



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martin Husberg

Oskyldighetspresumtionen och den talande tystnaden

En kritisk rättssäkerhetsanalys av rätten till tystnad i förhållande till fri bevisprövning

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: HT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1.1 Inledning	6
1.2 Syfte och avgränsningar	7
1.3 Frågeställning	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	9
2.1 Grundläggande rättsprinciper	10
2.1.1 Rätten till en rättvis rättegång	12
2.1.2 Oskyldighetspresumtionen	13
3.1 Den tilltalades aktivitet och passivitet	15
3.1.1 Utredningsbörda och åberopsbörda	15
3.1.2 Bevisbörda och förklaringsbörda	17
3.2 Fri bevisprövning	18
3.2.1 Den fria bevisprövningens grunder och dess problematik	18
3.2.2 Bevisvärdering av den tilltalades tystnad	20
3.3 Hypotesmetoden	21
4.1 Införandet i svensk rätt	23
4.2 Artikel 6 och rätten till tystnad	24
4.3 Förhållandet till fri bevisprövning	25
5.1 Europadomstolen	26
5.1.1 Engel mfl	26
5.1.2 Funke	28
5.1.3 John Murray	29
5.1.4 Condron	31
5.2 Högsta domstolen	32
5.2.1 NJA 1980 s. 435	32
5.2.2 NJA 1982 s. 164	33
5.2.3 NJA 1991 s. 123	34
5.2.4 NJA 2001 s. 183	34
5.2.5 NJA 2001 s. 563	35

6.1	När gäller rätten till tystnad?	36
6.2	Tystnadens bevisverkan	37
6.3	Svensk rätts förhållande till EKMR	38
	BILAGA A	45
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	47
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	50

Summary

The principles of presumption of innocence and free evaluation of evidence share a common *raison d'être* in their strife to produce as materially proper judgements as possible. However, these two principles of rule of law seemingly appear to conflict when a suspect exercises his right to remain silent in order to avoid self-incrimination; a suspect's silence may not be interpreted negatively as evidence of his guilt, yet at the same time the free evaluation of evidence allows the courts this very freedom.

The right to remain silent emanates from the presumption of innocence, a general and cornerstone principle of modern criminal law. It has as such been put into practice with varying emphasis throughout history, though it still lacks an explicit regulation within Swedish law; it's primary reference source is article 6 and the right to a fair trial as apparent in the European Convention on Human Rights. The European Court has established the right to remain silent as part of the presumption of innocence, whereby silence, as a main rule, cannot be used as evidence against a suspect. The presumption of innocence appears thus to collide with the principle of free evaluation of evidence, as the latter allows the court to freely weigh all presented facts of the case.

The European Court has solved this by allowing the silence of the suspect a certain degree of negative consideration, but only as supporting evidence when no other reasonable explanations remain. The Court's case law has furthermore restricted the national court's possibilities of bypassing the rights contained within article 6 by providing its applicability with an autonomous definition.

Legislation and case law in both Swedish and European law has strengthened the poignancy and significance of article 6 of the European Convention, whereby the right to remain silent has undergone a noteworthy yet inconspicuous development in Swedish law, granting it a more prominent status as a fundamental principle of the rule of law.

The presumption of innocence has been able to remain intact, as the alternative hypothesis-method of evidence evaluation compels the court to *ex officio* consider reasonable exculpatory explanations in the defendant's favour.

Sammanfattning

Principerna om oskyldighetspresumtion och fri bevisprövning existerar med det gemensamma målet att nå så pass materiellt korrekta domar som möjligt. Dessa två rättssäkerhetsprinciper hamnar på ytan i konflikt med varandra när den tilltalade använder sig av sin rätt att tåga för att undvika att belasta sig själv; tystnaden får inte tolkas negativt för den tilltalade, men domstolen är å andra sidan fri att bevispröva allt som förekommit i målet.

Rätten till tystnad emanerar i dagens läge ur oskyldighetspresumtionen, en övergripande princip som i sin tur tillhör en av hörnstenarna i den moderna straffprocessrätten. Presumtionen om oskyldighet har således direkt tillämpats i olika grad genom åren, men saknar en uttrycklig reglering i svensk rätt; dess främsta hänvisningskälla är artikel 6 och rätten till en rättvis rättegång i Europakonventionen om mänskliga rättigheter.

Europadomstolen har slagit fast rätten till tystnad som en del av oskyldighetspresumtionen, och därmed kan tystnaden hos en person anklagad för brott som grundregel inte innebära ett negativt bevisvärde för den anklagade. Oskyldighetspresumtionen hamnar därmed skenbart på kollisionkurs med principen om fri bevisprövning, då den tillåter domstolen att fritt värdera allt som förekommit i målet.

Europadomstolens lösning har varit att medge ett visst negativt bevisvärde av den tilltalades tystnad, men enbart i form av stödbevisning då andra, rimliga alternativ tycks saknas. Möjligheten att rubricera förfarandet på ett sådant sätt att artikel 6 kringgås har avskurits av Europadomstolens praxis, då den tidpunkt rätten till tystnad aktualiseras har givits en autonom innebörd. I både svensk och europeisk rätt har Europakonventionens artikel 6 tydliggjorts och erhållit en mer framträdande ställning, varför möjligheten att åberopa rätten till tystnad har genomgått en undanskymd utveckling vars praxis har gått från en styvmoderlig behandling till dess erkännande som en grundläggande rättssäkerhetsprincip. Den alltmer framåtskridande tillnärmningen av europakonventionens staters lagstiftning ligger till grund

för en stor del av denna utveckling. Oskyldighetspresumtionen har kunnat bibehållas intakt, framför allt då bevisprövningsmetoden om alternativa hypoteser kräver att domstolen *ex officio* beaktar rimliga, friande förklaringar åt den tilltalade.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

"I ain't sayin' nothin'!"

-Johnny Tightlips, the Simpsons

1.1 Inledning

Denna uppsats behandlar rätten till tystnad och denna rättighets förhållande till principen om fri bevisprövning, granskad i ljuset av den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna.

”Envar som anklagats för brottslig gärning skall ha rätt att betraktas som oskyldig intill dess hans skuld lagligen fastställts.”

Detta uttryck för oskyldighetspresumtionen fungerar som en av flera grundläggande principer i rättsstater. I Sverige tillämpas samtidigt principen om fri bevisprövning, där allt som förekommit i målet, inklusive den tilltalades tystnad, som huvudregel fritt får beaktas av rätten. Dessa två principer ställs mot varandra i situationer då en brottsmisstänkt förblir tyst och passiv i brottmålsförfarandet.

Den naturliga reaktionen hos en oskyldig vore kanske att samarbeta med rättsväsendet i så hög grad som möjligt för att fria sig från misstankar. Gränsen mellan rollen som vittne och misstänkt kan komma att flyttas under straffprocessen; för den förhörde, oavsett status, finns därmed alltid det bakomliggande hotet om mened, och på så vis ett mått av osäkerhet och brist på kunskap om vad informationen du lämnar faktiskt kan komma att användas till, särskilt för en juridiskt obevandrad person som hamnar i en brottmålsprocess. Lämnas då oskyldighetspresumtionen intakt?

1.2 Syfte och avgränsningar

Denna uppsats syftar till att kartlägga och kritiskt granska de konflikter och balansgångar som uppstår mellan å ena sidan de övergripande rättigheter av konstitutionell grund som utgör den misstänktes rätt till tystnad och å andra sidan den frihet domstolarna givits i bevisprövningshänseende.

Avgränsningen håller sig till de straffrättsliga förfaranden där tystnadsrätten uttrycks; detta innebär hela det administrativa förfarandet, från primärutredning till huvudförhandling. Straffrättsprinciperna har avgränsats till de som befattar sig med den tilltalades rätt till passivitet.

Vad avser bevisfrågan begränsas framställningen till de bevisvärderingsmetoder som har direkt samband med tystnadsrätten.

Närståendes rätt att tåga står i visst samband med den aktuella frågeställningen, men förekommer endast i den mån den direkt kommer i kontakt med tystnadsrätten. Det innebär samtidigt att frågeställningen inte enbart avgränsas till förfaranden där det är den rent formellt misstänktes rätt till tystnad som berörs; rollen som misstänkt kan skifta under en brottmålsprocess, och vittnen kan därmed försättas i situationer som väcker uppsatsens tematiska frågeställning.

1.3 Frågeställning

Uppsatsens grundläggande frågor rör hur det krav på rättssäkerhet två olika rättsprinciper, oskyldighetspresumtionen och fri bevisprövning, i straffrättsligt hänseende påverkas av den misstänktes tystnad.

Frågeställningen tar avstamp i den bärande tanken i straffprocessen som ett sanningsökande; att utreda vad som har hänt och vem som bär skulden bygger till viss del på en samverkan mellan parterna, där åklagare och domstolar har huvudansvaret för att rättvisa skipas, men där

också den tilltalades information genom förhör och utsagor direkt inverkar.

När uppkommer egentligen kravet på att iaktta rätten att inte belasta sig själv, och hur pass intakt står sig denna rätt gentemot den fria bevisprövning domstolarna tillåts göra?

Är dess tillämpning samstämmig gentemot Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen?

1.4 Metod och material

Tillvägagångssättet baseras på en traditionell, rättsdogmatisk metod där lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin ligger till grund. Den deskriptiva delen syftar till att ge underlag åt den senare delens kritiska analyser.

Brottmålsprocessen präglas i hög grad av straffrättsfilosofiska teorier om individens och samhällets ansvar gentemot varandra, och kommer i särskilt starkt uttryck vad avser kraven som kan ställas på parterna i ett rättsligt förfarande. Det kritiska perspektivet tar därför avstamp utifrån några av de grundläggande rättsfilosofiska och processuella principer som avtecknar sig i straffrättens uppbyggnad och finns uttryckta i Europakonventionen. Ett utilitaristiskt och samhällsekonomiskt perspektiv på straffrättsförfarandet i kontrast till ett mer individualistiskt perspektiv i ljuset av vår tids intresse för mänskliga rättigheter fungerar som förhållningssätt till uppsatsens analys av de principer som ligger till grund för tystnadsrätten och deras förhållande till fri bevisföring, samt hur dessa i sin tur samspelar med Europakonventionen.

1.5 Disposition

Uppsatsen är huvudsakligen indelad i tre delar, som börjar med en deskriptiv redogörelse för grunderna till principerna om oskyldighetspresumtion och fri bevisprövning, den relevanta lagstiftningen och regleringen av rätten till tystnad och att inte belasta sig själv.

Detta följs av ett mer sammanfattande och granskande avsnitt till hur principen kommit till uttryck i rättstillämpningen, där jag mot slutet av varje avsnitt valt att väva in kritiskt analytiska slutsatser och frågeställningar för ett bibehållet fokus på de frågor som tillhör uppsatsens tema.

Slutligen återfinns en kritisk analys av hur principen påverkar dynamiken i det rättsliga förfarandet, och hur dessa slutsatser förhåller sig till de straffrättsteoretiska grunder rätten till tystnad och den fria bevisprövningen vilar på.

2 Om rätten till tystnad

2.1 Grundläggande rättsprinciper

Rätten att som anklagad för ett brott förhålla sig passiv i det rättsliga förfarandet kan uttryckas spegelvänt: det är inte den anklagades sak att bevisa sin oskuld, utan den anklagande att bevisa motsatsen. Rätten att förhålla sig passiv kan därmed sägas vara ett i processordningen utkristalliserat uttryck av individens rätt att få leva ifred.

Denna syn på individens rätt till skydd mot centralmaktens intrång i våra liv går att spåra långt tillbaka, men fick sitt genombrott i och med John Locke och liberalismens idéer under 1700-talet. Enligt Lockes rationalism¹ är rätten till frihet en absolut sådan, och den ingår sedan dess som en grundläggande beståndsdel i västerländska rättsstaters filosofiska fundament. När åtal väcks och individen ställs till svars inför en maktapparat han inte har medel att hävda sig emot, inträder därför en känslig balansgång mellan det allmännas och individens intressen.²

Principer och rättsregler anses inom juridisk doktrin besitta olika funktioner. Ett sätt att förklara deras olikheter är att beskriva deras funktion. Rättsregler uttrycker ofta *definitiva normer* i form av påbud eller förbud, och kan antingen följas eller bortses från. Om två rättsregler med motsatta innehåll ställs mot varandra, uppstår en regelkonflikt som måste

¹ Lockes rationalism grundade sig på föregående idéer presenterade av bl a *Hobbes* och dennes idé om samhällets uppbyggnad via ett samhällskontrakt för att undslippa naturtillståndets anarki. Lockes vidareutveckling av detta samhällskontrakt innebar att upprättandet av nämnda kontrakt gjordes med förbehåll för vissa absoluta rättigheter. Jfr Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen*, 2003, s. 106

² Strandbakken, s. 74 ff

lösas av domstolen. Rättsprinciper å sin sida uttrycker en norm som *gradvis kan förverkligas*; ju mer grundmurad och fundamental principen anses vara, desto större vikt ges den vid en konflikt med andra principer.³ Rättsregler har ofta sin bakgrund i mer abstrakta, övergripande rättsprinciper. Detta förhållande gör att rättsprinciper ofta får en utfyllande funktion där konkreta rättsregler saknas.⁴

För att ta ett välkänt exempel ses principen *pacta sunt servanda*⁵ som en grundläggande rättsprincip på vilken avtalslagen⁶ vilar. I de avseenden konkreta rättsregler saknas kan principen göras gällande, och på motsatt vis får rättsprincipen ge vika där lagen är försedd med undantag från principen.

Ett straffrättsligt exempel på samma förhållande är konformitetsprincipen, vilken säger att straff enbart får utdömas mot den som haft förmåga att rätta sig efter lagen.⁷ I denna princip finns ett krav på *uppsåt* i samband med gärningen, och tills nyligen var även konformitetsprincipen försedd med ett undantag då uppsåtskravet tidigare eftergavs om gärningsmannen självförfallat berusat sig så till den grad att uppsåt inte ansågs föreligga.⁸

Rättsprincipernas mer abstrakta form ger dem en osäker tillämplighet. Ett sätt att förenkla möjligheten till att kunna åberopa dem och därmed positionera dem i ett rättsområde är kodifiering, vilket också lett till att flera, viktiga straffrättsprinciper har fått en stadgad och uttrycklig plats i grundlag⁹ och konventioner.

I fallet med rätten att förhålla sig passiv vid anklagelse för brott, så är denna nära besläktad med två principer som står att återfinna i de flesta

³ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 1977, s. 69 ff, Alexy, Robert, *The Construction of Constitutional Rights*, Law & Ethics of Human Rights, Vol 4, the Berkeley Electronic Press, 2010, s. 2, och Hellner, Jan, *Rättsteori*, 1994, s. 41

⁴ Nowak, Karol, *Oskyldighetspresumtionen*, 2003, s. 36

⁵ "Avtal ska hållas"

⁶ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

⁷ Asp mfl, *Kriminalrättens grunder*, 2010, s. 65

⁸ Sedan Högsta Domstolens avgörande i NJA 2011 s. 563 tillämpas konformitetsprincipen åtminstone formellt sett konsekvent, dvs uppsåtskravet får uttryckligen inte efterges

⁹ Exempelvis rätten till tystnad, i den amerikanska konstitutionen fastlagd i dess femte tillägg, "the protection of self-incrimination", Amendment V to the U.S Constitution

rättsordningar existerande i modern tid; *rätten till en rättvis rättegång* och *oskyldighetspresumtionen*.

2.1.1 Rätten till en rättvis rättegång

Innebörden av rätten till en rättvis rättegång innehåller en samling idéer om hur det processuella brottmålsförfarandet bör konstrueras för att uppnå maximal rättvisa och jämlikhet mellan parterna. I Sverige består rättegångens grundform av kontradiktionsprincipen, som i huvudsak innebär en rätt för parterna att ta del av och bemöta allt förekommande material i processen.¹⁰

I civilmål kommer kontradiktionsprincipen till särskilt starkt uttryck; parterna styr själva över processen, och domstolen har en passiv roll som åhörare och bedömare av bevisningen.

I brottmål har denna princip en något annorlunda innebörd, då åklagaren har statens samlade medel till sitt förfogande, vilket med en lika renodlad kontradiktion skulle medföra en obalans mellan parterna. Den svenska straffprocessen är därför i huvudsak ackusatorisk med vissa inkvisitoriska drag¹¹, vilket innebär att rätten främst ska söka fastställa sanningen i fallet. Kontradiktionsprincipen säger i detta avseende att den tilltalade inte får ges sämre möjligheter än åklagaren att föra sin talan; inget hindrar alltså att den tilltalades möjligheter tillåts vara bättre¹².

Rätten till en rättvis rättegång gäller som svensk lag, dels uttryckt i vår grundlag¹³, dels i och med Europakonventionens inkorporering i svensk lag¹⁴.

¹⁰ Ekelöf mfl, Rättegång IV, 2009, s. 30

¹¹ Ekelöf mfl, Rättegång I, 2002, s. 70

¹² Ekelöf mfl, Rättegång VI, s. 33

¹³ 2 kap 11 § 2 st Regeringsformen (1974:152)

¹⁴ Se vidare nedan i avsnitt 4.3.

2.1.2 Oskyldighetspresumtionen

En presumtion vilar i vanliga fall på antaganden baserade på tidigare observationer. Utifrån fördomar om en individ eller en grupp vilar ofta presumtioner om hur någon kan förmodas bete sig, vare sig baserat på fakta eller ej. Oskyldighetspresumtionen är däremot konstruerad som en *rättslig presumtion*, antagen som en nödvändig grundsats för att bibehålla objektivitet även i de fall där våra känslor och fördomar kan tänkas ta överhanden.¹⁵

Oskyldighetspresumtionen utgör grunden till ett flertal mer koncentrerade och avgränsade principer, t ex *in dubio pro reo*, som innebär att den tilltalade i brottmål har en fördelaktigare processuell ställning då alla former av tveksamheter ska vägas över till den tilltalades fördel; det är denna princip som reglerar bevisbördan i brottmål, och enhetligt placerar den på åklagaren.¹⁶

Oskyldighetspresumtionen är övergripande till *in dubio pro reo*, eftersom den sistnämnda enbart tar sikte på rättegångsförfarandet i domstol, medan den förstnämnda är en princip som gäller redan från inledande brottsmisstanke till domen.¹⁷

Betydelsen understryks genom att bevisbördan i brottmål inte konkret reglerats i någon rättsregel i den svenska rättegångsbalken; det är istället oskyldighetspresumtionens stadgande i Europakonventionens artikel 6, och konventionens ställning såsom gällande lag i Sverige¹⁸ som anger

¹⁵ Nowak, s. 31

¹⁶ Ekelöf mfl, Rättegång VI, s. 150, se även Strandbakken, s. 67-68

¹⁷ Nowak, s. 34, och Träskman, P.O, *Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet*, Festskrift till Lars Welamson, 1988, s. 480

¹⁸ ”Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts” Artikel 6.2, Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

bevisbördans placering i brottsmål.¹⁹ Rättsprinciper, även en abstrakt och allomfattande sådan som oskyldighetspresumtionen, kan alltså fungera som direkt tillämpliga processregler.

Oskyldighetspresumtionen utgör alltså en hörnsten i rätten till en rättvis rättegång²⁰. Tystnaden hos den tilltalade bör med andra ord inte kunna tolkas eller användas mot den denne, och man får inte förglömma att denna presumtion gäller under hela förfarandet.²¹ Samtidigt kan det uppstå situationer då den tilltalades tystnad inför en direkt fråga, exempelvis varför den tilltalade enligt vad den övriga bevisningen tycks peka på har befunnit sig på brottsplatsen, implicit misstänkliggör den tilltalade ytterligare, och därmed kan vägas in i den samlade bevisningen *mot* den tilltalade; principen om fri bevisföring möjliggör till synes detta²².

Om denna bevisprövning får en för den tilltalade negativ följd, samtidigt som oskyldighetspresumtionen inte ska belasta den tilltalade då han väljer att förhålla sig passiv, uppstår då inte en motsägelse i rättegångsförfarandet? Eller fungerar den fria bevisprövningen här plötsligt som en undantagsregel från principen om oskyldighetspresumtion? Frågan för oss in på vilka krav på aktivitet hos den tilltalade som kan krävas, och hur den tilltalades tystnad och passivitet sedermera bör tolkas.

¹⁹ Ekelöf mfl, Rättegång VI, s. 150

²⁰ Följer av Europadomstolens hållning i *Case of Saunders v United Kingdom*, Application no 19187/91, 68 §, se vidare nedan i avsnitt 4.2.

²¹ Artikel 6 i Europakonventionen – Rätten till en rättvis rättegång ur ett praktiskt åklagarperspektiv, RättsPM 2012:5, s. 6

²² Ekelöf mfl, Rättegång VI, s. 34

3 Svensk rätt

3.1 Den tilltalades aktivitet och passivitet

3.1.1 Utredningsbörda och åberopsbörda

Den så kallade *utredningsbördan* innebär ett kvantitativt krav på sammanställningen av bevisningen.²³ Den har en direkt påverkan på förutsättningarna till den bevisvärdering rätten senare företar sig. Kravet gör att den utredning som ligger till grund för åtalet måste vara av sådan standard att beviskravet för de aktuella brottsrekvisiten kan nås. Detta innebär att en bristfällig utredning, det vill säga en utredning som inte når rättens krav, omöjliggör en fällande dom.

Utredningsbördan ligger hos åklagaren, vilket egentligen inte följer av annat än att åklagaren grundar sitt åtal på den utredning han själv ansvarar för.²⁴ Den tilltalades tystnad påverkar dock indirekt utredningskravet, genom att detta krav varierar beroende på olika faktorer, bl a den tilltalades inställning i målet.²⁵ Ett erkännande kan således sänka det utredningskrav som annars skulle gälla, eller uttryckt omvänt; tystnaden hos den tilltalade bibehåller en viss nivå på åklagarens utredningskrav.

²³ Lindell mfl, *Straffprocessen*, 2005, s. 413 samt Diesen, *Bevisprövning i brottsmål*, 2002, s. 102

²⁴ 23 Kap RB samt 1 a § 2 st (1947:948) Förundersökningskungörelse. Samtidigt anger 46 kap 4 § 2 st att *rätten* ”ska se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver”. Det råder en viss tveksamhet kring utredningsbördans placering, men säkert är i alla fall att den inte vilar hos den tilltalade. Se också NJA 1991 s. 83, där HD bokstavligen uttrycker att brister i utredningen ”går ut över åklagaren”.

²⁵ Jfr NJA 1990 s. 555, där den tilltalades inledande erkännande som senare återtogs medförde en höjning av utredningskravet i målet.

Den tilltalade belastas således inte av någon utredningsbörda.

På samma vis förhåller det sig åtminstone formellt sett i fråga om *åberopsbördan*²⁶. Eftersom hela bevisbördan konstaterats ligga hos åklagaren, följer givetvis åberopsbördan med detta - i alla fall vad gäller kravet på gärningsbeskrivningens uppfyllande²⁷. Men en otillåten gärning²⁸ som företagits med uppsåt kan vara tillåten om det exempelvis föreligger en *ansvarsfrihetsgrund*²⁹. Frånvaron av åberopsbörda hos den tilltalade till trots kan han alltså behöva påpeka relevanta omständigheter som kanske inte uppenbart framgått i målet; i sådan mån kan en invändning om ansvarsfrihet behöva *åberopas* för att utredningen ska vidgas och i tillräcklig mån ta hänsyn till huruvida ansvarsfrihet förelåg.

Trots vare sig utrednings- eller åberopsbörda kan den passive således riskera en potentiell rättsförlust då han låter bli att åberopa omständigheter som ligger för handen men inte synliggjorts i målet.³⁰

Vet lekmannen om att en icke åberopad ansvarsfrihetsgrund på så vis kan utgöra skillnaden mellan en fällande och friande dom? Det kan uppfattas vara en svaghet i systemet, som inte med lätthet kan avvärjas genom att helt enkelt uppmana den tilltalade att tillvarata sina rättigheter. I de flesta fall torde detta lösas av den tilltalades självbevarelsedrift och förnuft, alternativt hans försvarare i de fall de förekommer, men onekligen manifesterar det i slutändan ett visst krav på aktivitet hos den tilltalade.³¹

För åklagaren och domstolen innebär tystnad hos den tilltalade i situationen ovan att utredningskravet kan komma att öka.

²⁶ Med åberopsbörda menas att part får bära nackdelen av att omständighet inte åberopas och därmed inte kan ligga till grund för dom i målet, se Ekelöf mfl, Rättegång VI, s. 93

²⁷ Jfr NJA 2003 s. 486 där HD konstaterar att gärningsbeskrivningen ska täcka samtliga brottsliga rekvisit

²⁸ För definitionen av *otillåten gärning* se Asp mfl, s. 42. I korthet kan sägas att ett brott som medför straffansvar förutsätter en otillåten gärning och uppsåt/oaktsamhet, men utesluter ansvarsfrihetsgrunder och ursäktande omständigheter

²⁹ Ett klassiskt exempel på en ansvarsfrihetsgrund är rätten till nödvärn, 24 kap 1 § BrB

³⁰ Diesen, s. 67

³¹ Strandbakken, s. 545 ff

Åklagarens *objektivitetsplikt*, uttryckt i rättegångsbalkens kapitel om förundersökning,³² kräver att även omständigheter till den tilltalades fördel blir vederbörligt utredda och prövade.

3.1.2 Bevisbörda och förklaringsbörda

Med *bevisbörda* avses vilken part ett bristande uppfyllande av beviskravet går ut över.³³ Som konstaterats ovan vilar denna börda helt på åklagaren, idag närmast utifrån oskyldighetspresumtionen i Artikel 6.2 EKMR, även om samma princip tillämpats allt sedan den nya rättegångsbalkens införande.³⁴ I den spegling av praxis och tillämpning av bevisbördan som målats upp i doktrinen, förekommer de två distinktionerna *äkte bevisbörda* och *falsk bevisbörda*.

Med den äkte bevisbördan avses i brottmål åklagarens bevisbörda; den *faktiska* bevisbördan som hela tiden är konstant. För att åklagarens bevisbörda ska anses uppfyllt måste den möta gällande beviskrav. Allt sedan NJA 1980 s. 725 gäller huvudregeln ”ställt bortom rimligt tvivel” som beviskrav i brottmål.

När den tilltalade står inför ett faktum ”ställt bortom rimligt tvivel”, realiseras den falska bevisbördan. Med detta menas att den tilltalade ställs inför uppgiften att lägga fram bevisning som förtar åklagarens bevisning i så hög grad att den falska bevisbördan återgår till åklagaren. Erbjuder den tilltalade en förklaring som sår tillräckligt med tvivel för att omständigheten inte längre kan anses ställd bortom rimligt tvivel, har han uppfyllt sin falska bevisbörda; i strikt hänseende till bevisbördan har han dock enbart sänkt

³² 23 kap 4 § RB. Någon lagstadgad regel som uttrycker åklagarens objektivitetsplikt utanför förundersökningen finns inte; objektivitetsplikten anses allmänt gälla under hela processen. Se även SOU 2011:45, *Förundersökning – objektivitet, beslag, dokumentation*, s. 95-98

³³ Lindell mfl, s. 420

³⁴ SOU 1938:44, s. 381

åklagarens bevisvärde.³⁵ Det är alltså inte fråga om att den faktiska bevisbördan någon gång skiftar; den falska bevisbördan är bara ett uttryck för vilken part som tillfälligtvis lider av att beviskravet är uppfyllt eller inte.

Vad sker då när den tilltalade vägrar att yttra sig angående en för honom graverande omständighet? Ta som exempel den tilltalades vägran att förklara vad han gjort på brottsplatsen under tiden brottet måste ha begåtts; hans närvaro tycks genom övrig bevisning i målet ha ställts bortom rimligt tvivel. Åklagarens bevisbörda i fråga om den tilltalades närvaro på brottsplatsen kvarstår i form av rekvisitet ”gärningsman” som i målet ska förenas med den tilltalade utifrån åklagarens bevisning.

Sett ur bevisbördans perspektiv, kan tystnaden inte läggas den tilltalade till last; bevisbördan är som konstaterat fast förankrad hos åklagaren.³⁶ När rätten har att ta ställning till huruvida denna bevisbörda uppfyllts, skiftas dock fokus från åklagaren till rätten och dess prövning av allt som förekommit i målet; bevisvärderingen.

3.2 Fri bevisprövning

3.2.1 Den fria bevisprövningens grunder och dess problematik

Principen om den fria bevisföringen har utmejslats inom svensk processrätt under de senaste tvåhundra åren, trots att den legala bevisteorin formellt ersattes först i och med 1948 års rättegångsbalk.³⁷

Inom den legala bevisteorin bestod domstolens uppgift snarast av att summera bevisningen; reglerna som styrde förfarandet angav värdet av olika bevisning, och det klassiska exemplen bör vara att såväl två samstämmiga vittnen som ett enkelt erkännande från den tilltalade utgjorde ”fullt bevis”

³⁵ Schelin, Lena, *Bevisvärdering av utsagor i brottsmål*, 2007, s. 91

³⁶ SOU 1938:44, *Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk*, s. 380

³⁷ Ekelöf mfl, *Rättegång VI*, s. 27

enligt 1734 års rättegångsbalk; värt att påpeka är att tortyr förekom i förhör fram till och med 1772.³⁸

Den fria bevisföringen växte därmed gradvis fram för att i högre grad nå materiellt riktiga domslut, och slogs slutligen fast i vad som närmast kan beskrivas som en generalklausul³⁹ i 35 kap 1 § RB:

”Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.”

De två mest framträdande dragen inom principen för fri bevisföring är frånvaron av legala bevisregler som inskränker domstolens rätt att fritt värdera det som lagts fram i en rättegång, samt kravet på objektivitet i värderingen. Med objektivitet menas att bevisvärderingen skall ske utifrån så pass allmänt vedertagna, kunskapsteoretiska grunder att vilken förständig bedömare som helst ska kunna nå samma materiella slutsats.⁴⁰ Rent subjektiva åsikter får inte spela in. Det säger sig dock självt, att ju friare bevisprövning som tillåts desto mer utrymme för bedömarens subjektiva åsikter tillåts spela in. Det är denna inneboende problematik som genererat otaliga teorier och modeller för att minimera subjektivitet och så långt som möjligt skapa logiska förhållningssätt präglade av objektivitet i bevisvärderingen inom rättsvetenskapen.

³⁸ SOU 1926:32 *Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning*, s. 24 ff

³⁹ Diesen, s. 7

⁴⁰ SOU 1938:44, s. 378

3.2.2 Bevisvärdering av den tilltalades tystnad

Om vi återgår till situationen att den tilltalade inte avger någon förklaring till vad han gjorde på brottsplatsen, skall, enligt oskyldighets-presumtionen, detta inte gå ut över honom i bevishänseende; tystnaden medför inget erkännande av omständigheterna. Samtidigt har rätten, som nämnts, att ta ställning till *allt* som förekommit i målet. I denna vanligt förekommande situation har den tystnadsrätten erhållit en specifik reglering i 35 kap 4 § RB:

” Underlåter part att enligt rättens beslut infinna sig vid rätten eller eljest fullgöra något i rättegången eller att besvara för utredningen framställd fråga, pröve rätten med hänsyn till allt, som förekommit, vilken verkan som bevis må tillkomma partens förhållande.”

Denna regel återspeglar på ytan egentligen inte mer än vad som redan framgår av den fria bevisprövningens generalklausul; den tilltalades tystnad får, precis som allt övrigt förekommande i målet, prövas fritt. Nyckelorden här är *”med hänsyn till allt, som förekommit”*.

Oskyldighetspresumtionen förbjuder domstolen att behandla tystnaden allena som ett bevis i negativ riktning för den tilltalade.⁴¹ Valet att inte yttra sig över varför den tilltalade befann sig på brottsplatsen får däremot ges ett för honom negativt bevisvärde på följande grund; dels har bevisningen i övrigt visat att den tilltalade befunnit sig på platsen i fråga, dels hittar rätten inte någon rimlig, alternativ förklaring själv. Oskyldighetspresumtionen sänder således iväg rätten på jakt efter *alternativa hypoteser*.

⁴¹ Diesen, s. 73

3.3 Hypotesmetoden

Hypotesmetoden tar avstamp i den utredning som ligger till grund för ett åtal; jämför vad som ovan sagts om utredningsbörda och utredningskrav. Även om utredningskravet kan komma att variera⁴² är beviskravet för själva gärningspåståendet hela tiden konstant; ”bortom rimligt tvivel”. Då all bevisning framlagts och utredningskravet uppfyllts, återstår för domstolen att pröva *alternativa hypoteser* till åklagarens gärningsbeskrivning.⁴³ Denna metod uppställer tre krav:

- De ska uppställas till den tilltalades förmån
- De ska vara rimliga
- De ska vara juridiskt relevanta slutsatser⁴⁴

Det första kravet utgår från principen *in dubio pro reo* som ett utflöde av oskyldighetspresumtionen.⁴⁵ Eftersom den förstnämnda principen enbart rör rättegångsförfarandet medan den sistnämnda tar sikte på hela brottmålsförfarandet, bör det påpekas att den alternativa hypotesmetoden är samma metod som ska tillämpas under brottets utredning och förundersökning; sammanhanget med utredningskravet kan alltså skönjas här.⁴⁶

Kravet på rimlighet förutsätter att alternativet är lika grundat i förnuftiga, kunskapsteoretiska uppfattningar om verklighet och sannolikhet som domstolens fria bevisprövning bygger på i övrigt.

Med *juridiskt relevant slutsats* menas att alternativet bör prövas som ett *tema*, inte alternativa bevis. Alternativet ska alltså vinna stöd av den övriga bevisningen i målet, vilket är den enda bevisning domstolen får ta hänsyn

⁴² Se närmare om utredningskravet ovan 3.1.1

⁴³ Ekelöf mfl, Rättegång VI, s. 167 se även Schelin, s. 60

⁴⁴ Diesen, s. 132

⁴⁵ Lindell mfl, s. 399

⁴⁶ Schelin, s. 67 se även Diesen, s. 133

till. Det är således upp till domstolen att pröva åklagarens gärningsbeskrivning genom att byta ut delar av den mot andra rimliga alternativ, utan att införa ny bevisning eller spekulera i möjlig bevisning som kan tänkas existera men inte förekommit i målet.

När den tilltalade väljer att inte uttala sig om sina förehavanden på brottsplatsen, ”förlitar” han sig därmed indirekt på att domstolens prövning av alternativa hypoteser uppbringar ett rimligt alternativ. Det är först om inget sådant alternativ hittas, som åklagarens påstådda gärningsbeskrivning bör kunna anses ”ställd bortom rimligt tvivel”.

I slutändan innebär detta ett jakande svar på frågan om den tilltalades tystnad kan värderas negativt mot honom i bevishänseende.

Tystnaden kan vändas mot den tilltalade i lika hög grad som en lögn; även i fall där den tilltalade väljer att delge en förklaring som motbevisas, är domstolen skyldig att eftersöka rimliga, alternativa hypoteser; att den tilltalades version är ”felaktig” innebär inte dikotomiskt att åklagarens är rätt.⁴⁷ Vi känner ju inte till motiven för den tilltalades tystnad eller lögn; han kan vilja skydda någon annan. Oskyldighetspresumtionen och domstolens strävan efter att nå materiellt riktiga domar *ökar* därmed rättens utredningsbörda i de fall då en oskyldig inte avger den förklaring som direkt kan vinna stöd av bevisningen.⁴⁸

Eftersom den alternativa hypotesemetoden inte är uttryckligt reglerad i rättegångsbalken, återstår frågan om metoden kan sägas ingå per automatik i det som är en objektiv och samvetsgrann prövning av allt som förekommit i målet. I brist på reglering kan praxis belysa hur teorin fungerar i tillämpningen. Sedan Europakonventionens intåg i svensk rätt berörs denna praxis i hög grad av Europadomstolens tolkningar av de rättigheter och skyldigheter som gäller utifrån konventionen.

⁴⁷ Jämför NJA 1982 s. 164, som belyses mer ingående nedan i 5.2.2

⁴⁸ Schelin, s. 68

4 EKMR

För frågan om rätten till passivitet och tystnad vid anklagelse om brott har artikel 6 i EKMR utgjort en central reglering, och varit den källa som normen om ”oskyldighetspresumtion” i regel härletts utifrån.⁴⁹

4.1 Införandet i svensk rätt

Sverige ratificerade Europakonventionen redan 1953, och vid tiden för detta antogs svensk lag stå i fullgod harmoni med konventionen.⁵⁰ Det innebar att de rättigheter och skyldigheter som förekom i konventionen egentligen bara var bindande för staten Sverige på samma sätt som andra internationella avtal. Möjligheten att direkt åberopa rättigheterna fanns inte innan dess inkorporering 1995.⁵¹

Den optimistiska synen på svensk rätts samstämmighet fick ge vika efter lång rad av rättsfall i Europadomstolen där Sverige fälldes, och värt att påpeka är att artikel 6 är den överlägset mest åberopade artikeln. Någon tillräcklig nivå av harmoni fanns således inte, vilket konstaterades i de förarbeten som föregick inkorporeringen.⁵²

De svenska domstolarnas skyldighet att iaktta Europakonventionen fanns ända sedan ratificeringen. Vad konventionens införande i svensk lag inneburit är snarast ett förtydligande av dess status i rättskällevärdet. Den juridiska skillnaden låg som sagt i möjligheten att direkt kunna åberopa rättigheterna i svensk domstol såsom gällande rätt. Som vi kommer att se nedan i redogörelsen av svensk praxis är det dock denna förstärkning av dess ställning i den svenska rättsordningen parat med en ökad medvetenhet

⁴⁹ Träskman, s. 469

⁵⁰ *Sveriges anslutning till Europakonventionen*, prop. 1951: 165, s. 11

⁵¹ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 2012, s. 36-39

⁵² *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*, Prop. 1993/94:117, s. 33

om Europadomstolens praxis som inverkat på de svenska domstolarnas förhållningssätt till Europakonventionen i allmänhet, och oskyldighetspresumtionens uttryck i artikel 6 i synnerhet.⁵³

4.2 Artikel 6 och rätten till tystnad

Artikel 6.1 i Europakonventionen slår fast rätten till en rättvis rättegång.⁵⁴ Vad som konkret kan betecknas som en rättvis rättegång får varierande innehåll beroende på landets rättsordning och modeller för processföring, exempelvis i vilken grad inslag av kontradiktion, inkvisition och ackusatoriskt förfarande förekommer i brottmålsförfarandet. Med det sagt har Europadomstolen i *fallet Saunders* slagits fast att rättigheten att inte belasta sig själv utgör en del av denna rätt.⁵⁵

Artikel 6.2 i Europakonventionen uttrycker oskyldighetspresumtionen:

”Envar som anklagats för brottslig gärning skall ha rätt att betraktas som oskyldig intill dess hans skuld lagligen fastställts.”

Då oskyldighetspresumtionen kom att regleras i svensk lag via Europakonventionen stärktes denna princip ställning; såväl möjligheten att direkt åberopa den likt vilken annan regel som helst, som domstolarnas skyldighet att i högre grad beakta den *ex officio* är ett bevis på detta.⁵⁶

Denna rättighet är funktionellt nära knuten till rätten till tystnad; argumenten för att betrakta den misstänkte som oskyldig genom hela brottmålsförfarandet innebär i sig att det inte ställs några krav på den anklagade att varken upprätta en presumtion *för*, eller visa att han *är* oskyldig.⁵⁷

⁵³ Nowak, s. 81, och Träskman, P.O., *Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet*, Festskrift till Lars Welamson, 1988, s. 486

⁵⁴ Se Bilaga A

⁵⁵ *Case of Saunders v United Kingdom*, Application no 19187/91, 68 §

⁵⁶ Danelius, s. 39

⁵⁷ Nowak, s. 411

4.3 Förhållandet till fri bevisprövning

Utformning av bevisregler ligger, i enlighet med konventionsstaternas självständighet, hos dem själva. Konventionens syfte är enbart att tillhandahålla minimikrav på förfarandet, vilket innebär att den fria bevisprövningen enbart är intressant i de fall någon aspekt av bevisprövningen kommer i konflikt med konventionens rättigheter.⁵⁸

Det är återigen värt att påpeka att Europadomstolen enbart bedömer fallen i sin helhet, och därmed aktualiseras ofta frågan om ytterligare artiklar i Europakonventionen är föremål för bedömning. Därtill tar frågan om den eventuella rättighetskränkningen alltid enbart sikte på det specifika målet *in casu*; några längre utvecklingar om den nationella rättsordningens specifika bevisrättslära har Europadomstolen aldrig gett sig in på.

⁵⁹Konventionsstaterna är därmed själva lämnade att dra generella slutsatser om sina bevisvärderingsreglers samstämmighet med Europakonventionen utifrån enstaka fall. Det kan dock konstateras att en helt och hållet fri bevisprövning inte är tillåten; vissa begränsningar följer av Europadomstolens praxis.⁶⁰

⁵⁸ Schelin, s. 174

⁵⁹ Strandbakken, s. 343

⁶⁰ Nowak, s. 409

5 Utveckling i praxis

Ända sedan Sveriges anslutning till Europakonventionen har domstolens praxis varit elementär för preciseringen och inhägnandet av den fria bevisprövningens gränser. Den tidigare uppfattningen om rådande normharmoni mellan svensk rättstillämpning och Europakonventionens rättighetskatalog visade sig stå på bräcklig grund. I fallet med en allmän rättsprincip kan att utnyttja den sägas vara ett sätt att definiera den; en flexibel princip blir mer förutsebar att tillämpa, ju oftare så sker.⁶¹

5.1 Europadomstolen

5.1.1 Engel mfl

Fallet *Engels* bestående, prejudicerade betydelse återfinns i de så kallade Engelkriterierna, som avgör huruvida en anklagelse om brott föreligger. Detta utgör kärnan i när rätten till tystnad faktiskt blir åberopbar enligt Europakonventionen.

Cornelius J.M Engel var en av flera värnpliktiga som utsatts för militära disciplinåtgärder inom ramen för sin tjänstgöring. Nederländsk rätt gjorde en distinktion mellan straffrättsliga och disciplinära åtgärder, och denna distinktion blev föremål för Europadomstolens bedömning.

De klagande hävdade bland annat att förfarandet med disciplinära åtgärder stred mot deras rättigheter enligt artikel 6. Frågan som naturligt uppstod var

⁶¹ Nowak, s. 53

huruvida förfarandet ens hade karaktären av ett straffrättsligt förfarande i sådan utsträckning att artikel 6 kunde bli relevant.⁶²

Domstolen konstaterade att flertalet konventionsstater gör åtskillnad mellan militärt disciplinära förfaranden och straffrättsliga motsvarigheter, men att den etikett som sätts på förfarandet inte kunde användas för att utesluta tillämpning av artikel 6. Själva benämningen på förfarandet står alltså staten fritt, men vad angår de faktiska *minimi-kraven* i Europakonventionen får dessa inte åsidosättas. För att bedöma om en anklagelse för brott föreligger och det således rör sig om ett straffrättsligt förfarande bröt domstolen därför ut frågan genom att uppställa de tre *Engelkriterierna*:

- *Den nationella benämningen*
- *Den straffbara handlingens natur*
- *Straffets natur och stränghet*⁶³

Den *nationella benämningen* är den formella utgångspunkten för domstolens bedömning. Av större vikt är *den anklagades straffbara handling*; även om staten kan bestraffa handlingen med en disciplinär påföljd, undantar det inte automatiskt rättigheterna enligt artikel 6. Slutligen var *riskan* att långa frihetsberövanden kunde komma i fråga i det nationella förfarandet, vilket ingick som en prövning av det tredje beaktansvärda kriteriet, något som placerade förfarandet under artikel 6 och dess tillämplighet.

Fallet Engel slår med andra ord fast en *autonom* tolkning av begreppet ”anklagad för brott”, vilket indirekt kommit att utgöra ett rekvisit för när rättigheterna i artikel 6 träder in.

⁶² *Case of Engel and others v the Netherlands*, 1976, Application no 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 79 §

⁶³ *Case of Engel and others v the Netherlands*, 82 §

5.1.2 Funke

Fallet *Funke* berör editionsplikten hos medborgare, och är det fall från Europadomstolen där det autonoma brottsanklagelsebegreppet kom att aktualiseras i samband med rätten att inte belasta sig själv.

Funke misstänktes av franska myndigheter för valutabrott. Något faktiskt åtal hade inte väckts vid den tid då Funke på begäran vägrade lämna ut kontobesked från en rad olika utländska banker. Dessa upptäcktes dock vid en husrannsakan franska tullmyndigheter företog. Upptäckten ledde sedermera till att Funke ålades att vid hot om vite lämna ut ytterligare kontobesked. Funke överklagade till Europadomstolen, och gjorde gällande att hans rätt till tystnad enligt artikel 6 hade kränkts i och med åläggandet.⁶⁴

Europadomstolen konstaterade att något brottsligt åtal mot Funke fortfarande inte hade väckts i formell mening. De franska myndigheterna kunde inte med säkerhet veta att de kontoutdrag Funke ålades frambringa existerade, men en insamling av sådan bevisning skulle otvivelaktigt senare ha legat till grund för ett åtal om brott, och kopplingen till brottsanklagelse var därmed klar.

Europadomstolen slog fast att Funkes rätt att inte belasta sig själv hade kränkts, även om åtal formellt sett aldrig hade väckts.⁶⁵

Fallet *Funke* visar att även ett till synes administrativt förfarande kan ingå i ramen för brottmålsförfarandet. Den ”fiskeexpedition” efter bevisning som myndigheterna företog utgjorde ett otillåtet tvångsmedel av närmast straffprocessuell karaktär. Detta gav i sig förfarandet en straffrättslig prägel, och utgjorde samtidigt själva kränkningen av rätten till passivitet.⁶⁶

⁶⁴ *Case of Funke vs France*, 1993, Application nr 10828/84, 34 §

⁶⁵ *Case of Funke vs France*, 44 §

⁶⁶ Nowak, s. 215-216

5.1.3 John Murray

Målet John Murray mot Storbritannien speglar relativt tydligt Europadomstolens resonemang om rätten till tystnad och dess centrala beståndsdelar i konventionen.

John Murray stod som åtalad för mordförsök, olaga frihetsberövande och samröre med den paramilitära organisationen IRA. Såväl vid sin arrestering som under sitt häktesförhör och under rättegångsförhandlingarna informerades Murray om att hans tystnad kunde användas som relevant bevisning mot honom. Murray förblev tyst, från sitt gripande till den dom som fällde honom för olaga frihetsberövande.⁶⁷

I den nationella domstolen anförde domaren att de slutsatser som i bevishänseende kunde dras av den tilltalades tystnad förvisso var oklart, men att lagen tillät honom bruka sunt förnuft (*"apply common sense"*) vid bedömningen. Sett till de övriga omständigheterna skulle tystnaden därför kunna ges bevisvärde.⁶⁸

Murrays klagomål bestod i att hans rättigheter enligt artikel 6.1 och 6.2 hade kränkts; hans rätt till tystnad genom att bevisbördan *de facto* flyttats över på honom från åklagaren i strid med brittisk rätt, samt att oskyldighetspresumtionen undergrävts då hans tystnad utgjort bevisning mot honom.

Amnesty International inkom med ett utlåtande i målet. Amnesty hävdade sambandet mellan oskyldighetspresumtionen och rätten till skydd mot självinkriminering; att ge den tilltalades tystnad ett för honom negativt bevisvärde skulle direkt innebära en omplacering av bevisbördan.

Upprepade varningar att tystnaden skulle kunna komma att användas mot honom kunde därtill tjäna som ett indirekt tvångsmedel för den tilltalade att göra avspråk på rätten till tystnad.⁶⁹

⁶⁷ *Case of John Murray v the United Kingdom*, 1996, Application no 18731/91, 48 §

⁶⁸ *Case of John Murray v the United Kingdom*, 24 §

⁶⁹ *Case of John Murray v the United Kingdom*, 42 §

För Europadomstolen, som i stora drag tycks dela både Murray och Amnesty Internationals åsikter i frågan i så måtto att de erkänner rätten till tystnad som såväl en beståndsdel av oskyldighetspresumtionen som en del av kärnan i de rättigheter som ingår i artikel 6⁷⁰, kvarstår dock frågan om denna rätt att inte få sin tystnad vänd mot sig i bevishänseende är *absolut* eller inte.⁷¹

Sett till bakgrunden i målet och den bevisning som i övrigt förekommit, drog Europadomstolen slutsatsen att de fall där bevisningen *påkallar* en förklaring ("*situations which clearly call for an explanation*") tillåter domaren att beakta den tilltalades tystnad som stödbevisning mot honom.⁷² Det faktum att fri bevisprövning förekommer i flertalet konventionsstater spelar in i Europadomstolens bedömning.⁷³

Med en jämförelse utifrån fallet *Funke*⁷⁴ framhåller domstolen vidare att Murray faktiskt kunnat bibehålla sin rätt till tystnad genom hela brottmålsprocessen; de upprepade varningarna innehöll förvisso en *indirekt* tvångsåtgärd, men hade inte, som i fallet *Funke*, ett direkt syfte att undergräva rätten till tystnad.⁷⁵

De tre komponenter som ingår i fallet Murray är således bevisbördans placering, bevisvärderingen och graden av tvång för att framkalla bevisning. I de första två frågorna tycks Europadomstolen öppna upp för potentiella omkastningar av bevisbördan, och en bevisvärdering vars tillåtlighet till att beakta den tilltalades tystnad görs beroende av omständigheterna *in casu*.

⁷⁰ *Case of John Murray v the United Kingdom*, 45 §

⁷¹ *Case of John Murray v the United Kingdom*, 46 §

⁷² Jfr Strandbakken, s. 549

⁷³ *Case of John Murray v the United Kingdom*, 54 §

⁷⁴ Se ovan 5.1.1

⁷⁵ *Case of John Murray v the United Kingdom*, 48 §

5.1.4 Condron

Fallet Condron behandlar bevisvärdet av de tilltalades tystnad under det inledande skedet av brottmålsförfarandet.

De två makarna Condron greps och åtalades för olaga innehav och försäljning av narkotika. Då de båda misstänkta var heroinister, ansåg deras advokat att de på grund av abstinensbesvär inte var i stånd att förhöras under förundersökningen. Förhöret genomfördes dock, och paret förblev tysta fram till rättegången.⁷⁶

Vid huvudförhandlingarna begärde försvaret att juryn inte skulle tillåtas veta att paret vägrat svara på frågor under inledande förhör; detta för att undvika att juryn drog negativa slutsatser av detta. Begäran avslogs, och makarna dömdes senare till fängelse.⁷⁷

I deras klagomål till Europadomstolen ansåg makarna att deras rätt till en rättvis rättegång i artikel 6 kränkts genom bristen på säkerhetsåtgärder vad gäller bevisningen. Bland argumenten framstår två som särskilt intressanta: dels att man inte visste vilken vikt juryn lagt vid bedömningen av deras tystnad, kombinerat med att den nationella domstolen underlåtit att upplysa juryn om vilken roll tystnaden faktiskt fick spela in i bevishänseende.⁷⁸

Europadomstolen konstaterade utifrån fallet *Murray*⁷⁹ att rätten till tystnad inte utesluter att tystnaden kan ges negativt bevisvärde.

Domstolens underlåtenhet att i tillräckligt hög grad instruera juryn i vilken mån den fick dra negativa slutsatser av att de åtalades tystnad under polisförhöret kritiserades av Europadomstolen. Omöjligheten att veta vilken vikt juryn lagt vid detta i bevishänseende spädde ytterligare på detta resonemang.⁸⁰

⁷⁶ *Case of Condron v the United Kingdom*, 2000, Application no 35718/97, 13 §

⁷⁷ *Case of Condron v the United Kingdom*, 23 §

⁷⁸ *Case of Condron v the United Kingdom*, 44-47 §§

⁷⁹ Se ovan 5.1.2

⁸⁰ *Case of Condron v the United Kingdom*, 61-62 §§

Makarna Condron ansågs därför inte ha erhållit en rättvis rättegång enligt artikel 6.⁸¹ Det faktum att en jury bestående av lekmän förekom i målet, gör fallet relevant och viss mån lämpligt för frågeställningar för liknande system såsom nämndemannainstitutet.⁸²

5.2 Högsta domstolen

5.2.1 NJA 1980 s. 435 ("Första menedsmålet")

1980 års fall i HD behandlar frågan om rätten att inte belasta sig själv under vittnesmål; det är i strikt mening inte ett avgörande vars *ratio decidendi*⁸³ angår den *tilltalades tystnad*, men fallet visar hur de grundläggande principerna verkar på samma sätt.

S och J hade i ett tidigare mål dömts för att ha köpt narkotika av en tredje person, B. I ett senare mål mot B rörande den aktuella narkotikaförsäljningen kallades S och J som vittnen, och lämnade falska utsagor angående deras köp av narkotika. I det nu aktuella fallet stod S och J därför åtalade för denna mened.

36 kap 6 § RB innebär ett avsteg från den i Sverige allmänna vittnesplikten i 36 kap 7 § RB.⁸⁴ Innebörden är att vittnet får vägra yttra sig om det skulle kunna leda till att han belastar sig själv.

S och J åberopade 15 kap 4 § 2 st BrB⁸⁵, som medger ansvarsfrihet från mened om den edskyldige haft rätt att tåga om omständigheten i fråga.

⁸¹ *Case of Condron v the United Kingdom*, 68 §

⁸² Nowak, s. 206

⁸³ *Ratio decidendi* betyder ungefär "grunden för avgörandet", dvs de slutsatser som är av direkt prejudicerande karaktär för målet.

⁸⁴ Se bilaga A

⁸⁵ Se bilaga A

HD medger att ansvarsfrihet hade förelagt, om deras brottslighet *inte redan hade röjts*. Genom den tidigare lagkraftvunna domen mot S och J för narkotikaköp var den rätt att undvika risk för självinkriminering som de tilltalade stödde sig på redan undanröjd.⁸⁶

1980 års fall visar således hur oskyldighetspresumtionen utgör grund för rätten att inte belasta sig själv. Där oskyldighetspresumtionen redan undanröjts, försvinner relevanta delar av tystnadsrätten.

5.2.2 NJA 1982 s. 164 ("Narkotikamålet")

1982 års mål visar i all sin enkelhet hur den alternativa hypotesmetoden som ett led i den fria bevisprövningen interagerar med rätten till tystnad.⁸⁷

Åtalet i fråga avsåg medhjälp eller förberedelse till grovt narkotikabrott. De tilltalade valde att tåga inför en begäran om förklaring till den större summa pengar som överlämnats mellan de åtalade.

HD konstaterade att omständigheterna kring överlämningen och innehavet av pengarna gav upphov till starka misstankar om narkotikabrott, men att det ändå fanns realistiska alternativ som inte innebar brottsligt ansvar, och som ändå kunde stämma överens med det händelseförlopp som förelagat. HD föreslår flera alternativ, exempelvis att överlämningen enbart innebar en vidare transaktion av redan influtna medel till en kriminell organisation. De åtalade friades därför utan att ha behövt belasta stämbanden nämnvärt.

⁸⁶ Jfr utgången i NJA 2001 s. 183, se nedan 5.2.4

⁸⁷ Angående hypotesmetoden, se ovan 3.3

5.2.3 NJA 1991 s. 123 ("Första skattebrottsmålet")

1991 års mål visar de problem med tystnadsrättens omfattning som förelåg innan Sveriges inkorporering av Europakonventionen och Europadomstolens vägledande praxis.

Svaranden i 1991 års fall stod under åtal för grovt skattebrott i ett annat pågående mål då han ålades edgångsskyldighet i ett konkursförfarande. Han stod med andra ord inte anklagad för ett brott i det aktuella målet. HD tvingades ta ställning till huruvida rätten att inte belasta sig själv enligt 36 kap 6 § RB kunde åberopas även i fråga om edgångsskyldighet, med hänvisning till att de uppgifter svaranden ålades att lämna kunde användas mot honom i åtalet för skattebrott.

HD medgav rätten till tystnad som en grundläggande princip, men ville inte ta steget att analogt tillämpa den på ett edgångsförfarande. HD menade att frågan var upp till lagstiftaren att lösa, inte rättstillämpningen, och lämnade den edgångsskyldiges besvär utan bifall.

Fallet illustrerar osäkerheten i fråga om när tystnadsrätten träder in. Den edgångsskyldige antog rollen som *anklagad för brott* i ett annat mål; frågan är om hela förfarandet ändå kunde sägas falla in i ramen för en brottmålsprocess.⁸⁸

5.2.4 NJA 2001 s. 183 ("Andra menedsmålet")

2001 års mål avser frågan om när rätten till tystnad träder in samt domstolens skyldigheter att beakta detta kontra vittnesplikten.

Den tilltalade P.B stod åtalad för mened, då han lämnat falsk vittnesbörd angående en misstänkt misshandel och människorov. Senare åtalades han även för direkt delaktighet i brottet, men friades. Likt *Första menedsmålet*

⁸⁸ NJA 2001 s. 563 behandlar samma fråga med en annan utgång, se 5.2.5

var det även här alltså fråga om ansvarsfrihet för mened utifrån rätten att inte belasta sig själv.⁸⁹

Fallet fick motsatt utgång jämfört med 1980 års fall, då P.B:s eventuella brottslighet *inte hade röjts* vid tiden för den falska utsagan. HD pekar på det faktum att domstolen inte upplyst den tilltalade om sin rätt att tåga för att undvika självinkriminering enligt 36 kap 6 § RB. Detta skapade en grund för ansvarsfrihet från mened; även om P.B senare friades från anklagelsen om delaktighet i misshandeln och människorovet, konstaterar HD intressant nog att ett utnyttjande av möjligheten att tåga hade kunnat skapa misstankar mot honom; detta försatte således P.B i en prekär situation eftersom han dels kände till riskerna för ett åtal mot honom, men inte rätten att tåga om just sådana uppgifter.

5.2.5 NJA 2001 s. 563 ("Andra skattebrottsmålet")

2001 års mål illustrerar förändringen i HD:s syn på rätten till tystnad efter Europakonventionens stabilisering.

Snarlikt *Första skattebrottsmålet*⁹⁰ 1991 rör saken bland annat edgångsskyldighet kontra rätten till tystnad. Fallet tog sig form av ett åtal för mened, men även den förstnämnda konflikten ingick i rättsfrågan. 1991 års fall slog fast att problemet med de konkurrerande rättigheterna och skyldigheterna rimligen borde lösas lagstiftningsvägen; 2001 konstaterar HD att så inte skett. Genom Europakonventionens införande, dess etablerande praxis och digra avgöranden rörande artikel 6 och rätten till tystnad, anser man dock att rätten till tystnad förärats en så grundläggande ställning att den rimligen borde få genomslag även i konkursförfaranden. Den tilltalade friades från ansvar för mened, och rätten att inte belasta sig själv fastställdes som av så principiell vikt att den även får genomslag utanför rent straffrättsliga förfaranden såsom konkurser.

⁸⁹ NJA 1980 s.435, se ovan 5.2.1

⁹⁰ NJA 1991 s. 123, se ovan 5.2.3

6 Sammanfattade slutsatser av reglering och praxis

6.1 När gäller rätten till tystnad?

En viktig, praktisk fråga för såväl förhørsledare, poliser, åklagare, advokater och domare är således när rätten till tystnad såsom en processuell, åberopbar rättighet faktiskt aktualiseras. Med utgångspunkt från Europadomstolens avgöranden och hur dessa beaktats i senare svensk praxis framträder två olika rekvisit beroende på den förhördes situation:

- Den *tilltalade* ska stå *anklagad för ett brott*
- I andra fall måste *rätten att tåga* avse uppgifter direkt relaterade till *riskan att anklagas för icke röjd brottslighet*

Det första rekvisitet tar sin utgångspunkt från fallet Engels och kriterierna däri.⁹¹ Anklagelse för brott är ett *autonomt* begrepp, där den formella, rättsliga etiketten som ges i nationell domstol bara fungerar som ett första kriterium för att utröna om en brottsanklagelse är för handen. Såväl handlingens natur som de påföljder den anklagade riskerar måste beaktas; längre frihetsberövanden är ett exempel på när brottsanklagelse i Europakonventionens mening måste anses föreligga.⁹² Av den samlade praxis Europadomstolen avgett tycks kunna konstateras att rätten till tystnad, som ett led i oskyldighetspresumtionen, aktualiseras så fort en person blivit påverkad av misstanken mot honom.⁹³ Det kan tyckas vagt, men man måste hålla i åtanke att rätten till tystnad fungerar som en del i rätten till en rättvis rättegång och därmed enbart måste uppehållas i så pass

⁹¹ Se ovan avsnitt 5.1.3

⁹² Jfr domen i *Case of Engel and others v the Netherlands*, 82 §

⁹³ Nowak, s. 335

hög grad att den tilltalade kan ges ett tillräckligt effektivt försvar för att tillgodose kraven på en rättvis rättegång enligt konventionen.⁹⁴

Det andra fristående rekvisitet berör i högre grad den som förhörs utan att ses som tilltalad. För att förtigande av uppgifter (såväl som falska utsagor) inte ska kunna leda till ansvar för mened, krävs att den brottslighet man själv (eller närstående) eventuellt kan komma att anklagas för inte redan har röjts genom exempelvis en lagkraftvunnen dom.⁹⁵ Rätten till tystnads *autonomitet* skiljer därmed inte ut den formellt tilltalade från de som i andra sammanhang kan ha ett legitimt intresse av att åberopa rättigheten.⁹⁶

6.2 Tystnadens bevisverkan

I den mån den tilltalades tystnad överhuvudtaget *får* användas som bevisning, är användningen försedd med förbehåll.

Det mest framträdande och absoluta av dessa, är slutsatsen att en anklagad *aldrig får dömas enbart eller huvudsakligen med tystnaden som bevismedel.*

Finns övrig bevisning som pekar mot den tilltalade, kan dock tystnaden fungera som stödbevisning.⁹⁷ Till detta tillkommer ett krav på att bevisningen som framlagts *påkallar* en förklaring. Det är intressant att det engelska och svenska bevisprövningsinstitutet trots allt uppvisar stora likheter i fallet *Murray*: domarens resonemang kring ”*applying common sense*” innebär egentligen bara samma sak som i vår svenska rättegångsbalk: att prövningen ska ske efter ”sunt förnuft”.⁹⁸

Den fria bevisprövningens princip ställer därmed stora krav på bevisvärderingen; Europadomstolens krav riktar in sig på att förfarandet i sin helhet ska kunna sägas vara rättvist. Eftersom den tilltalades aktivitet indirekt påverkar utredningskravet, sjunker bevisvärdet av en bevisning som

⁹⁴ Nowak, s. 336

⁹⁵ Jfr domarna ovan i 5.2.1 och 5.2.4

⁹⁶ Strandbakken, s. 250

⁹⁷ RättsPM 2012:5, s. 16, jfr även domarna ovan i 5.1.3 och 5.1.4

⁹⁸ Jfr domen i *Case of John Murray v the United Kingdom*, 47 §, samt Strandbakken, s. 555

tar stöd av den tilltalades tystnad i de fall där åklagarens föregående utredning inte eliminerar alternativa förklaringar.⁹⁹

Beaktning av tystnadens bevisvärde och dess sammanhang med utredningskravet är med andra ord av vikt för åklagaren och dennes mål att få den misstänkte fälld. Omvänt behöver den tilltalade och hans försvarare beakta i vilken utsträckning en passivitet kan skada eller gynna försvaret; en vägran att genom upplysningar ”styra” utredningen mot potentiellt friande eller fällande håll gör att den tilltalade indirekt lägger sina förhoppningar antingen i åklagarens bristande utredning, domstolens möjlighet att frambringa friande alternativa förklaringar, eller en kombination av dessa. Tystnaden inverkar därmed också på domstolens ansvar att bedöma dessa båda frågor, utredningskravet och existensen av rimliga alternativ.¹⁰⁰ Fallet *Condron* visar i min mening även på att Europadomstolen lyfter fram den alternativa hypotes-metoden som viktig i liknande fall; juryn borde ha instruerats om dess begränsade möjligheter att dra negativa slutsatser av de åtalades tidigare tystnad. Det vore tillåtet enbart om alternativa hypoteser var uteslutna.

6.3 Svensk rätts förhållande till EKMR

Det råder idag en högre grad av kompatibilitet och samstämmighet mellan svensk rätts reglering och tillämpning av rätten till tystnad i förhållande till Europakonventionen. I de fall svensk rätt tidigare avvek från konventionen kunde rättsläget ofta framstå som oklart; *Första menedsmålet* (NJA 1980 s. 435) är ett sådant paradexempel. Konventionens företrädare framför svensk

⁹⁹ Se metoden om alternativa hypoteser ovan i 3.3 och exempel i praxis i 5.2.2

¹⁰⁰ SOU 2011:45, s. 124, se även Strandbakken, s. 550

rätt även i oklara fall har på senare år konkretiserats, både lagstiftningsvägen genom 2 kap 23 § RF och via HD:s praxis.¹⁰¹

Vissa markanta skillnader kvarstår dock. Vad gäller rätten till tystnadsaktualisering, säger 23 kap 18 § RB att den misstänkte skall underrättas när *skälig* misstanke föreligger.¹⁰² Samtidigt inleds själva förundersökningen, den utredning som ligger till grund för åtalet, redan vid *anledning att anta att ett brott begåtts*.¹⁰³ Den formella informationsplikten inträder alltså först vid delgivning av misstanke eller ett faktiskt frihetsberövande.¹⁰⁴

Förundersökningen föregås därtill av en i högre grad oreglerad primärutredning, vars syfte är säkerställa om förundersökning bör inledas.¹⁰⁵ Misstankar mot en person, som förvisso inte når upp till *skälig misstanke* men ändå leder till åtgärder i form av spaning och utredning av en persons förhållanden, kan alltså förekomma redan på ett tidigare stadium än då en person enligt rättegångsbalken informeras om sin rätt till tystnad.¹⁰⁶ Frågan om en person redan dessförinnan kan ha *påverkats av misstankarna*, vilket är den tidpunkt Europadomstolen slagit fast som oskyldighetspresumtionens ikraftträdande, är diskutabelt.

Huruvida artikel 6 i Europakonventionen, antingen för sig själv eller i kombination med 36 kap 14 § RB skapar en skyldighet att informera den misstänkte om sin rätt att tåga har även efter Europadomstolens viktigare avgöranden på området ansetts oklart.¹⁰⁷ *Andra menedsmålet* (NJA 2001 s. 183) väcker i viss mån frågan om huruvida en upplysningsplikt borde

¹⁰¹ HD slår t ex fast konventionens företräde i fråga om oskyldighetspresumtionen i NJA 2012 s. 940. Se även SOU 2005:86, *Straffprocessuella regler och rättssäkerhetsgarantier*, s. 98 som konstaterar HD:s förändrade praxis

¹⁰² Se bilaga A

¹⁰³ 23 kap 1 § RB, se bilaga A

¹⁰⁴ SOU 2003:74, *Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen*, s. 230-231

¹⁰⁵ Nowak, s. 343

¹⁰⁶ När rätten till tystnad inträder förklaras ovan i 6.1

¹⁰⁷ Jfr SOU 2005:86, *Straffprocessuella regler och rättssäkerhetsgarantier*, s. 107

förekomma i rättsligt reglerad form, eftersom en sådan upplysningsplikt även kan ge inverkan på bevisvärderingen; jämför *Murray-fallet*.¹⁰⁸

Den negativa effekt tystnaden kunde innebära för den tilltalade gavs i enlighet med en lagstadgad upplysnings skyldighet. Eftersom denna syftade till att ge den tilltalade information om hans rättigheter, förtogs den negativa effekt som tvångsmässigheten hade kunnat effektuera vid själva bevisvärderingen. Det krävs därtill som konstaterats en hög grad av misstanke för att tvångsmedel får aktualiseras.¹⁰⁹ Bristen på upplysning om såväl gripna som enbart upplysningsvis förhörda personers rättigheter i Sverige föranledde så sent som i slutet av 90-talet kritik från den Europeiska kommittén mot tortyr, och 2003 förnyades kritiken.¹¹⁰ En utvidgning till *möjligheten* att erhålla juridiskt biträde infördes därmed, men någon regelrätt upplysningsplikt om vad den förhörde har rätt att tåga om utan konsekvenser finns inte på ett så tidigt stadium.¹¹¹

Vad avser bevisvärdering av den tilltalades tystnad i sin helhet får oskyldighetspresumtionen anses ha avgränsat och beskurit den fria bevisprövningen.¹¹² 35 kap 4 § RB medger fortfarande fri bevisprövning, men när den tilltalade väljer att tåga kommer domstolens förmåga att rätt tillämpa den alternativa hypotesmetoden avgöra om förfarandet uppfyller Europakonventionens krav på en rättvis rättegång; det är med andra ord inte regleringen utan rättstillämpningen allena som har svensk rättskompatibilitet med EKMR i sin hand vad avser bevisprövning.

¹⁰⁸ Se analysen av fallet ovan i 5.1.3

¹⁰⁹ Jfr *Funke-fallet* ovan 5.1.2 samt Nowak, s. 216

¹¹⁰ *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1998, 18-21 §§

¹¹¹ SOU 2003:74, *Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen*, s. 232

¹¹² Nowak, s. 419 samt SOU 2005:86, s. 107

7 Analys och egna slutsatser

Det straffprocessuella brottmålsförfarandet ställer högre krav på legalitet, förutsebarhet och en alltigenom rättvis och koherent symmetri mer än något annat rättsområde. Den oöverskådliga rättsapparaten som är staten, och som i brottmål står som motpart till den tilltalade, har givits ansvar inte bara att döma över den enskilde men även att utforma de spelregler som ligger till grund för processen. Tanken är att den enskilde, vars liv plötsligt blir föremål för en utredning där samhällets näst ofantliga resurser står till förfogande, ska kunna färdas genom denna process och på andra sidan erhålla kvittens på rättvisans seger, skyldig eller ej. Det civila samhällets kvardröjande misstankar förfogar inte rättsstaten över; fördomar är en inbyggd mekanism i människan.

I brottmålsprocessen har vi rest oskyldighetspresumtionen som ett skydd mot samma fördomar, och på ytan förefaller systemet därmed enhetligt; prövningen sker från början till slut med den tilltalade och alla inblandades oskuld som en förutsättning, och enbart den abstrakta rätten ska kunna fälla den skyldiges dom. Samtidigt ligger allt som förekommit under processen till grund för rättens bevisvärdering, och i och med detta kan det te sig som om att oskyldighetspresumtionen ibland åsidosätts, i strid mot vad som uttryckligen sägs i Europakonventionens sjätte artikel.

Då vi betraktar tystnadsrätten som en *princip*, som i olika hög grad kan förverkligas, så förhåller det sig snarare så att principen inte kan förverkligas fullt ut i alla lägen – på en viss punkt träder den samhälls- och processekonomiska hänsynen in och tränger ut rätten till tystnad. I den mån Europadomstolen kunnat resa skyddsbarriärer för att så långt som möjligt bevara oskyldighetspresumtionen, har man ömsom cementerat den som en allestädes närvarande princip, och ömsom försett den med undantag.

Som *stödbevisning när alternativa och rimliga förklaringar saknas* tycks vara vattenmärket vad avser den tilltalades tystnads bevisvärde. I fråga om stater som tillämpar fri bevisprövning bör detta resonemang gå hand i hand med verkligheten, och metoden om alternativa hypoteser framträder som ett absolut oumbärligt verktyg för domstolen att på bästa möjliga sätt tillgodose den tilltalades rätt till tystnad, utan att ställa orimliga krav på rättsväsendets utredningsansvar. Vad händer då med den alternativa hypotes-metodens funktion som rättssäkerhetsgaranti när verkligheten överträffar dikten? Devisen ”hellre fria än fälla” kan i sinom grad tyckas få ge vika, beroende på hur långt man hade önskat driva oskyldighetspresumtionen. Det går att föreställa sig tänkbara, alternativa lösningar där en rättsordning med obegränsade resurser ställer hela sin samlade vetenskapsarsenal och utredningsapparat till förfogande, och vrider och vänder på varje sten för att hitta en oberoende version av sanningen, oavsett den tilltalades inställning eller brottets beskaffenhet. Även i en så pass okorrumpad och välutvecklad rättsstat som Sverige ligger ett sådant scenario långt bort i tiden, och frågan är om det ens är önskvärt.

Oskyldighetspresumtionen ligger förvisso till grund för den tilltalades rätt till passivitet, men det övergripande målet i brottmålsprocessen är ändå sökandet efter sanningen. Åklagarens objektivitetsplikt och rättens utredningsansvar, dessa uttryck för strävan att nå så korrekt materiella domar som möjligt, föranleder ändå ingrepp i den enskildes personliga sfär genom primärutredningar, förundersökningar, vittnesmål och förhör, passivitet eller ej. Den teoretisering som förekommer i doktrinen kring falsk och äkta bevisbörda tjänar möjligen till att i någon mån rättfärdiga, men inte i slutändan godtagbart förklara att en *faktisk* bevisbörda läggs på den tilltalade då han inte uppfyller det Diesen benämner förklaringsbörda.

Vad som kanske hierarkiskt återfinns även ovanpå det materiella sanningssökandet, är det nära anknutna intresset av legitimitet i rättsordningen. Ett domslut är aldrig bättre än den grund den vilar på, och därmed de krav som ställs på vad som bevisats.

Kravet på ”ställt bortom rimliga tvivel” i svensk rätt är fullt i linje med de krav Europakonventionen ställer på tystnadens roll som bevisning. Tidigare ansåg sig Sverige även i övrigt möta konventionens krav, men som efterföljande praxis visat har de nationella tolkningarna visat på ett glapp som pekar ut en oroväckande detalj; oskyldighetspresumtionen är en oerhört grundläggande rättsprincip vars tankegodts går långt tillbaka, längre än vad den varit kodifierad – ändå har praxis kring denna princip förändrats inom kort tid. Säger det något om förutsebarheten och legalitetsprincipen, när möjligheten att göra grundläggande rättigheter gällande ibland beror på enskilda individers förmåga att driva en fråga upp till Europadomstolen, med den tid och resurser som notoriskt krävs?

För svensk rätts vidkommande reser oskyldighetspresumtionen trots allt en rad praktiska frågor. Den upplysningsplikt i fråga om rättigheter vid såväl gripna som upplysningsvis förhörda personer som diskuterats kan te sig som en smal sak att införa. Ovilligheten kan möjligen grunda sig i en rädsla för att förse brottmålsförfarandet med fallgropar för de utredande myndigheterna och domstolarna. Samtidigt visar *Andra menedsmålet* (NJA 2001 s. 183) att bristen på denna upplysning i rättegångsförhandlingen omvänt utgjorde en fallgrop för åklagarens grund till åtal för mened. De processekonomiska avvägandena kan således, i jakten på fällande domar, underminera även de vana rättegångsparternas processföring.

Som rättsfallen i denna uppsats visat så är rollerna som åtalad, vittne och svaranden i en civilprocess mer diffusa och rörliga än vad regelverkets formalitet ger sken av. Europadomstolens benägenhet att se till de verkliga konsekvenserna för den enskilde och ge innebörden en autonom tolkning är hedervärd och har en i min mening klart syfte; att upprätthålla brottmålsprocessens koherens och symmetri i ett faktiskt, materiellt hänseende och inte bara på papperet.

Juridiken ter sig för utomstående ibland, något nedsättande, som ett ordvrängeri. Europadomstolen syftar till att ge de rättigheter som konventionen erbjuder ett skydd mot kryphål och förbigående – genom att ansluta sig till Europakonventionen har statens innevånare rätt till en i sin helhet rättvis rättegång, oavsett den etikett staten har klistrat på förfarandet. De nationella förfarandenas oförmåga att leva upp till kraven kanske kan förklaras med svårigheten att tillämpa löst formulerade rättsprinciper, men inte ursäktas.

Till viss del kan Europakonventionen och domstolens vaga och oprecisa innehåll i artiklar och domslut beskyllas, men de nationella brottmålsprocessernas säkerhetsgarantier för en rättvis rättegång är så pass olika utformade att konventionen någonstans måste hitta en gemensam nämnare; ju mer mångfacetterat tillämpningsområdet är, desto vagare blir konturerna av minimikraven i konventionen. Ett svar på hur kraven på förutsebarhet och hållfasthet i grundläggande principer bättre ska kunna mötas i framtiden, tycks alltså vara en tillnärmning och harmonisering av hur rättsväsendet fungerar i alla stater som berörs av konventionen. På lång sikt bör resonemanget kunna tillämpas globalt; alltid med rättssäkerheten och våra grundläggande principer till dess värn som både ett medel och ett ändamål.

Bilaga A

Rättegångsbalk (1942:740)

23 kap – Om förundersökning

1 § Förundersökning skall inledas så snart det på grund av angivelse eller av annat skäl finns anledning att anta att ett brott som hör under allmänt åtal har förövats.

Förundersökning behöver dock inte inledas, om det är uppenbart att brottet inte går att utreda. Att förundersökning inte behöver inledas i vissa andra fall följer av 4 a § och 22 §.

Om det krävs angivelse för att brottet skall höra under allmänt åtal, får förundersökning trots det inledas utan angivelse, om det innebär fara att avvakta en angivelse. I så fall skall målsäganden underrättas snarast. Om denne då inte anger brottet till åtal, skall förundersökningen läggas ned. Lag (1994:1412).

18 § Då förundersökningen kommit så långt att någon skäligen misstänks för brottet, skall han, då han hörs, underrättas om misstanken. Den misstänkte och hans försvarare har rätt att fortlöpande, i den mån det kan ske utan men för utredningen, ta del av vad som har förekommit vid undersökningen. De har vidare rätt att ange den utredning de anser önskvärd och i övrigt anföra vad de anser nödvändigt. Underrättelse härom skall lämnas eller sändas till den misstänkte och hans försvarare, varvid skäligt rådrum skall beredas dem. Åtal får inte beslutas, innan detta har skett.

På begäran av den misstänkte eller hans försvarare skall förhör eller annan utredning äga rum, om detta kan antas vara av betydelse för undersökningen. Om en sådan begäran avslås, skall skälen för detta anges.

Innan åklagaren beslutar i fråga om åtal, får han hålla ett särskilt sammanträde med den misstänkte eller hans försvarare, om detta kan antas vara till fördel för åtalsbeslutet eller för sakens fortsatta handläggning i övrigt. Lag (1987:747).

35 kap – Om bevisning i allmänhet

1 § Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.

Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.

4 § Underlåter part att enligt rättens beslut infinna sig vid rätten eller eljest fullgöra något i rättegången eller att besvara för utredningen framställd fråga, pröve rätten med hänsyn till allt, som förekommit, vilken verkan som bevis må tillkomma partens förhållande.

Brottsbalk (1962:700)

15 kap. – Om mened, falskt åtal och annan osann utsaga

4 § Prövas utsaga som avses i 1--3 §§ vara utan betydelse för saken, skall ej dömas till ansvar.

Vad nu sagts skall ock gälla, om någon lämnat osann uppgift eller förtigit sanningen angående sådant varom han ägt vägra att yttra sig och omständigheterna innebära skälig ursäkt för honom.

Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna

Art 6 - Rätt till en rättvis rättegång

1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från förhandlingen eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.
2. Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.
3. Var och en som blivit anklagad för brott har följande minimirättigheter
 - a) att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom,
 - b) att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar,
 - c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar,
 - d) att förhöra eller låta förhöra vittnen som åberopas mot honom samt att själv få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom,
 - e) att utan kostnad bistås av tolk, om han inte förstår eller talar det språk som begagnas i domstolen.

Käll- och litteraturförteckning

Författningar

SFS 1915:218	Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
SFS 1942:740	Rättegångsbalk
SFS 1947:948	Förundersökningskungörelse
SFS 1962:700	Brottsbalk
SFS 1974:152	Regeringsformen
SFS 1994:1219	Lag om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Propositioner

Prop. 1951:165	<i>Sveriges anslutning till Europakonventionen,</i>
Prop. 1993/94:117	<i>Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor</i>

Statens offentliga utredningar

SOU 1926:32	<i>Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning</i>
SOU 1938:44	<i>Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk</i>
SOU 2005:86	<i>Straffprocessuella regler och rättssäkerhetsgarantier</i>
SOU 2003:74	<i>Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen</i>
SOU 2011:45	<i>Förundersökning – objektivitet, beslag, dokumentation</i>

Litteratur

- Asp, Petter, Ulväng,
Magnus, Jareborg, Nils *Kriminalrättens grunder*, Iustus Förlag, 2010
- Danelius, Hans *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*,
Norstedts Juridik AB, 2012
- Diesen, Christian *Bevisprövning i brottsmål*, Norstedts Juridik AB,
2002
- Dworkin, Ronald *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Publishing,
1977
- Ekelöf, Per Olof,
Edelstam, Henrik *Rättegång I*, Norstedts Juridik, 2002
- Ekelöf, Per Olof,
Edelstam, Henrik,
Heuman, Lars *Rättegång IV*, Norstedts Juridik, 2009
- Hellner, Jan *Rättsteori*, Juristförlaget, 1994
- Lindell, Bengt, Eklund,
Hans, Asp, Petter
Andersson, Torbjörn, *Straffprocessen*, Iustus Förlag, 2005
- Nowak, Karol *Oskuldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik
AB, 2003
- Schelin, Lena *Bevisvärdering av utsagor i brottsmål*, Norstedts
Juridik AB, 2007
- Strandbakken, Asbjørn *Uskyldspresumsjonen*, Fagbokforlaget, 2003
- Träskman, Per-Olof *Presumtionen om den för brott misstänktes
oskyldighet*, Festskrift till Lars Welamson,
Norstedts Juridik AB, 1988

Artiklar och rapporter

- Alexy, Robert *The Construction of Constitutional Rights, Law & Ethics of Human Rights, Vol. 4, the Berkeley Electronic Press, 2010*
- Council of Europe:
Committee for the
Prevention of Torture *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the (CPT), CPT/Inf (99), 1998*
- Åklagarmyndigheten
Utvecklingscentrum *Artikel 6 i Europakonventionen – Rätten till en rättvis rättegång ur ett praktiskt åklagar-
perspektiv RättsPM 2012:5*

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1980 s. 435

NJA 1980 s. 725

NJA 1982 s. 164

NJA 1990 s. 555

NJA 1991 s. 83

NJA 1991 s. 123

NJA 2001 s. 183

NJA 2001 s. 563

NJA 2003 s. 486

NJA 2011 s. 563

NJA 2012 s. 940

Europadomstolen

Case of Engel and others v the Netherlands, 1976, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72

Case of Funke v France, 1993, Application no. 10828/84

Case of John Murray v the United Kingdom, 1996, Application no. 18731/91

Case of Saunders v the United Kingdom, 1996, Application no. 19187/91

Case of Condon v the United Kingdom, 2000, Application no. 35718/97