ”Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål” sidan 525-526

- Vad som i allmänhet krävs för att pröva påståendet om ett brott som det aktuella.
- Vad som i det konkreta fallet krävs för att kunna pröva den tilltalades rimliga invändningar.
- Vad som i det konkreta fallet krävs för att kunna eliminera eventuellt kvarstående osäkerhet enligt vad målets karaktär kräver.

I samband med punkt tre bör tilläggas att det vore att lägga en orimlig börda på åklagaren om det vore så att det krävdes att alla alternativa hypoteser, som kan ge upphov till osäkerhet, skall utredas så att de kan elimineras i alla typer av brottmål. Målets karaktär och dess faktiska omständigheter är det som alltså bör styra åklagarens börda att eliminera andra alternativa hypoteser. Denna börda bör alltså öka men också minska i samma utsträckning som det aktuella målet ger anledning att pröva andra friande hypoteser än de uttryckta. Dessutom vore det ur ett rättsekonomiskt perspektiv orimligt om även ett erkänt skadegörelsebrott skulle få genomgå samma höga krav på utredning och eliminering av hypotetiska alternativ som ett förnekad mord.⁶⁹

Vad som också bör ihågkommas då det gäller förhållandet mellan utredningsansvaret och beviskravet är att den tilltalade har i regel ingen som helst utredningsansvar i att bevisa sin oskuld utan domstolen grundar nämligen sin dom på åklagarens aktivitet i att fullgöra sin bevisning.⁷⁰

Rätten har också en viss utredningsplikt enligt RB 46:4 § 2st som den måste ta hänsyn till innan den kan utföra en bevisprövning och därigenom uppfylla beviskravet. Om domstolen försummar att uppfylla denna skyldighet att se till att målet blir utrett efter vad dess karaktär kräver så kan en sådan brist leda till att målet återförvisas av högre instans.⁷¹

Sammanfattningsvis kan då sägas att den avgörande normen för en fällande dom alltid utgörs av beviskravet, men om åklagaren varit för sparsam med processmaterial eller att rätten försummat sin utredningsskyldighet bör detta leda till att beviskravet inte uppnås. I förhållande till beviskravet som är konstant är alltså utredningskravet differentierat, d.v.s. utredningskravet varierar från mål till mål beroende av dess komplexitet och andra relevanta omständigheter som kan påverka målets utgång. Åtalet kan därför avvisas redan på bristande uppfyllande av utredningskravet. Utredningskravet bör aldrig vara lägre än den standard som skall råda i en viss typ av brottsutredning, men det kan dock vara högre i samma utsträckning som det aktuella åtalet ger anledning att pröva andra friande hypoteser än de uttryckta. Det sistnämnda är speciellt betydelsefullt då det är fråga om grov brottslighet där exempelvis ett långt fängelsestraff riskeras för den tilltalade om denne blir fälld.⁷²

⁶⁹”Straffprocessen” sidan 414

⁷⁰ Ekelöf, ”Rättegång fjärde häftet” sidan 116

⁷¹ NJA 2006 s 40

⁷² Diesen, ”Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål” sidan 558

2.5 Värderingsmetoder

Varje gång det uppstår tveksamheter angående bevisningens riktighet måste domstolen tillämpa någon slags värderingsmetod för att fastställa bevisningens värde. Vilka metoder som kan eller bör användas vid själva bevisvärderingen finns inte att hitta i RB 35:1 §. Det som dock går att utläsa i lagrummet är att det är rätten som skall vara den instans som skall bestämma och tillämpa en metod som uppfyller de övriga rekvisiten i paragrafen. Detta metodval som rätten måste göra har alltså helt och hållet delegerats från lagstiftaren till rättstillämparen.

På grund av denna frånvaro på det normativa hållet vad gäller värderingsmetod så har det ägnats stort intresse i den juridiska doktrinen i att försöka ställa upp olika modeller och metoder enligt vilken bevisvärderingen bör ske efter. Syftet med dessa olika teorier om hur bevisning skall värderas är att minimera det subjektiva inflytandet i bevisvärderingen så gott det går. I denna deras strävan har rättsvetenskapsmännen tagit filosofins och samhällsvetenskapens sannolikheteorier till hjälp i det rättsvetenskapliga arbete som de utför i att försöka utreda hur denna kunskapsteoretiska verksamhet, som karaktäriserar bevisvärderingstillämpningen, på bästa sätt skall kunna användas av rättssystemet.⁷³

Det synsätt som dominerar i försöken att framlägga en god värderingsmodell har varit att anknyta metoden till någon form av sannolikhetskalkyl, d.v.s. till den matematiska vetenskapsgrenen som ägnas åt olika typer av frekvensberäkningar. Andra synsätt än metoder som bygger på sannolikhetskalkyler baseras ofta på normativa eller i vart fall hybrider mellan matematiska modeller och ett regelorienterat synsätt. På grund av att sannolikhetsbegreppet är ett så vanligt argument i domstolarnas domskäl så har jag valt att begränsa mig till att endast nämna de mest dominerande teorimetoderna som har sannolikhetsbegreppet som en central del.

2.5.1 Sannolikhetskalkyler och frekvensteorier

Den grundläggande tanken bakom sannolikheteorierna inom bevisvärderingen är att domstolen aldrig kan få full visshet om vad som faktiskt har hänt eftersom den endast skall göra sin bedömning utifrån innehållet av processmaterialet. Detta leder nämligen domstolen till att den måste bedöma hur stor sannolikheten är om det gått till på det sätt som åklagaren påstått. Detta synsätt har haft stor genomslagskraft inom bevisvärderingsrätten.⁷⁴ I doktrin hittar man exempel på rena procentsatser som skall motsvara vad som skall anses vara sannolikt. Se exempelvis Ekelöf där han har anser att när något skall anses vara ”sannolikt” så bör det

⁷³ Ekelöf, ”Rättegång fjärde häftet” sidan 123 ff.

⁷⁴ Jacobsson, ”Lagbok i straffprocess” sidan 231

motsvara 70-80 %, och om det skall vara ”uppenbart” så skall procentsatsen vara ännu högre.⁷⁵

Det finns dock motargument, främst från domarna själva som anser att en metodik som grundas på en frekvensteori inte kan användas på de komplexa sakförhållanden som regelbundet uppstår i bevisvärderingsfrågor på grund av uppkomna tveksamheter om vad som verkligen har hänt eller inte hänt.⁷⁶

Trots denna kritik från de praktiserande domarna har de metoder som mest upptagit diskussionen inom den svenska bevisvärderingsrätten cirkulerat runt två klart kvantitativa frekvensteorier, nämligen värdeметoden och temametoden. Gemensamt för dessa metoder är alltså att de bygger på matematiska teorier och frekvensresonemang samt de modeller som används inom dessa två metoder kalkylerar sannolikheter med hjälp av de exakta vetenskaperna. Det finns dock en skillnad också mellan dessa två metoder och det är metodernas olika sätt att förhålla sig till sambandet mellan bevisfaktum och bevistema och hur dessa karaktäriseras.

2.5.1.1 Värdeметoden

Värdeметoden har sin utgångspunkt i frågeställningarna: Har bevistemat *orsakat* bevisningen? Samt varför utgör beviset ett stöd för bevistemat?

Värdeметoden koncentrerar sig alltså på bevisets betydelse eller värde för bedömningen av bevistemat och bestämmer bevisvärdet utifrån sannolikheten för ett orsakssamband mellan olika bevisfaktum och bevisteman. Bevisvärdet motsvarar därför sannolikheten i bevistemats givna bevisfaktum och då rättstillämparen skall utgå från värdeметoden, söker denne sannolikheten för att bevisfaktum bevisar bevistemat.⁷⁷

Rättstillämparen tittar nämligen på relationen mellan bevisfaktum och bevistema när värdeметoden skall tillämpas.

Med tillämpning av värdeметoden värderar alltså domaren de bevis som framlagts genom att tyst fråga sig självt om bevistemat har *orsakat* bevisningen och varför beviset utgör ett stöd för bevistemat. Är det exempelvis sannolikt att en misshandel ligger bakom skadorna av den art som mannen fick eller kan dessa skador uppkomma på annat sätt? Varför är de kroppsskador som påträffats på målsäganden bevis för att en just en misshandel ha ägt rum? Orsakssambandet mellan skadorna och att just den tilltalade orsakat dem genom en misshandel kräver dock att domaren analyserar även ytterligare bevisning, som exempelvis vittnesutsagor etc. Orsakssambandet måste nämligen stärkas mellan bevisfakta och bevistema för att öka sannolikheten att en misshandel har ägt rum samt att den tilltalade verkligen är den skyldige till detta. Exempelvis efter att rätten hört ett vittne i målet värderar den vittnesutsagan (*bevisfakta*) och tittar på om den kan ge anledning till misstanke om misshandel (*bevistema*) eller om

⁷⁵ Ekelöf, ”Rättegång fjärde häftet” sidan 134 ff.

⁷⁶ Diesen, ”Bevisprövning i brottmål” sidan 9

⁷⁷ Stening ”Bevisvärde” sidan 35

vittnesutsagan (*bevisfaktum*) skall lämnas utan avseende på grund av att sannolikheten att en misshandel (*bevistema*) har ägt rum är alltför låg med tanke på innehållet av vittnesutsagan. Domaren skall alltså koncentrera sig på den relationen som byggs upp mellan bevisfaktum och det bevistema som bevisfaktumet skall bevisa, .d.v.s. varför exempelvis ett visst bevis eller viss vittnesutsaga är ett bevis för att en misshandel har ägt rum. Värdeметoden uppställer alltså ett tydligt krav på orsakssamband mellan bevisfaktum och bevistema.⁷⁸

2.5.1.2 Temametoden

Temametoden har sin utgångspunkt i frågeställningen: Har bevistemat *styrkt* bevisningen?

Temametoden koncentrerar sig alltså på själva bevistemat och bedömer sannolikheten för ett visst bevistema på basis av den i målet presenterade bevisningen. Denna bedömning ger också givetvis ett mått på sannolikheten för att bevistemat inte föreligger men till skillnad mot värdeметoden görs bedömningen utan krav på ett orsakssamband mellan bevisningen och bevistema.⁷⁹ Stening uttrycker detta sätt att värdera bevisning genom frasen ”Sannolikheten för bevistemat, givet bevisfaktum.”⁸⁰

Temametoden kan jämföras med användandet av en vågskål. Ursprungssannolikheten för bevistemat läggs i skålen för eller emot bevistemat beroende på om domaren anser att gärningen har ägt rum eller inte med stöd av den bevisning som hittills framlagts och sedan lägger man i all annan övrig bevisning i skålen för eller emot detta bevistemat. Därefter tittar man sedan på hur det förhåller sig med skålarna, och om den som är för bevistemats existens väger över så pass mycket så att beviskravet uppfylls blir resultatet i regel en fällande dom.⁸¹

2.5.2 Frekvensteoriernas nackdelar

De som ställer sig kritiskt mot frekvensteoriernas tillämpning i bevisvärderingen menar att dessa metoder, och då speciellt temametoden, lägger för stor vikt vid den så kallade ursprungssannolikheten. De menar att om bevisvärderingen börjar med en allmän bedömning av temats sannolikhet så riskeras rättskipningen att bli fördomsfull.⁸²

En svårighet som kan uppstå med tillämpningen av frekvensteorier är att efter att domaren har bestämt frekvensen så måste den sedan sättas i relation till den rättsliga normen ”beviskravet”, .d.v.s. en rättslig norm som inte har givits något matematiskt uttryck.⁸³

⁷⁸ Diesen, ”Bevisprövning i brottmål” sidan 10

⁷⁹ Ibid. sidan 10, ”Straffprocessen” sidan 405

⁸⁰ Stening ”Bevisvärde” sidan 34-35

⁸¹ Diesen, ”Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål” sidan 392

⁸² ”Straffprocessen” sidan 410

⁸³ Diesen, ”Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål” sidan 391,397

Andra nackdelar och svårigheter med frekvensteorier är att teorin i sig kan få den verkliga sanningen att verka oriktig och osann, den så att säga dränker den verkliga sanningen med höga frekvensnummer. Det kan ju nämligen vara så att just det målet domaren har att värdera utgör den där enda procenten som faller utanför en 99 % sannolikhetsberäkning.

Andra situationer där det kan uppstå negativa konsekvenser är i de fall där det råder så stor osäkerhet angående sannolikheten att bevisvärderaren får en tendens att gissa sig till själva sannolikheten. Anta att exempelvis en person blir anklagad för inbrott. Bevisningen består bl.a. av teknisk bevisning i form av den tilltalades fingeravtryck som man fann på brottsplatsen samt ett utdrag ur kriminalregistret där det står att den tilltalade har varit dömd ett flertal gånger för liknande brott tidigare. Vad som dock bör ihågkommas i sammanhanget är att fingeravtrycken bevisar ju endast att den tilltalade har varit närvarande på brottsplatsen och utdraget ur kriminalregistret bevisar endast att den tilltalade har begått liknande brottslighet tidigare. Att han också skall ha utfört det aktuella inbrottet bör alltså kräva annan bevisning. Om det däremot inte finns mer bevisning att inhämta eller verkliga frekvenser som går att använda så uppstår en fara i att domaren börjar gissa sig till sannolikheten för sambandet mellan tema och bevis (värdemetoden) eller för relationen mellan bevis som är för eller emot bevistemat (temametoden). Gissningarna stöds i regel på ett större antal liknande eller identiska fall eller med hjälp av olika fiktiva erfarenhetssatser. Denna fara att domaren börjar gissa sig till sannolikheten kan nog sägas vara den största nackdelen med tillämpningen av frekvensteorier, i vart fall enligt Diesen. Han menar nämligen att frekvensteorin döljer rättens osäkerhet bakom ett resultat som ger sken av säkerhet och exakthet samtidigt som man ger sin värdering en objektiv stämpel utan att för den skull säkerställa att det verkligen föreligger på det viset.⁸⁴

⁸⁴ Ibid. sidan 396

3 Risken

3.1 Allmänt om riskbedömning

I alla aktiviteter, som vi företar oss, så gör vi någon form av riskbedömning. Ofta är den omedveten och bygger på våra tidigare erfarenheter. Då vi saknar erfarenheter som gör att vi inte kan ge någon tillfredställande bedömning, så förlitar vi oss på andras förmåga att bedöma. I allmänhet bedöms risken främst genom olika sannolikhetskalkyler eller genom att titta på resultaten av ett visst tidigare händelseförlopp. När vi värderar risken själva så använder vi ofta omedvetet kriterier som bygger på sannolikheten för att en händelse inträffar och konsekvensen om den inträffar. Exempelvis när någon sätter sig på en motorcykel, så gör denne antagligen den värderingen att konsekvenserna att köra omkull förvisso är stor, men sannolikheten att det skulle inträffa är liten eftersom denne är en sådan utmärkt förare. Utförandet av en riskbedömning kan alltså variera mycket beroende på vem som gör risken och vad risken hänför sig till samt vilka omständigheter som tas med i bedömningen men också vem eller till vem riskbedömningen utförs till kan också ha ett visst inflytande på hur riskbedömningen görs.⁸⁵

3.1.1 Betydelsen av ordet ”risk”

Ordet risk anses komma från det arabiska ordet *risq* vilket syftar på något som blivit givet till dig (av Allah). Andra tror att ordet kommer från det från det klassiska grekland via latinets *risicum* där ordet syftar till den utmaning som klippor och undervattensrev utgjorde för sjöfarten.⁸⁶ I modernt språkbruk brukar ordet risk syfta till sannolikheten för att en viss händelse skall ske samt de icke-önskvärda konsekvenser som handlingen kan tänkas leda till.⁸⁷ I vetenskapliga sammanhang är risk även uttryckt som, ”produkten av sannolikhet och följd”.⁸⁸

Risken kan också definieras som svaret på frågorna:

- Vad kan hända?
- Hur troligt är det att det händer?
- Vilka är konsekvenserna?

Dessa definitioner ger en ganska okomplicerad bild av vad som är risk men vad de inte svarar på är varför risken trots sin enkla definition bedöms och uppfattas så olika beroende på den enskilda individen. En riskbedömning

⁸⁵ Grimvall, ”Risker och riskbedömningar” sidan 47, 50

⁸⁶ Mattsson, ”Riskhantering vid skydd mot olyckor” sidan 33

⁸⁷ Abrahamsson, ”Risk- och sårbarhetsanalyser” sidan 23-24

⁸⁸ Östberg, ”Att veta vad man gör, studier i riskhantering” sidan 142

sägs ju vara en ren ”objektivistisk” analys med rötter i de exakta naturvetenskaperna.⁸⁹

3.1.2 Sannolikheten för ett visst utfall

I riskbedömningen är det som sagt sannolikheten för ett visst utfall som alltid ligger till grund för riskens fastställande. Så att uttala sig om att det föreligger en risk för att någonting skall hända kan därför bara föreligga när sannolikheten för ett visst utfall är känt. Som exempel kan nämnas risken att förlora genom att slå en sexa vid tärningsspel. Det första som tärningskastaren måste göra innan denne kan fastställa om det finns en risk så måste sannolikheten för tärningskastets utfall bestämmas, d.v.s. hur stor är sannolikheten att få en sexa vid ett tärningskast. Anta att tärningen har sex sidor numrerade från 1-6 samt att den är tillverkad så att den är perfekt avvägd så att ingen sida väger mer än någon av de andra. Med hjälp av denna information så blir det därmed möjligt att uppskatta sannolikheten till 1/6 för att få en sexa vid tärningskastet. Utan denna information hade tärningskastaren varit tvungen att göra en ren gissning, men eftersom tärningskastaren nu har relevant information gör det att denne kan bearbeta informationen så att ett uppskattat utfall kan bli känt, d.v.s. en riskfaktor på 1/6. Detta utfall gör det möjligt för tärningskastaren att börja avväga vad risken innebär för det beslut som denne skall fatta innan tärningen skall kastas. Om vi sedan skulle anta att den tärningen som tärningskastaren hade i sin hand var en fusk-tärning, som hade den egenskapen att den hamnade på sexan hälften av alla gånger som den kastades, så skulle naturligtvis riskbedömningen få ett helt annat resultat, om d.v.s. denna information blev känd för riskbedömaren.⁹⁰

3.2 Riskbedömningen

Uppgiften för en riskanalytiker är att fastställa måttet av den specifika risken. Riskens mått fastställs genom att 1) identifiera och 2) beräkna dels sannolikheten för att en eller flera oönskade händelser skall inträffa (frekvensanalys) och dels dess konsekvenser (konsekvensanalys) med hjälp av olika erfarenhetssatser.⁹¹

- Frekvensanalys - sannolikheten för en viss önskad effekt.

Eftersom utnyttjande av sannolikheter är en central verksamhet inom riskbedömningen, så bör sannolikheter bestämmas genom vetenskapen om något känt samband eller grundas på statistiskt underlag och inte på vilda gissningar eller godtyckliga bedömningar. Vi kan skilja dessa två sätt att bestämma sannolikheten genom att tala om objektiva- och subjektiva sannolikheter. Vidare är syftet med en frekvensvärdering att bestämma hur ofta de oönskade effekterna inträffar. Detta kan göras

⁸⁹ Abrahamsson ”Risk- och sårbarhetsanalyser” sidan 23-24

⁹⁰ Grimvall, ”Risker och riskbedömningar” sidan 22, 26

⁹¹ Tegin, ”Kredithandboken” sidan 15-16

med hjälp av historiska data eller expertbedömningar, det sistnämnda innebär att subjektiva element infogas i bedömningen.⁹²

- Konsekvensanalys - den oönskade effektens omfattning och betydelse.

Att ange konsekvenserna av en skada är en uppgift med varierande svårighetsgrad. Enklast är naturligtvis då en skada redan inträffat eftersom man omedelbart kan se att vissa värden har gått till spillo. Det är nämligen fullt synligt att exempelvis egendom förstörts eller vilken typ av kroppsskada som har uppstått. Då ingen skada än har inträffat så uppstår en situation där riskbedömaren måste göra en sannolikhetskalkyl innehållande fiktiva skador. Men om det inte finns någon möjlighet att det skulle uppstå oönskade konsekvenser i så finns det inte heller någon risk att bedöma. Vidare baseras konsekvenserna på oönskade händelser vilka bedöms vara relevanta.⁹³

Processen i en riskbedömning kan därför delas in i två steg där det första är att samla in information och presentera den på bästa sätt. Det andra steget är själva mätningen eller värderingen av det insamlade materialet så att man kan börja dra slutsatser.⁹⁴

3.2.1 Steg 1: Identifiering av risken

Riskbedömning innebär därför att först ta fram underlag innan ett beslut kan tas i hur risken skall hanteras och fastställas. Detta första steg tas genom att först identifiera risken i det konkreta fallet.⁹⁵ Tillvägagångssättet varierar naturligtvis beroende på vad bedömningen avser. Och ibland får man kombinera olika metoder för att garantera att arbetet blir grundligt genomfört. Riskbedömaren bör också hålla sig informerad om alla ändringar och framsteg som görs på området för att kunna värdera alla olika riskmoment på rätt sätt. Att identifiera risker kräver också ibland ett visst mått av fantasi. Att identifiera risker i det enskilda fallet är nämligen inget man lär sig genom att läsa böcker.⁹⁶

3.2.1.1 Tolerabel risk

När risken har identifierats så måste beslut tas om risken är så pass märkbar att det är omöjligt att acceptera den utan åtgärder. Men för att ta detta beslut bör det finnas någon slags referenspunkt som bestämmer när en risk inte längre kan accepteras. Begreppet tolerabel risk användas ibland i samband med frågeställningen om risken är acceptabel eller inte. Innebörden av begreppet tolerabel risk kan sägas vara att det finns risker vi egentligen inte skulle godta men att omständigheterna i det enskilda fallet gör att det inte

⁹² Grimvall "Risker och riskbedömningar" sidan 22, LUCRAM, "Metoder för risk- och sårbarhetsanalys ur ett systemperspektiv" sidan 51-52

⁹³ FRIVA, "En operationell definition av sårbarhet" sidan 21, Mattsson, "Riskhantering vid skydd mot olyckor" sidan 42 ff.

⁹⁴ Dixon "Riskanalys" sidan 117

⁹⁵ Mattsson, "Riskhantering vid skydd mot olyckor" sidan 37

⁹⁶ Dixon, "Riskanalys" sidan 33-34

går att undvika att acceptera risken i fråga om man vill vinna det man får genom att ta den egentligen oönskade risken, d.v.s. att riskbedömningen mäts i förhållande till en referenspunkt för vad som kan anses vara tolerabel risk i sammanhanget, och om risken värderas hamna över denna referenspunkt kan den alltså inte accepteras utan att åtgärder sätts in. En förklaring till att det kan anses vara nödvändigt med en viss acceptansnivå för risker i olika riskbedömningar skulle kunna vara att det i regel rör sig om en aktivitet där man av erfarenhetsmässiga skäl är medveten om att det alltid finns ett viss mått av risk för oönskade händelser. Om man då inte har en referenspunkt för vad som kan anses vara en tolerabel risk så blir det inte någon värdering av själva rekvisitet risken utan det blir istället en fråga av ren presumtion där aktiviteten i sig självt framkallar realiteten av att det föreligger risk. I bevisvärderingssammanhang där det krävs en riskbedömning bör denna presumtion vara något som man vill förhindra. Frågan är då bara vad som skall anses som en tolerabel risk i det konkreta fallet.⁹⁷

3.2.2 Steg 2: Riskens värdering

Som redan nämnts tidigare i arbetet så är det andra stegat i en riskbedömning själva mätningen eller värderingen av det insamlade materialet så att man kan börja dra slutsatser.⁹⁸ Men på grund av den stora mångfalden av olika risker som kan uppstå så har det naturligtvis utvecklats flera olika analysmetoder i att värdera risken med varierande utformning och ändamål. Ibland räcker det med att sitta kvar vid skrivbordet medan i andra fall är ett besök på platsen att föredra. För varje typ av risk finns det nämligen specifika definitioner, strukturer, beräkningsmodeller och sätt att uttrycka slutresultat. Det är därför inte möjligt att ge någon strukturell och lättöverskådlig modell för hur alla riskanalyser utförs. De flesta metoder som används för att analysera risken kan dock grovt delas upp mellan kvalitativa och kvantitativa metoder.⁹⁹

- Kvalitativa metoder:

De kvalitativa metoderna används främst för att identifiera risker. De har som främsta syfte att ge beskrivningar av skeden vid olika förutsättningar. Hos en kvalitativ metod uppskattas och klassas riskerna utifrån olika observationer. Med kvalitativ metod erhålls en risknivå motsvarande en bokstav eller en siffra. Detta resultat är då värdefullt för den som är insatt i metoden men det kan bli svårigheter att jämföra med andra metoder. Om samma metod utförs på flera likartade objekt duger de dock utmärkt som jämförelse mellan de olika objekten och resultatet kan lätt ställas mot metodernas acceptanskriterier.¹⁰⁰

- Kvantitativa metoder:

⁹⁷ Östberg, "Att veta vad man gör, studier i riskhantering" sidan 247

⁹⁸ Dixon, "Riskanalys" sidan 117

⁹⁹ Ibid. sidan 4, 35

¹⁰⁰ Mattsson, "Riskhantering vid skydd mot olyckor" sidan 34, 54-55

De kvantitativa metoderna ger resultat i form av matematiska värden. Värden som upptagits och analyserats av tidigare observationer. Dessa resultat har fördelen att de är enkla att tolka och jämföras med riskkriterier och andra aktiviteter som beräknats med metoden. Nackdelen med de kvantitativa metoderna är att dessa typer av metoder fordrar i regel ett omfattande arbete där det krävs tillgång till mycket information och statistik som kanske inte alltid finns tillgänglig. Detta arbete kan dessutom bli mycket kostsamt både vad gäller tid och pengar.¹⁰¹

Vad som gäller både de kvantitativa och de kvalitativa riskmetoderna samt övrig riskbedömning är att det är genom observationer eller modelleringar som de specificerar sannolikheten för att en viss oönskad händelse eller konsekvens skall uppstå.

3.2.2.1 Domarens erfarenheter

I juridiska sammanhang använder man termen ”erfarenhetssats” för att beskriva den slutsats domaren drar från olika observationer. Erfarenhetssatser grundar sig således på de slutsatser domaren kan dra från iakttagelser av faktiska förhållanden och relationer mellan dessa. Dessa observationer kan vara i form av statistiska rapporter, expertutlåtanden eller från de exakta naturvetenskaperna.¹⁰²

I de fall där observationer eller erfarenhetssatser inte finns producerar domaren ofta ändå en slutsats genom att subsumera en situation som är sammansatt av många olika omständigheter under en enhetlig erfarenhetssats och oftast med hjälp av de exakta naturvetenskaperna.¹⁰³ Med andra ord kan detta uttryckas att de använder frekvenser och sannolikhetskalkyler av olika slag för att ge uttryck för hur en observation skulle kunna ha sett ut om det hade funnits en sådan, d.v.s. en ren fiktiv erfarenhetssats. Oavsett vilka erfarenhetssatser eller omständigheter som ligger till grund för domarens övertygelse i ett avgörande måste dessa beläggas i domskälen. Dessa förklaringar bör därför inte innehålla domarens egna påhittade erfarenhetssatser eller andra ogrundade eller subjektivt riktade erfarenhetssatser.¹⁰⁴

En del domare är skickligare inom ett visst erfarenhetsområde än andra och därför kan det slutgiltiga resultatet i deras olika riskbedömningar skifta. Vissa domare kommer helt enkelt mycket närmare sanningen än andra på grund av att de besitter relevanta erfarenhetssatser och observationer som har betydelse i det konkreta fallet. Att erhålla egna erfarenheter är ofta den bästa metoden att lära sig konsten att identifiera risken i det konkreta fallet.¹⁰⁵

¹⁰¹ LUCRAM, ”Metoder för risk- och sårbarhetsanalys ur ett systemperspektiv” sidan 105

¹⁰² Ibid. sidan 105-106, Stening ”Bevisvärde” sidan 40

¹⁰³ Stening ”Bevisvärde” sidan 41

¹⁰⁴ SOU 1938:43, 44 sidan 377-378

¹⁰⁵ Dixon, ”Riskanalys” sidan 34

Även om en domare har stora mängder relevanta erfarenhetssatser av olika slag lagrade i sitt medvetande, samt visar stor skicklighet i sitt utövande av dessa, uppstår det dock regelbundet situationer där dennes erfarenhetssatser kräver en högre sannolikhetsgrad för att bli tillämpliga. På detta område säger förarbetena att ”I den mån dessa erfarenhetssatser falla utom området för allmän bildning och livserfarenhet, bör domaren icke lita endast på sin egen sakkunskap”.¹⁰⁶ I dessa situationer blir rätten beroende av expertuttalanden för att kunna bedöma om erfarenhetssatsen eller en viss observation är relevant eller ej.¹⁰⁷

3.2.2.2 Expertens erfarenheter

Eftersom domstolen skall värdera bevisningen på grundval av olika erfarenhetssatser, bör domaren naturligtvis utnyttja all den kunskap om verklighetssammanhangen som går att finna i det konkreta fallet. En viktig källa till den kanske mer kvalificerade kunskapen är den sakkunniges utlåtanden. Då rätten anlitar en sakkunnig så adopterar den in så att säga den kompetens som den annars saknar. Den sakkunnige kan därför jämföras med tolkens, protokollförarens och stenografens roll i rättegången.¹⁰⁸

Domstolen är inte bunden av den sakkunniges uttalanden utan precis som ett vittnesmål så är det domstolen som skall värdera dess innehåll. Detta gäller de erfarenhetssatser och observationer som den sakkunnige bygger sin bedömning på samt dennes slutsats. Domstolen skall därför fritt kunna pröva och kontrollera sanningshalten i den bedömning som den sakkunnige har gjort och bedöma om materialet tillåter den slutsats som den sakkunnige har dragit. Det är därför viktigt att den sakkunnige i sitt utlåtande noggrant upplyser domstolen om hur säker han är på sin sak.¹⁰⁹ Man får nämligen inte förledas att tro att bara för att en viss person är expert på området så kan denne personen också undvika alla svårigheter som rör frågor som omdöme och så kallat sunt förnuft.¹¹⁰ Därför är det viktigt att om det skulle av någon anledning uppstå osäkerhet angående riktigheten i den sakkunniges bedömning vid rättens granskning, så har domstolen den möjligheten att anlita ytterligare en sakkunnig för att utreda samma fråga om de anser att det behövs. Skälet till att domstolen både måste kunna granska och verkligen försöka sätta sig in i expertens bedömning är att domstolen är skyldig att ensamt värdera bevismaterialet som den sakkunnige grundar sitt utlåtande på trots att den egentligen saknar kompetensen för att göra detta. Därför så sker det minst två riskbedömningar i de fall där domstolen anlitar en sakkunnig, en av den sakkunnige och en av domstolen.¹¹¹

¹⁰⁶ NJA II 1943 sidan 445

¹⁰⁷ Diesen, ”Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål” sidan 408

¹⁰⁸ Ekelöf ”Rättegång fjärde häftet” sidan 225-226

¹⁰⁹ Ibid. sidan 229

¹¹⁰ Östberg, ”Att veta vad man gör, studier i riskhantering” sidan 84

¹¹¹ Ekelöf ”Rättegång fjärde häftet” sidan 228, 230

4 Rättsfallsanalys

4.1 Riskbedömning i utlänningsärenden

4.1.1 NJA 1997 s 266

Allmän åklagare väckte vid Stockholms TR åtal mot algeriske medborgaren Souleimane (Steven) dels för stöld under påstående att Steven och Hassan gemensamt och i samråd i butiken Stadium på Drottninggatan i Stockholm olovligen med tillägnelseuppsåt tagit en jacka för 1 995 kr, dels för brott mot knivlagen under påstående att Steven samma dag på allmän plats i Stockholm olovligen innehaft kniv utan att det varit befogat.

Vid huvudförhandling i TR:n ägde vittnesförhör rum med 2 stycken väktare som deltog i gripandet av Steven och Hassan efter en jackstöld i butiken Stadium på Drottninggatan. Steven hade då stulit en skinnjacka genom att sätta på sig den under sin egen rock då han klev ut från butiken. Att larmet inte aktiverades berodde på att Hassan hade med hjälp av en magnet avlarmat jackan i ett tidigare skede och lämnat den i provhytten så att Steven kunde sätta på sig den under sin egen rock då han i sin tur gick in i provhytten. Vid gripandet gjordes en skyddsvisitering på Hassan varvid en magnet återfanns i hans ficka och Steven befanns bära en skinnjacka under rocken. Väktaren sade vid vittnesförhöret att han var helt säker på att Steven och Hassan haft kommunikation med varandra och följt efter varandra även i butikerna före Stadium. Det var också helt klart att de agerade i samråd där Steven var bevakaren medan Hassan jobbade med larmen. Han bedömde Steven och Hassan som professionella. De var nämligen mycket duktiga och vaksamma. Steven hade aldrig tidigare varit straffad.

TR:n dömde Steven till villkorlig dom förenade med böter och utvisning med den motivering att Steven saknade så gott som helt anknytning till Sverige och med tanke på den förfarenhet som Steven och Hassan gett bevis på vid genomförandet av stölden, så ansåg TR:n att det förelåg en risk för fortsatt brottslighet.

I HovR:n uppgav Steven att han kom till Sverige i juli 1996. I Sverige hade han försörjt sig på att arbeta i ett marknadsstånd på Hötorget under tre månader. Under denna tid lyckades han spara pengar som han därefter levde på. Han har bott hos en kvinna i Akalla. Därefter sade HovR:n att med hänsyn till vad Steven uppgett om sina förhållanden i Sverige och vad som i övrigt framkommit härom finns det anledning anta att han kommer att fortsätta med brottslig verksamhet här. HovR:n gör därför inte annan bedömning än den TR:n har gjort i utvisningsdelen. HovR:n fastställde TR:ns dom i utvisningsdelen.

HD beslöt att Steven omedelbart skulle försättas på fri fot och ändrade HovR:ns dom på det sätt att beslutet om utvisning upphävdes med

motiveringen att: ”Bestämmelsen i utlänningslagen erhöll sin nuvarande utformning genom en lagändring år 1994. Lydelsen av rekvisitet avseende återfallsrisken undergick därvid en smärre modifiering i syfte att göra det möjligt att i förekommande fall beakta utlänningsens allmänna brottsbenägenhet, vilket tidigare inte ansetts möjligt, i vart fall när det gällt förmögenhetsbrott. I förarbetena anfördes bl.a. att det, för att ett antagande om risk för fortsatt brottslig verksamhet skulle kunna göras, i normalfallet måste krävas att det framgick av registerutdrag eller på annat sätt att utlänningsen dömts för brott eller godkänt ett strafföreläggande eller fått åtalsunderlåtelse vid minst ett tidigare tillfälle. (Prop 1993/94:159 s 11ff och 33 samt NJA II 1994 s 346ff.) För stöld kan dömas till fängelse. Påföljden för Steven har bestämts till villkorlig dom. Som framgått tidigare kan utvisning ske även vid sådan påföljd. Frågan är då om det kan antas att Steven kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet här i landet. Det framgår inte av utredningen i målet att Steven tidigare gjort sig skyldig till brott. Omständigheterna vid stöldbrottet tyder dock på viss förslagenhet och planering från Steven och hans kamrats sida. Steven vistas illegalt i Sverige och lever under oordnade ekonomiska och sociala förhållanden. Även om dessa omständigheter skulle kunna tala för en viss återfallsrisk finner HD att det inte finns *tillräcklig grund* för att anta att Steven kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet här i landet. Utvisningsbeslutet skall därför upphävas.

4.1.1.1 Kommentar

TR:n och HovR:n ansåg att det sätt som Steven och Hassan hade begått stölden på samt hans personliga omständigheter räckte för att göra den bedömningen att det förelåg en risk för fortsatt brottslighet. I TR:n gjorde uttalandet av den brottsförebyggande ”experten”, d.v.s. väktaren stort intryck på domaren med tanke på den absoluta övertygelsen denne utstrålar att Steven är en kriminell ”yrkestjuv” där en förändring till ett laglydigt leverne skulle vara lika troligt som att en katt skulle börja bete sig som en hund. Den riskbedömning som de gjorde tycks mig vara baserat på en mer subjektiv grund som har sin grund i ”expertuttalandet” angående det förfarande som stölden utfördes. Det enda objektiva materialet som finns i fallet är att Steven inte har en ordnad ekonomi, att han är utlännings och att denne inte varit dömd tidigare, samt att ”omständigheterna vid stöldbrottet tyder på viss förslagenhet och planering från Steven och hans kamrats sida”. Enligt det som utretts angående riskbedömning och bevisvärdering i allmänhet så finns det alltså inte tillräckligt med material eller utredning för att en riskbedömning skall kunna göras. Det finns nämligen inga kända sannolikhetsutfall eller tidigare erfarenheter och observationer som går att stödja sig på. Inte heller tas några alternativa hypoteserna upp utan underinstanserna går stenhårt fram på att i detta fall handlar det om yrkesbrottslighet. HD tycker jag fångar upp svårigheten i att utföra en grundlig riskbedömning genom sitt uttalande där det säger: ”Även om dessa omständigheter skulle kunna tala för en viss återfallsrisk finner HD att det inte finns *tillräcklig grund* för att anta att Steven kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet här i landet.” Detta uttalande tolkar jag som om att HD anser att det finns så allvarliga brister i utredningen att det inte

går att utföra en objektivt grundad riskbedömning utan att resultatet hade blivit en ren gissning. Dessutom hade konsekvenserna för den tilltalade varit så omfattande om beslutet hade blivit fel så enligt principen ”in dubio pro reo” så dömer HD till den tilltalades fördel. Däremot kan man tänka sig att om det hade varit fråga om en mindre allvarlig konsekvens som hade åtföljts av en eventuellt felaktig riskbedömning. Så hade HD kunnat döma enligt underinstanserna med samma motivering som de och tyckt att de observationer som fanns hade varit tillräckliga. Till sist angående riskidentifieringen så ser man att HD har en mycket högre acceptanströskel av de risker som underinstanserna hade. På de personliga omständigheterna tycker jag det syns tydligast. Jämför HovR:n och HD:s uttalande om dessa omständigheter och det värde de sätter på dessa i sin riskbedömning. HovR: ”...att med hänsyn till vad Steven uppgett om sina förhållanden i Sverige och vad som i övrigt framkommit härom finns det anledning anta att han kommer att fortsätta med brottslig verksamhet här.” I detta uttalande verkar det som om att de personliga omständigheterna utlöser sådan grad av risk att de inte kan accepteras i sammanhanget. Om vi sedan tittar på HD:s uttalande: ”Steven vistas illegalt i Sverige och lever under oordnade ekonomiska och sociala förhållanden. Även om dessa omständigheter skulle kunna tala för en viss återfallsrisk...”. Här ser man en tydlig acceptansnivå på den identifierade risken som de personliga omständigheterna medför. HD anser att det är en tolerabel risk medan HovR tycker det motsatta. Som slutsats tycker jag att HD gjorde en kvalitativ riskbedömning som hade en sannolikhetsbedömning och en konsekvensbedömning. De tog även hänsyn till de principer som återfinns i bevisvärderings- och i riskbedömningssammanhang. Allt detta gjorde att HD inte gissade sig till resultatet eller på annat sätt lät subjektiva element spela någon betydande roll i sin riskbedömning. Underinstanserna gjorde dock inte detta utan i deras fall blev det dock fråga om en ren gissning på subjektiv grund.

4.1.2 NJA 2006 s 375

Tidigare ostraffad gärningsman, som gjort sig skyldig till flera tillgreppsbrott, utvisades på grund av återfallsrisk, enligt 4 kap. 7 § utlänningslagen, numera 8 kap 8 § utlänningslagen (2005:716) (1989:529)

Allmän åklagare väckte vid Stockholms tingsrätt åtal mot B.T., född 1977, medborgare i Mongoliet för stöld och tre snatteribrott under tidsperioden 1/12-04 till den 12/10-05.

Åklagaren yrkade att B.T. skulle utvisas ur riket.

TR:n anförde i dom angående utvisningsyrkandet att ”Med hänsyn till att han tidigare är ostraffad kan det enligt tingsrättens uppfattning inte antas att han kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet här i landet. Det saknas därför grund att utvisa B.T. och utvisningsyrkandet skall ogillas”.

HovR:n anförde i dom att TR:ns dom skulle fastställas. HovR:n konstaterade att B.T. inte har någon anknytning till Sverige. Han hyr ett rum i Tensta och brukar på dagarna sitta och läsa på biblioteket. Han lever dels

på det bidrag han får, dels på de pengar han tjänar då han ett par timmar per dag arbetar svart med olika flytt- eller städjobb. Han har inte begått något brott sedan TR:ns dom. HovR:n gjorde sedan följande bedömning. ”Vad som förekommit här föranleder inte HovR:n att i frågan om utvisning göra någon annan bedömning än den tingsrätten gjort.”

HD ändrade dock HovR:ns dom på det sättet att B.T. utvisades ur riket och förbjöds att återvända hit inom fem år från dagen för HD:s dom med motiveringen att: ”Bestämmelsen fick sin nuvarande utformning genom en lagändring år 1994. Syftet med lagändringen var att göra det möjligt att i förekommande fall beakta utlänningens allmänna brottsbenägenhet. Avsikten med ändringen var inte att utvisning normalt skulle tillgripas vid sådan mindre allvarlig brottslighet som snatteri, skadegörelse, egenmäktigt förfarande, bedrägligt beteende och grov olovlig körning. Det öppnades emellertid en möjlighet att vid upprepad eller systematisk brottslighet av denna typ kunna förordna om utvisning. I förarbetena anfördes bl.a. att det, för att ett antagande om risk för fortsatt brottslig verksamhet skulle kunna göras, i normalfallet måste krävas att det framgick av registerutdrag eller på annat sätt att utlänningen dömts för brott eller godkänt ett strafföreläggande eller fått åtalsunderlåtelse vid minst ett tidigare tillfälle. Risk för fortsatt brottslighet kunde dock undantagsvis anses föreligga även utan att detta fanns dokumenterat i för rätten kända tidigare domar. (Prop. 1993/94:159 s. 11 ff. och s. 33.) Frågan är nu om det kan antas att B.T. kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet här i landet. B.T. är tidigare ostraffad. Det kan emellertid inte utan vidare krävas att den tilltalade är tidigare straffad för att utvisning skall kunna ske. B.T. anlände till Sverige i september 2004 och har under den tid han vistats här gjort sig skyldig till snatteri vid tre tillfällen - den 1 december 2004, den 27 mars 2005 och den 1 oktober 2005 - samt till stöld den 13 oktober 2005. Det är fråga om fyra tillgreppsbrott på mindre än ett år. Brottslighetens art och det förhållandet att han saknar anknytning till Sverige samt lever under oordnade ekonomiska och sociala förhållanden här ger skäl att anta att B.T. kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet i Sverige. Han skall därför utvisas och förbjudas att återvända hit under fem år.

4.1.2.1 Kommentar

TR:n och HovR:n presumerar att det inte föreligger någon risk för fortsatt brottslighet på grund av vissa uttalanden i förarbeten. Men som HD sedan framlägger så kan det finnas tillfällen då dessa uttalanden om tidigare brottslighet kan frångås, vilket också HD klart visar med sitt beslut att utvisa B.T. ur landet. Det underinstanserna dock verkar göra är att de tar det säkra före det osäkra. Situationen är ju lite unik på grund av den mindre grova brottslighet som det är fråga om samt att det handlar om en utlänning som inte har gjort sig skyldig till någon brottslighet tidigare. Så det säkra för underinstanserna är då osäkerhet om de kan utvisa denne är att indirekt hänvisa till förarbetenas riktlinjer och rekommendationer. Man överlåter helt enkelt riskbedömningen på vad experterna tycker skall vara av mest betydelse i ett utlänningsfall. Det går inte att kritisera att deras riskbedömning skulle vara subjektiv eller ogrundad på något sätt. Men deras

agerande påminner lite om hur den legala bevisteorin styrde domstolens värdering under medeltidens dystra århundraden. Att bara hänvisa till en rättsskälla utan att själv göra bedömningen är att inte göra bedömningen alls. I detta fallet blev deras agerande till den tilltalades fördel men det betyder ju att om vi säger att den tilltalade hade gjort sig skyldig till ett snatteri innan så hade domstolens riskbedömning utan tvekan blivit utvisning istället. Och hur kan jag vara så säker på det, jo eftersom de utförde sin riskbedömning utifrån ett färdigt schema, d.v.s. en utlänning + ett brott + och tidigare straffad = utvisning. Om dessa nyss uppräknade kriterier inte finns med så blir alltså resultatet det motsatta, d.v.s. ingen utvisning. I sammanhanget vill jag betona att det är domstolen som skall göra bedömningen av återfallsrisken samt att *en utredning* om risken för fortsatt brottslighet skall utgöra ett underlag för denna bedömning. I underinstanserna var det uppenbarligen inte en utredning i det konkreta fallet om risken för fortsatt brottslighet som låg till grund för underinstansernas riskbedömning, utan snarare en generellt utformad erfarenhetssats. Denna typ av riskbedömning är förrädisk på flera sätt. För det första ger det ett sken av att det faktiskt föreligger en hög sannolikhet av icke fortsatt brottslighet i framtiden och för det andra så får man den uppfattningen att domstolen är 100 % säker på sin uppskattade riskbedömning. För det tredje så placerar denna bedömningsmetod värderingen av risker utanför bevisvärderingssystemet och placerar det i samma kategori som den tekniska bevisningen. Låt mig förtydliga detta påståande med hjälp av ett fingertryck. För att ett fingeravtryck skall kunna vara giltiga i en domstol skall ett visst antal punkter vara uppfyllda m.m., d.v.s. det finns i förväg uppställda kriterier för att ett fingeravtryck skall anses existera. Och om risken fastställs genom att uppfylla i förväg uppställda kriterier för riskens existens så blir skillnaden mellan att fastställa teknisk bevisning och att fastställa risken obetydlig. Och i ett rättssystem där den fria bevisprövningens princip skall tillämpas borde detta vara något man vill förhindra i en sådan viktig bedömning som risken för exempelvis fortsatt brottslighet.

HD visar dock än en gång prov på en större förståelse i hur risken skall hanteras. De citerar ur förarbetena och visar att även om det står i dessa hur domstolen bör göra så är de faktum domstolen som skall göra riskbedömningen. De tar alla de omständigheter som kan anses vara av relevans för riskens uppkomst och ger sedan bedömningen en konkret karaktär genom att tillämpa förarbetet på det konkreta fallet. HD:s utfall blev utvisning. Även om de inte säger hur de värderade alla de olika identifierade riskmomenten så antar jag att de grundade riskbedömningen på de observationer som kunde göras i efterhand under det år senast årets brottslighet och gjorde en slags kurva av B.T:s brottsliga benägenhet. Genom att använda denna kvalitativa metod grundat på de tidigare observationerna av B.T:s vistelse i landet, så får man oundvikligen ett resultat där utfallet ger starka indikationer på att det föreligger risk för att B.T. kommer att återfalla i brottslighet.

4.2 Riskbedömning i tvångsvårdsärenden

4.2.1 RÅ 1992 ref 98

X var intagen på sjukvårdsinrättning enligt lagen (1966:293) om beredande av sluten psykiatrisk vård i vissa fall. Av 16 § i lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård första stycket 1 framgår att vården skall upphöra när det inte längre till följd av den psykiska störning som föranlett beslutet om särskild utskrivningsprövning finns risk för att patienten återfaller i brottslighet som är av allvarligt slag.

Chefsöverläkaren vid den sjukvårdsinrättning där X vårdades anmälde den 24 april 1992 hos Länsrätten i Stockholms län att vården av X borde upphöra eftersom X varit försöksutskrivnen sedan den 2 maj 1991. X uppgav att han ville att tvångsvården skulle upphöra.

LänR i Stockholms län yttrade: "LänR finner att det till följd av den psykiska störning som föranlett beslutet om särskild utskrivningsprövning fortfarande finns viss risk för återfall i brottslighet av allvarligt slag. Risken är enligt länsrättens mening fortfarande så stor att den form av övervakning som hittills gällt får anses nödvändig. Vården kan därför inte upphöra." - LänR förordnade sedan att X skall beredas fortsatt vård enligt lagen om rättspsykiatrisk vård.

KamR i Stockholm delade LänR:ns bedömning och ändrade inte den överklagade domen.

RegR delade upp sin riskbedömning i två delar där de sade att den första delen - som ensam varit aktuell vid underinstansernas prövning - hänförde sig till den omständigheten när "det inte längre till följd av den psykiska störning som föranlett beslutet om särskild utskrivningsprövning finns risk för att patienten återfaller i brottslighet som är av allvarligt slag". I denna första del fann RegR att så länge som X sköter medicineringen så finns det inte längre någon risk för att X återfaller i brottslighet som är av allvarligt slag på grund av sin psykiska störning. Denna bedömning grundar de nästan uteslutande på det som chefsöverläkaren anfört i målet. Den andra delen av deras bedömning gäller omständigheten att för den händelse att den rättspsykiatriska vården upphör kommer X att fortsätta sköta sin medicinerings och de erforderliga läkarkontroller som behövs och finns det annan grund för att X återfaller i brottslighet av allvarligt slag. I detta sammanhang sade RegR att följande bör särskilt beaktas: "Den dom av Svea hovrätt 1990, som ligger till grund för den rättspsykiatriska vården av X, avser våldtäkt vid två tillfällen 1989. Kort tid före dessa brott hade han skrivits ut från vård på Långbro sjukhus. Före den nämnda domen har han vid fem tillfällen dömts för våldtäkt. Han har också dömts för bl.a. misshandel, våldförande och frihetskränkande otukt och olaga tvång. I samband med dessa tidigare brott har han undersökts rättspsykiatriskt sex gånger. Under senare år har diagnoserna varit desamma som vid den

rättspsykiatriska undersökningen 1989. Socialstyrelsens rättsliga råd har i yttrande den 18 augusti 1992 uttalat att styrelsen anser att X lider av allvarlig psykisk störning och är i behov av rättspsykiatrisk vård på grund av risk för återfall i allvarlig brottslighet om behandlingen avbryts.” Sammanfattningsvis fann RegR att X alltså lider av en allvarlig psykisk störning men att symptomen på denna störning i det närmaste har upphört tack vare den medicinerings m.m. som X erhållit. Men mot bakgrund av X:s tidigare brottslighet samt arten och långvarigheten av hans psykiska störning ansåg RegR att det förelåg en risk att han - exempelvis på grund av misskötsel av medicinerings - skulle återfalla i brottslighet av allvarligt slag. Med denna motivering beslutade RegR att den rättspsykiatriska vården inte ännu skulle upphöra och KamR domslut fastställdes.

4.2.1.1 Kommentar

Alla instanserna bedömde att det fanns en risk för fortsatt brottslighet i fallet. Underinstanserna och RegR var dock inte helt överens om vad det var som gjorde att det förelåg en risk. Underinstanserna ansåg att till följd av den psykiska störning som föranlett beslutet om särskild utskrivningsprövning fortfarande fanns viss risk för återfall i brottslighet av allvarligt slag. Medan RegR bedömde att visserligen så fanns det risk för fortsatt brottslighet till följd av den psykiska störningen men att risken för fortsatt brottslighet har upphört att existera för X – så länge som X sköter sin medicinerings. RegR ansåg därför att bedömningen av risken för att X skulle upphöra med medicinerings behövde fastställas samt om det förelåg andra omständigheter som kunde leda till att det fortfarande förelåg risk. Angående riskbedömningen om att X skulle missköta sin medicinerings så tag de upp vissa incidenter där X påvisar att denne är kapabel till att missköta sig samt uttalanden av socialstyrelsen. Vilket värde detta har i deras riskbedömning säger de dock inte utan de går istället vidare och lägger fram X:s tidigare brottslighet. X:s brottslighet och längden på hans sjukdomstillstånd är sedan de avgörande faktorerna i deras bedömning. De tillägger dock att denna risk endast kan anses verklig om X skulle missköta sin medicinerings eller liknande. Detta tillägg gör att jag blir lite vilse över vad som egentligen övertygar RegR om att det verkligen föreligger en risk i detta konkreta fall. Det verkar som att den referenspunkt av acceptabel risk, d.v.s. att X skall missköta sig, är lika låg som dennes tidigare brottslighet är hög. Men gör inte detta att kravet på bevisning att det föreligger risk i detta fall är lite väl lågt. Så lågt att det går att ifrågasätta om bevisningen för att det finns en risk har uppnått beviskravet. Visst håller jag med RegR om att brottslighetens art och omfattning är allvarlig samt längden av X sjukdom har betydelse i bedömningen men de säger ju samtidigt med stöd av den sakkunniges uttalanden att risken inte finns om X inte skulle missköta sig. Borde det då inte ställas utom rimligt tvivel att X verkligen skulle missköta sig. Beslutet gäller ju trots allt ett förlängande av en fällande dom i brottmål. Det tycks mig att RegR beslutar på subjektiva och förhållandevis lösa grunder i detta konkreta fall att det föreligger risk för fortsatt brottslighet. RegR borde ha gjort en mer grundligare utredning angående X:s förmåga att sköta eller missköta sin nuvarande medicinerings. Vidare tycker jag att de faller offer för det stora antalet bevis av vad den X på grund av den psykiska

sjukdomen har ställt till med tidigare. Denna typ av bevisning styrker ju endast vad X har gjort på grund av den psykiska sjukdomen, men för att bevisa att det föreligger risk för fortsatt brottslighet av allvarligt slag då dennes psykiska sjukdom anses ha upphört krävs det annan bevisning, bevisning som jag tycker endast delvis går att finna i fallet och som jag ställer mig tvivlande till om dessa hade kunnat självständigt ligga till grund för att risk för allvarlig brottslighet hade kunnat styrkas. RegR:s riskbedömning är därför en gissning om hur X kommer att sköta sin medicinerings. Denna gissning tycker jag sänker tillförlitligheten på RegR:s riskbedömning angående risken för fortsatt brottslighet i detta fall.

4.3 Riskbedömning i häktningsärenden

4.3.1 NJA 1987 s 878

Handens TR dömde Tommy för grov stöld och olovlig körning till skyddstillsyn och fängelse 1 mån.

Åklagaren fullföljde talan i Svea HovR och yrkade att påföljden för Tommy skulle bestämmas till enbart fängelse. Åklagaren yrkade vidare att HovR:n skulle förklara Tommy häktad för det fall han skulle komma att frigges före det att HovR:n hållit huvudförhandling i målet. Åklagaren åberopade att Tommy var gravt kriminellt belastad och att risk förelåg för fortsatt brottslighet.

HovR:n fann att det förelåg risk att Tommy skulle fortsätta sin brottsliga verksamhet om han sattes på fri fot. Med denna motivering förordnade HovR:n att Tommy omedelbart skulle träda i häkte i avbidan på att HovR:n meddelar dom eller slutligt beslut i det till HovR:n fullföljda brottmålet.

Tommy anförde då besvär hos HD och yrkade att han omedelbart skulle försättas på fri fot.

HD gjorde följande slutliga beslut: ”Då en överrätt har att fatta beslut i en häktningsfråga utan att ha underlag för ett slutligt ställningstagande i målet, måste risken för att ett häktningsbeslut kommer att leda till ett för långt frihetsberövande vägas mot den risk för fortsatt brottslighet eller annan fara som kan utgöra grund för häktning. Fara för fortsatt brottslighet från Tommys sida får visserligen anses föreligga, men den befarade brottsligheten kan inte anses till sin art eller intensitet så allvarlig att den motiverar att Tommy genom beslut före huvudförhandlingen berövas friheten under längre tid än som svarar mot den av TR:n ådömda påföljden. HD:s avgörande. Med ändring av HovR:ns beslut förordnar HD att Tommy skall omedelbart försättas på fri fot.”

4.3.1.1 Kommentar

Detta fall är särskilt intressant i diskussionen om vad som skall anses vara en tolerabel risk. Alla instanser fastställer att det föreligger risk med den grund att Tommy är gravt kriminellt belastad. Utifrån dessa uttalanden så förmodar jag att Tommy har suttit åtskilliga gånger i en rättssal på den

tilltalades bänk. Det finns alltså tillräckligt många observationer och information om vad som sannolikt händer om Tommy skulle släppas fri innan HovR:ns dom faller. I detta hänseende använder alla instanserna en kvantitativ metod då riskens sannolikhet fastställs. HD gör dock något som underinstanserna inte verkar göra. De kombinerar nämligen den kvantitativa metoden med en kvalitativ metod där de identifierar riskens kvantitet genom att göra en frekvens- och en konsekvensanalys. HD:s bedömning lyder sedan på följande sätt: ”risken för den befarade brottsligheten kan inte anses till sin art eller intensitet så allvarlig att den motiverar att Tommy genom beslut före huvudförhandlingen berövas friheten under längre tid än som svarar mot den av TR:n ådömda påföljden.” Genom detta uttalande ser man tydligt att risken har identifierats men att den i det konkreta fallet kan anses som tolerabel med hänvisning till den referenspunkt att häktningstiden inte får överstiga den tid som svarar mot den av TR:n ådömda påföljden.

4.4 Riskbedömning i mordbrandsärenden

De följande tre fallen behandlar riskbedömningen som görs i mordbrandssammanhang. Men innan jag börjar analysen angående de fall jag valt så vill jag först säga några ord angående denna speciella riskbedömning.

Att fastställa risken för att elden hade kunnat spridas samt hur eld fungerar är förmodligen en kunskap som de flesta människor har en ganska bra uppfattning av, men i domstolssammanhang måste det ofta till en högre sannolikhetshalt i det konkreta fallet än domarens eller den allmänna uppfattningen om hur elden sprider sig och fungerar i ex. byggnader under olika omständigheter. Och i de fall där en riskbedömning måste utföras för att fastställa om det har förelegat fara för egendom- eller kroppsskada i mordbrandsrättegångar, så är det särskilt viktigt, med tanke på konsekvenserna av utfallet för att risk anses föreligga, att riskbedömningen verkligen vilar på tillförlitliga observationer och erfarenheter, exempelvis sakkunnigas utlåtanden eller liknande. Straffskalan för mordbrand är nämligen fängelse i minst 2 år och max livstids fängelse.

4.4.1 NJA 1980 s 191

Allmän åklagare väckte vid Ludvika TR åtal mot Lennart och Kent med yrkande om ansvar enligt ett flertal olika åtalspunkter. Den punkt som dock är intressant i sammanhanget är punkt nummer 7 som gäller mordbrand.

TR:n gjorde den bedömningen att risk förelåg för att elden kunnat sprida sig till lastutrymmet, varigenom lastbilen skulle ha totalförstörts. Sedan gjorde domstolen den bedömning utifrån kriterierna i mordbrandsparagrafen att denna skada som redan hade åstadkommits i fallet vara av den omfattning att förutsättningarna för straffansvar för mordbrand måste anses föreligga. Domstolen gjorde alltså ingen ytterligare bedömning av brandens spridningsrisk till omgivningen.

HovR:n gjorde samma bedömning som TR:n med tillägget att ”oavsett om risk förelagat för ytterligare skador på lastbilen har omständigheterna varit sådana att gärningen bör bedömas som mordbrand.”

HD: gjorde dock den bedömningen att skadorna inte alls var så omfattande att de räckte för att mordbransbestämmelsen kunde tillämpas på gärningen så till vida det inte fanns en spridningsrisk. Angående detta sade de att ”Riksåklagaren har särskilt förklarat, att det var mycket fuktigt i markerna och att det därför inte fanns någon risk för ytterligare spridning av branden.” Domstolen delade denna uppfattning och dömde den tilltalade för grov skadegörelse.

4.4.1.1 Kommentar

I detta fallet gör HD en underlig riskbedömning angående eldens eventuella spridningsmöjligheter till omgivningen. HD hänvisar till riksåklagarens förklaring att det var mycket fuktigt i markerna därmed ingen chans i världen att elden skulle ha kunnat sprida sig. Att referera till en sakkunniges uttalande i riskbedömningssammanhang ger oftast en allmän och riktig bild om hur saker och ting förhåller sig i världen. Att använda sakkunniga i detta avseende är som sagt helt godtagbart i bevisvärderingssammanhang och många gånger en avgörande faktor i rättens riskbedömning. Men att referera till riksåklagaren ställer jag mig mycket tveksam till då det gäller omständigheterna i detta konkreta fall. Men för att tro det bästa om HD:s förmåga att utföra riskbedömningar så antar jag att HD i detta fall endast skrev det på ett klumpigt och lite väl kortfattat och ”glömde” så att säga ta med i domskälen att riksåklagaren i sin tur grundade sin övertygelse på en sakkunniges uttalande eller andra observationer som domstolen också värderade och godtag som bevis på att det verkligen var så våt i markerna att det inte fanns någon risk för att elden kunnat sprida sig.

4.4.2 NJA 1980 s 650

En nittonårig yngling kastade en brinnande bensindunk mot entrédörren till en villa i avsikt att skrämja villaägaren genom att anlägga brand på marken intill villan. Det tog dock eld i ytterdörren men släcktes av villaägaren med en vattenslang innan några större materiella skador hade uppstått.

I TR gjorde man sedan den bedömningen att farerekvisitet hade uppfyllts: I TR:n hördes den brandförman som for till platsen sedan de fått larm om en brand som var släckt. I TR:s domskäl står det att denne berättade följande om händelsen: ”En plastdunk brann fortfarande på gräsmattan. Det var en femlitersdunk. Det gick ej att kontrollera vad som funnits i dunken. Det var litet rökfyllt i hallen, men det gick ganska fort att vädra ut. Han fick av [villaägaren] reda på vad som hade hänt. Det måste ha varit en vätska i dunken som kommit på dörren och antänt den. Det hade börjat brinna i dörren från undersidan. Den var svart, sotig och varm. Det hade brunnit 12 cm upp på dörren och i tröskeln. Vätskan måste ha sprutat in under tröskeln och antänts. Därför har det kunnat brinna även på insidan. Branden kunde ha utvecklats till en ”riktig” brand. Risken för detta var inte särskilt stor.

Genom att det är fråga om en enplansvilla är risken för människorna som uppehåller sig i en sådan inte så stor om det börjar brinna. Om ingen hade släckt elden hade det fortsatt att brinna. Risk för koloxidförgiftning hade också förelegat." TR:n gjorde sedan följande bedömning av spridningsrisken. "Genom vad som upplysts om hur branden utvecklats sig finner TR:n styrkt att branden inneburit fara för annans liv och hälsa och för omfattande förstörelse av huset."

I detta fall är det bara TR som gör en riskbedömning eftersom frågan kom att handla om uppsåt till mordbrandsbrottet i överinstanserna.

4.4.2.1 Kommentar

I detta fallet tycker jag att TR:n borde ha haft en till sakkunnig som kunde ha kontrollerat den förste sakkunniges rapport och därefter ha uttalat sig om ett eventuellt spridande av elden. Den sakkunnige brandmannen som hörts och som var på plats direkt efter att elden hade släckts motsatte ju sig själv i den mildaste grad att dennes uttalande verkar ju fullständigt otrovligt. Han säger ju först att "branden kunde ha utvecklats sig till en "riktig" brand." men tillägger sedan att "Risken för detta var inte särskilt stor." I ett senare stycke säger denne något förvirrande sakkunnig att: "Om ingen hade släckt elden hade det fortsatt att brinna." Den naturliga slutsatsen man drar av ett sådant uttalande är givetvis att elden hade fortsatt tills där att inget hus hade funnits kvar. Denna slutsats verkar även TR:n dra utan att lägga en tanke på den sakkunniges tidigare uttalande som specifikt gäller risken att elden skulle ha utvecklats sig till riktig brand. TR:n motivering till sitt beslut att det föreligger spridningsrisk är de upplysningar de fått av hur branden utvecklade sig. Med tanke på de upplysningar som skrivits in i domskälen undrar man om detta verkligen var orsaken till deras beslut angående risken. Deras riskbedömning verkar vara en ren gissning med klart subjektiva föreställningar om hur eld fungerar. Detta tycker jag eftersom de till synes objektiva grunder de hänvisar till verkar vara observerade under ett subjektivt uppfattade. I detta fall hade det varit önskvärt med lite mer kända utfall och observationer av vad som hade kunnat hända än uttalandet som även min treåriga son hade kunnat berätta för domstolen nämligen " om ingen hade släckt elden hade det fortsatt att brinna".

4.4.3 Linköping Tingsrätt B 1217-06

En missbrukare hade slängt en brinnande tidning i sin egna tv-bänk och lämnat lägenheten där en bekant till denne låg och sov i. Elden självslocknade dock och inga större skador varken på egendom eller människa uppstod.

TR:n dömde mannen till två års fängelse för mordbrand: Angående farerekvisitet gjorde TR:n följande bedömning. "Av följande skriftliga bevisning framgår följande. Brand har enbart förekommit i delar av TV-bänken, plastfodral för CD, tidningar och laminatgolvet under. I bänken fanns två till synes separata brandhärder. Golvet har en kolningsskada som är tio gånger fem centimeter stor och fem millimeter djup. Vardagsrum, kök

och hall har lättare sotskador... Risk för rök- och brandspridning samt risk för människors liv och hälsa har förelegat. Branden har av tillfälliga omständigheter självslocknat...Av den skriftliga bevisningen framgår det att risk för rök- och brandspridning samt risk för människors liv och hälsa har förelegat samt att branden självslocknat av tillfälliga omständigheter.”

4.4.3.1 Kommentar

Detta fallet är det fallet som fick mig att undra hur riskbedömningar egentligen utförs i domstol. Det finns flera olika moment som gör att man börja misstänka om inte det finns vissa allvarliga rättsbrister i hur domstolarna utför riskbedömningar. För det första så konstateras det att det föreligger risk för rök- och brandspridning efter att ha förklarat att det föreligger skador av mycket begränsad omfattning. För det andra så hänvisar TR:n till att branden har självslocknat av tillfälliga omständigheter vilka skall tolkas som att det i normalfallet hade fortsatt och brunnit, vad dessa tillfälliga omständigheter är uppenbarar de inte. Detta gör att riskbedömningen verkar vara grundad på mycket subjektivt vinklade föreställningar i detta konkreta fall. TR:n verkar ha uppfunnit egna erfarenhetssatser om hur eld fungerar och hur stor elden skall anses vara för att det skall föreligga en konkret fara för att elden skall sprida sig. Brister som jag ser i detta fall vad gäller riskbedömningen är att det finns stora brister i utredningen angående vad de påvisade skadorna innebär för eldens förmåga att sprida sig. Beviskravet tycker jag också eftersätts med tanke på de grunder som TR:n har till sitt beslut angående farerekvisitet. Detta fall tycker jag är ett exempel på hur förödande och konsekvensomfattande det kan bli när domstolarna inte utför en riskbedömning enligt de principer och riktlinjer som bör gälla i denna typ av verksamhet. Den tilltalade sitter nämligen såvitt jag vet fortfarande i fängelse på grund av att TR:n tyckte till i sin riskbedömning utan en i min uppfattning saklig grund för sitt ställningstagande.

5 Slutsats

I detta kapitel skall jag dra slutsatser av det som sagts ovan i syfte att besvara mina frågeställningar som ligger till grund för arbetet, nämligen:

- Hur fastställer domstolen att det föreligger en risk i det konkreta fallet? och
- Vilken typ av bevisning ligger till grund för en sådan hypotes? samt
- Vad bör domstolen tänka på för att det inte skall bli fråga om en ren gissning i slutändan?

5.1 Riskens fastställande

När domstolen skall fastställa om det finns en risk för att någonting skall hända bör detta göras genom att först och främst värdera det material som ligger till grund för den hävdade risken.

Domstolen fastställer risken helt enkelt genom att utföra en bevisvärdering i enlighet med bevisrättens regler och principer. Detta innebär bl.a. att domaren värderar bevisen utifrån dennes kännedom om de faktiska sakförhållanden och hur dessa inverkar på varandra.¹¹² Dessutom bestämmer domaren själv vilka kunskapskällor som får användas och hur dessa skall värderas för att denne skall bli övertygad om att det föreligger en risk i det konkreta fallet. Detta förhållningssätt till bevisningen är möjligt på grund av att den fria bevisprövningens princip skall tillämpas i bevisvärderingsverksamheten.

I sammanhanget är det dock viktigt att än en gång upprepa att bevisvärdering aldrig kan bli fullkomligt fri utan några som helst begränsningar om en rättsstat skall fungera. Om inga begränsningar fanns så är risken för att det smyger in godtycke, partiskhet och fördomar i värderingstillämpningen nämligen alldeles för stor. Ju allvarigare ärenden som skall bedömas desto svårare kan följderna bli. Det måste därför finnas vissa principer och normer som domaren måste ta hänsyn till under bevisvärderingen och om dessa principer inte följs uppstår det en allvarlig brist för rättssäkerheten.

En förutsättning i brottmål för att det skall vara fråga om en fällande dom är att bevisningen måste nå upp till ett visst krav av sannolikhet. Detta krav på bevisningen i brottmål har lokutionen ”ställt utom rimligt tvivel”. Detta krav på bevisningen tvingar domstolen att ta ställning till innehållet i bevisningen genom att värdera den. Varje objektiva som subjektivt rekvisit i en brottsbestämmelse skall uppnå detta beviskrav för att lagrummet skall vara tillämplig i det enskilda fallet. Rimlighetsbedömningen är en central verksamhet i domarens strävan att uppnå beviskravet. En

¹¹² ”Straffprocessen” sidan 397

rimlighetsbedömning kan dock inte utföras om det inte föreligger tillräckligt med processmaterial. Så när ett åtal ogillas av bevisskäl beror det antingen på att gärningsrekvisiten inte når upp till beviskravet eller på att målet inte är tillräckligt utredd så att en rimlighetsbedömning kan utföras.

Sannolikhetsvärdet i en slutsats beror alltså på vilken grund den står på och i vilken utsträckning den kan omkullkastas av nya fakta. Därför borde en del av bevisprövningen gå ut på att konstatera om utredningen i målet räcker för att rätten skall våga uttala sig därom, med den säkerhet som beviskravet ”ställt utom rimligt tvivel” uttrycker. Utredningen bör alltså vara av den omfattningen att domstolen har möjlighet att utföra en tillfredställande bevisprövning som kan nå upp till beviskravets nivå. Det krävs därmed ett visst krav på utredningens standard där gränserna bestäms i det enskilda målet beroende på omständigheterna i målet. I brottmål varierar därmed utredningskravet från fall till fall, främst beroende av brottets grovhet men också andra omständigheter i målet spelar roll. Utredningskravet kan därför skilja sig betydligt mellan ett lindrigt brott och ett grövre brott eftersom utredningsunderlaget är av betydligt mindre omfattning i lindrigare brott jämfört med ett grövre brott. I lindriga brottmål tillåts nämligen domstolen dra slutsatser på ett mer begränsat underlag än vid grövre brottmål. Andra aspekter som spelar roll är vilka rekvisit brottet är uppbyggt på och om dessa rekvisit dessutom är svårtolkade borde detta också leda givetvis till ett högre och ett mer omfattande utredningskrav.¹¹³ Med tanke på risk rekvisitets komplexitet så torde detta rekvisit passa den senare beskrivningen.

De metoder som utformats för hur den fria bevisvärderings princip bör tillämpas samt hur riskbedömningar kan utföras har som syfte att hjälpa domstolen att i största möjliga utsträckning få bort det subjektiva inflytandet i deras dömande verksamhet. Dessa metoder och modeller kretsar mer eller mindre runt den gemensamma faktorn, nämligen sannolikhetsargumentation. Sannolikheten kan verkligen sägas vara det nav kring vilket bevisvärderingsverksamheten kretsar runt.¹¹⁴ Nackdelen med sannolikhets teorierna är att de har en tendens att dölja domstolens osäkerhet bakom ett kvantitativt alternativt kvalitativt resultat och som därmed leder till att resultatet ger sken av säkerhet, exakthet och objektivitet utan att för den skull säkerställa att det verkligen föreligger på det viset.¹¹⁵

5.2 Typ av bevisning

Den typ av bevisning som ligger till grund för att det föreligger en risk är nästan helt uteslutande olika typer av riskanalyser och sannolikhetskalkyler. Det ligger liksom i kriteriets karaktär att just sådan bevisning är så dominerande.

¹¹³ Diesen, ”Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål” sidan 525-526, 548-549, 555

¹¹⁴ Diesen, ”Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål” sidan 400

¹¹⁵ Ibid. sidan 396

I bl.a. rättsfallsanalysen synes det vara tämligen ofta som domstolen refererar till utdrag ur kriminalregister, den tilltalades personliga omständigheter, tidigare praxis eller riktlinjer satta i förarbeten, expertutlåtanden och till sist för läsaren okända ”rapporter” eller ”utredningar” som rätten brukar åberopa till stöd för sin bedömning.

Vad gäller den sakkunniges utlåtande och utredning verkar det dock finnas en särskild tillit från domstolens sida till det som de uttalar sig om. Speciellt i de fall där sakförhållanden i en riskbedömning har sitt ursprung i olika specialkunskaper. Detta är i för sig inte konstigt eftersom domstolen oftast just saknar den kompetensen. Vad som dock bör ihågkommas vad gäller de sakkunnigas bedömningar är att de är subjektivt uppskattade i det konkreta fallet med stöd av olika sannolikhetsteoretiska modeller av vad som generellt är utfallet av de omständigheter som den sakkunnige haft med i sin bedömning. Dessutom kan det vara så att den sakkunnige utgår från en annan referenspunkt i sitt ställningstagande om det föreligger risk eller inte än vad domaren eller lagen gör. Förklaringen till detta borde vara att de besitter olika erfarenheter och positioner i förhållandet till den riskbedömning som bör ske i domstolen.

Kraven på kompetent granskning av riskanalyser bör därför ställas ganska högt av domaren eftersom det är så lätt att uttala sig om det föreligger en risk eller inte i förhållande till vad detta kan innebära för den tilltalade.

Antag att en ung man vid 22 års ålder häktas på grund av mordbrandsmisstanke. Den unge mannen är fri från annan kriminell verksamhet och studerar sitt andra år på lunds tekniska högskola. I domstolen så erkänner han att han anlade branden i onyktert tillstånd och minns inget efteråt. Elden självslocknade som ”turligt” var innan den upptäcktes. Domstolen har begärt ett uttalande av den brandförman som var delaktig i efterläckningsarbetet. Domstolen undrar om risken för att elden kunnat sprida sig och göra stora materiella skador. Den sakkunnige som är en äldre man säger med tröstande röst vänd mot den tilltalade: ”Det var en förbaskad tur grabben hade att byggnaden inte brann ner till grunden. Risken var mycket nära kan man nog säga och om det inte hade varit på grund av tillfälliga omständigheterna så hade det kunnat gå som sagt riktigt illa.” Dennes uppfattning av risken baseras naturligtvis på dennes specialkunskaper och annan erfarenhet som denne har men domstolen inser att dennes bedömning behövs granskas och frågar en annan brandman om samma sak. Denne säger att det inte fanns någon egentlig risk att elden hade spridit sig utan att den självslocknade var ganska så väntat eftersom det brandsäkrare materialet som byggnaden är byggd med var sådan att det hade förhindrat eldens spridning samt att i de övriga utrymmena fanns det sprinkleranordningar som hade förhindrat ytterligare spridning av elden. Domstolen värderar den andre brandmannens utredning som mer sannolik och trovärdig än den förstes och friar den tilltalade från mordbrandsåtalet.

Det val av ytterligare granskning som domstolen beslutade om var grundat

på att konsekvenserna för den tilltalade hade blivit alldeles för omfattande om riskbedömningen hade blivit fel. Därför är det viktigt att den sakkunniges riskanalys alltid granskas av domaren för att denne skall få en förståelse i varför den sakkunnige tycker som denne gör, en riskanalys genomförs nämligen med olika utgångspunkter och med olika målsättningar eftersom olika beräkningsmodeller används som kan ge olika resultat.

I vissa fall kan den sakkunniges bedömning vara en sådan sak som domaren på grund av brist på kunskap inte kan granska i de tekniska detaljerna och därför förefaller passiv.

Vad domaren dock kan göra i dessa fall är att titta på hur riskanalysen utförts samt ifrågasätta den sakkunniges bedömningar och be om förtydliganden i de fall när det är oklart hur denne kommit fram till sitt ställningstagande, men om denna granskningsmetod skall kunna vara effektiv måste rätten ha viss förståelse av vad risk innebär och hur en riskbedömning bör utföras.

Vid en sådan utvärdering handlar det alltså inte om att granska den sakkunniges kunskapsinnehåll utan snarare om att placera den sakkunnige i ett bredare sammanhang. Den sakkunnige fokuserar sig ofta på tekniska detaljer medan domarna förmodligen främst intresserar sig för de krav som skall uppfyllas samt att vissa principer inte skall glömmas bort i processen. För domarna blir därför frågor av följande typ viktiga: När infaller det en risk enligt lagens mening? Vilka risker kan accepteras? Vem har ansvaret? Vad är okänt? Vilka aktörer förtjänar trovärdighet och till vilken grad? Dessa frågor är av mer väsentlig karaktär för den mer juridiska riskbedömningens ändamål och bakgrund än innebörden av de tekniska detaljerna. I frågor om inramningen av det konkreta fallet är nämligen de sakkunniga inte mer kunniga än vad domarna är. Tvärtom har ofta domarna bättre möjligheter att värdera vetenskapens sammanhang, såsom dess trovärdighet, och tillämpning i det enskilda fallet.

Vidare anser jag att för att stärka rättssäkerheten angående riskbedömningen behöver domaren bli mindre vänlig och blåögd till vad sakkunnig påstår och i stället ta rättens granskande funktion på största allvar samt sätta sin juridiska kompetens i det främre rummet och inte den vetenskapliga kompetensen.

5.3 Fiktion eller verklighet

En riskbedömning innehåller alltid en eller flera metoder för att identifiera risken. Denna process är viktig eftersom det är endast de identifierade riskerna som kommer att ingå i den fortsatta bedömningen om det huvudsakliga riskmomentet är sådant att det inte kan accepteras. Vidare kan en risk bara föreligga när sannolikheten för ett visst utfall är känt, i annat fall hamnar bedömningen i ett allt för osäkert läge där det inte är längre fråga om en bedömning utan mer fråga om rena gissningar. Därför måste rätten identifiera relevanta riskmoment och omständigheter och värdera

dessa i det konkreta fallet. Detta görs i huvudsak genom att titta på frekvens, sannolikheten av skada och konsekvens, skadans storlek.

Risken bör vidare bara bedömas vid ställningstagande till kravet på bevisningen som anknyter till risken. Precis som vid värdering av annan bevisning bör domaren därför ta hänsyn till utredningens robusthet samt det krav som bevisningen måste uppfylla och sedan göra en eventuell riskminskning om det visar sig att utredningen är för mager.

Gränsen mellan att vara eller inte vara dras med utgångspunkt av den tolerabla risken och inte att det faktiskt föreligger en risk eller inte eftersom de negativa konsekvenserna för den tilltalade kan då i det konkreta fallet bli för omfattande, se NJA 1987 s 266. Detta är ett viktigt moment i riskbedömningen eftersom det sätter en referenspunkt för riskens existens i det konkreta fallet och som tjänar samma syfte som beviskravet för bevisningen och utredningskravet för själva omfattningen av processmaterialet.

I brottmål bör beviskravet vara konstant oavsett kriterier i en och samma brottsrubricering. För om beviskravet inte skulle vara konstant så försämras den anklagades möjligheter att föra sin talan inför domstolen. Ett beviskrav som inte är konstant innebär nämligen att den anklagade inte vet under vilka förutsättningar åtalet mot honom kan anses vara styrkt och åklagaren vet inte hur mycket bevisning som måste förebringas för att nå upp till beviskravet och en eventuellt fällande dom. I riskbedömningssammanhang verkar det dock som om beviskravet inte anses vara tillämpligt på "risken" i samma utsträckning som det är på de övriga kriterierna i den aktuella brottsbestämmelsen. Det är nämligen sällan fråga om att risken skall vara ställt utom rimligt tvivel utan snarare en fråga om när domaren tycker att sannolikheten för riskens existens är så pass hög att den kan anses vara bevisad.

Den allmänna problematiken med riskbedömningar har därför sin utgångspunkt i det faktumet att olika personer uppger olika sannolikheter beroende av den kunskap de besitter och den information de har tillgång till. Den sannolikhet som en riskbedömare anger står därför ofta i relation till de odds den personen skulle vara villig att acceptera i en vadhållning. Risk är, som ordet själv säger, nämligen förknippat med ordet osäkerhet. Skillnaden dem emellan kan förklaras enklast att en risk är när man inte säkert vet vad som skall hända men att man i vart fall känner till oddsen, osäkerhet däremot är när man inte ens känner till oddsen.

I det konkreta fallet är det naturligtvis både i praktiken och i teorin omöjligt att fastställa den "sanna" sannolikheten eftersom det kräver att vi behöver tusentals exemplar av den tilltalade som skall vara identiskt lik och utsättas för samma saker som denne ende och unika person. Därför kan det i själva verket sägas att det finns inga "sanna" sannolikheter. Alla sannolikheter är nämligen bestämda av antaganden och olika beräkningsmodeller. Exemplet med tärningen kan ges i detta sammanhang där risken att få upp en sexa är

1/6 men endast under förutsättningarna att tärningen är en "riktig" tärning med samma förutsättningar för alla sidor att komma upp. I domstolssammanhang är det dock mycket mer komplicerat att beräkna risken, här är det nämligen inte fråga om att beräkna utfallet av ett tärningskast utan utfallet på hur exempelvis en människa skall handla.

Att förutsäga en människas handlingar är givetvis inte lätt men på något sätt måste domstolen ändå göra detta i vissa fall. Domaren är den som i slutändan måste stå för beslutet om bevisfaktumet bevisar bevis temat som bevisar rättsfaktumet, d.v.s. om risken är bevisad. Och eftersom ett bevisfaktum är existensen av ett faktum med vilket man vill dra en slutsats rörande sannolikheten för ett annat faktum så beror ett bevisfaktums riktighet på dess uppnådda sannolikhet. Därför är det oerhört viktigt att domaren verkligen grundar sin bevisvärdering på olika erfarenhetssatser, d.v.s. den slutsats domaren drar från olika observationer.

På vissa riskområden finns det så mycket kunskap och observationer på hur saker och ting förhåller sig med varandra att domaren blir mer eller mindre bunden av dessa erfarenhetssatser. Exempel på sådana erfarenhetssatser skulle kunna hämtas från den exakta vetenskapen eller uttalanden gjorda av en sakkunnig. I dessa fall skulle man kunna dra en jämförelse till att i vissa fall så tjänar dessa typer av erfarenhetssatser samma funktion som lagreglerna har enligt den legala bevisteorins. Det är då viktigt i sammanhanget att påpeka att trots detta så har domaren enligt den fria bevisprövningens princip faktiskt givits möjlighet att använda sitt goda förnuft, även i de fall där erfarenhetssatser anses vara i princip bindande för domaren. Detta ger domaren möjlighet att anpassa och värdera även de mest fasta och välgrundade erfarenhetssatser i det konkreta fallet, man får nämligen aldrig glömma att det fall som domstolen har framför sig kan mycket väl vara det där en-på-miljonen-fallet.

På vissa områden kan det vara på det motsatta sättet från ovan nämligen att kunskap och observationer om verkligheten saknas. I dessa situationer uppstår då faran att riskbedömningen förvandlas till en ren subjektiv sannolikhetsdiskussion som kan resultera i beslut som är rena gissningar baserade på fiktiva förställningar och påhittade erfarenhetssatser. Dessa fiktiva erfarenhetssatser kan då bestå av förväntade slutsatser eller beteenden i olika situationer. Annorlunda uttryckt; den fiktiva erfarenhetssatsen är egentligen i vissa fall en subjektivt formad norm. Det handlar då inte om hur erfarenhetssatsen skulle ha sett ut om den fanns utan om hur den borde ha sett ut om den skulle finnas, men borde inte utgångspunkten vid en riskbedömning vara hur verkligheten ser ut i stället för hur verkligheten borde se ut.

Även i dessa fall har domaren sitt förnuft att tillgå vid sin bedömning bara denne kommer ihåg att i domstol duger det dock aldrig med gissningar, hur förnuftiga de än kan vara, utan bevisningen måste fortfarande vara väl underbyggd om det skall leda till en fällande dom. En korrekt

riskbedömning bör därför aldrig bygga på en gissning utan på en logisk, rationell och verklighetsförankrad övertygelse.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur:

- Bernstein, Peter L. "Against the Gods – the remarkable story of risk", [1998] published by John Wiley & Sons, Inc. in U.S.A.
- Mattsson, Bengt "Riskhantering vid olyckor", [2000] Borås
- Stening, Anders "Bevisvärde", [1975] Stockholm
- Dareborg, Anders "Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess", [1990] Stockholm
- Ekelöf, P O
Edelstam, Henrik "Rättegång första häftet" 8:e upplagan, [2002] Stockholm
- Lindell, B
Eklund, H
Asp, P
Andersson, T "Straffprocessen", [2005] Stockholm
- Lindblad, J C "Läran om bevisning inför rätta enligt Sveriges lag", [1842] Uppsala
- Ekelöf, P O
Boman, R "Rättegång fjärde häftet", 6:e upplagan, [2002] Stockholm
- Diesen, Christian "Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål", [1993] Stockholm
- Diesen, Christian "Bevisprövning i brottmål", [1994] Stockholm
- Bergström, S
Andersson, T
Håstad, T
Lindblom, P H "Juridikens termer", 9:e upplagan, [2002] Falköping
- Jacobsson, Ulla "Lagbok i straffprocess", 1:1 upplagan, [1996] Malmö
- Grimvall, G
Lindgren, O "Risker och riskbedömningar", [1995] Lund

Abrahamsson, M Magnusson, S E	”Risk- och sårbarhetsanalyser”, [2004] Stockholm
Östberg, Gustaf	”Att veta vad man gör, studier i riskhantering”, [1993] Stockholm
Dixon, Dr G C A	”Riskanalys”, [1990] Ystad
Brun, H Diesen, C Olsson, T	”Bevispraxis, Bevis 5”, 1:a upplagan, [2000] Stockholm
Mattsson, Bengt	”Riskhantering vid skydd mot olyckor”, [2000] Borås
Tegin, Åke	”Kredithandboken”, 2:a upplagan, [1997] Falköping
Lindell, Bengt	”Civilprocessen”, [2003] Uppsala
Inger, Göran	”Svensk rättshistoria”, [1980] Lund
Bolding, P-O	”Bevisbörda och beviskrav”, [1983] Lund

Förarbeten:

SOU 1938:43	Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk I
SOU 1938:44	Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk II
NJA II 1943	Nytt Juridiskt Arkiv avdelning II 1943

Artiklar:

JT 1996/97, Stockholm ”Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål” av Christian Diesen

SvjT 1988 ”Osannolikhet eller ovisshet? En fråga om behandlingen av alternativhypoteser vid bevisvärderingen” av prof.emer. P-O Bolding,

LUCRAM, FRIVA, ”Risk- och sårbarhetsanalyser: Utgångspunkt för praktiskt arbete” Artikel: ” En operationell definition av sårbarhet” av Henrik Johansson och Henrik Jönsson [2007] Lund

LUCRAM, Rapport 1010, ”Metoder för risk- och sårbarhetsanalys ur ett systemperspektiv” av Henrik Johansson och Henrik Jönsson, [2007]
Lund

Rättsfallsförteckning

NJA 2006 s 40

NJA 2006 s 375

NJA 2004 s 174

NJA 1997 s 266

NJA 1993 s 616

NJA 1991 s 83

NJA 1990 s 555

NJA 1987 s 878

NJA 1986 s 821

NJA 1980 s 191

NJA 1980 s 650

NJA 1980 s 725

RÅ 1992 ref 98

Linköping Tingsrätt B 1217-06