



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Madelene Rask

## Du har en rätt att vara tyst

En undersökning av misstänkta och tilltalades rätt till tystnad i svensk rätt med anledning av ett nytt direktivförslag från Europeiska kommissionen

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Helén Örnemark Hansen

Termin för examen: HT 2014

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>3</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod	8
1.5 Material	10
1.5.1 Rätten att tiga	10
1.5.2 Informationsskyldighet	11
1.5.3 Bevisning som tillkommit i strid med rätten till tystnad	11
1.6 Teori	12
1.7 Forskningsläge	13
1.8 Disposition	14
<b>2 RÄTTEN ATT TIGA</b>	<b>15</b>
2.1 Rättslig bakgrund	15
2.2 Oskuldspresumtionen	16
2.3 Rätten till tystnad	18
2.4 Åklagarens bevis- och utredningsbörda	21
2.5 Beviskravet	23
2.6 Tystnaden som bevis	25
2.6.1 Europadomstolen om tystnaden som bevis	25
2.6.2 Tystnadens bevisverkan enligt RB	27
2.6.3 Förklaringsbördan	29
2.6.3.1 Innebörden av begreppet förklaringsbörda	29
2.6.3.2 Förklaringsbördans förhållande till åklagarens bevisning	30
2.6.3.3 Förklaringsbördans betydelse i bevisvärderingen	32
2.6.3.4 Sammanfattningvis	35
2.7 Artikel 7.3 i EU-kommissionens direktivförslag	36
<b>3 INFORMATIONSSKYLDIGHET</b>	<b>38</b>
3.1 Inte behöva yttra sig över misstanken	38
3.2 När ska informationen ges?	39
3.3 Vem ansvarar för att informationen ges?	42

3.4	Vad ska informationen innehålla?	43
3.5	Artikel 7.2 i EU-kommissionens direktivförslag	44
<b>4</b>	<b>BEVISNING SOM TILLKOMMIT I STRID MED RÄTTEN TILL TYSTNAD</b>	<b>46</b>
4.1	Den fria bevisprövningen	46
4.2	Otillåtet anskaffad bevisning	47
4.3	Den allmänna avvisningsregeln	51
4.4	Införandet av ett bevisförbud	53
4.5	Artikel 7.4 i EU-kommissionens direktivförslag	56
<b>5</b>	<b>ANALYS OCH SLUTKOMMENTAR</b>	<b>58</b>
5.1	Tystnaden som bevis	58
5.2	Information enligt 12 § FUK	60
5.3	Bevisning som tillkommit i strid med rätten till tystnad	62
5.4	Förhållandet till EU-kommissionens förslag	64
5.5	Slutkommentar	66
	<b>BILAGA A</b>	<b>67</b>
	<b>BILAGA B</b>	<b>71</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>73</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>78</b>

# Summary

In late 2013 the European Commission presented a package of legislative measures aimed to strengthening suspects and accused persons procedural rights in criminal proceedings. The package includes inter alia a proposal for a directive in order to strengthen certain aspects of the presumption of innocence. Article 7 of this proposal regulates the issue of suspects and accused persons right to remain silent. The article aims to ensure an effective exercise of this right in the procedure. The article may be regarded as giving the right to remain silent a strong position and prevents different restrictions in the right to remain silent.

Due to Sweden's membership in the European Union it is relevant to determine how the proposal would affect Swedish law if the Directive were adopted. Sweden has in accordance with the European Union membership an obligation to regulate the domestic law so that it is in conformity with the EU law. It is therefore relevant to examine the Swedish rules concerning the right to remain silent in order to investigate the possible changes that may be relevant if the proposed directive come into force.

The purpose of this thesis is to investigate the Swedish rules concerning the right to remain silent on the basis of Article 7 of the European Commission's proposal. The investigation will subsequently be able to answer the question: "what consequences may the proposal have on Swedish law?" Three problem areas have been located where the following question has arisen: must the Swedish regulations undergo a change to harmonize with the proposal? These problem areas have been the focus for the thesis and are discussed in separate sections. The problem areas involve: (i) the possibilities of using the accused person's silence as evidence in the form of a burden of declaration; (ii) how the obligation to provide information regarding the right to remain silent is regulated; (iii) how evidence that has been obtained in violation of the right to remain silent should be handled.

It has emerged that the Swedish rules concerning the right to remain silent may be required to undergo some changes in order to harmonize with the proposal from the European Commission. The Swedish rules have in addition been considered to provide a large scope in some respects for the criminal procedural principle of realization, however, to the detriment of the principle of protection. Restrictions in the right to remain silent occur to such an extent that there are concerns that an effective exercise of the right is limited and that the fundamental rationale impact erodes. The European Commission's proposed Directive must therefore in my opinion, be considered to be welcomed in order to support the right to remain silent and to create a right that suspects and accused persons can rely on.

# Sammanfattning

I slutet av 2013 lade Europeiska kommissionen fram ett paket med lagstiftningsåtgärder i syfte att stärka misstänkta och tilltalades processuella rättigheter i det straffrättsliga förfarandet. Paketet innehåller bland annat ett direktivförslag angående förstärkning av vissa aspekter av oskuldspresumtionen. Artikel 7 i detta förslag reglerar frågan om misstänkta och tilltalades rätt till tystnad och artikeln syftar till att säkerställa ett effektivt utövande av denna rättighet i förfarandet. Artikel 7 får anses ge rättigheten en hög dignitet och utgör hinder för olika inskränkningar i rätten att tåga.

Med anledning av Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen är det av vikt att utröna hur förslaget skulle påverka svensk rätt ifall det antas. Sverige har nämligen en skyldighet att i enlighet med sina åtaganden i unionen reglera den inhemska rätten så att den står i överensstämmelse med unionsrätten. Det är därmed relevant att granska de svenska reglerna kring rätten att vara tyst för att utreda vilka eventuella förändringar som kan bli aktuella ifall direktivförslaget träder i kraft.

Syftet med uppsatsen är således att med utgångspunkt i artikel 7 i Europeiska kommissionens förslag utreda de svenska reglerna kring rätten att vara tyst. Detta för att sedermera kunna besvara frågan om vilka effekter som förslaget kan få för svensk rätt. Tre eventuella problemområden har lokaliserats där frågan har uppkommit ifall de svenska reglerna måste genomgå en förändring för att harmonisera med förslaget. Dessa problemområden har varit fokus för framställningen och diskuteras i separata avsnitt. Problemområdena handlar om: (i) möjligheterna att använda den tilltalades tystnad som bevis i formen av en förklaringsbörd; (ii) utformningen av informationsplikten angående rätten att vara tyst samt (iii) hur bevisning som tillkommit i strid med rätten att tåga ska hanteras.

I uppsatsen har det framkommit att de svenska reglerna kring rätten att vara tyst kan vara tvungna att genomgå vissa förändringar för att harmonisera med Europeiska kommissionens direktivförslag. De svenska reglerna har även ansetts att i en del avseenden ge ett stort utrymme för den straffprocessrättsliga förverkligandeprincipen till nackdel för skyddsprincipen. Inskränkningar i rätten till tystnad förekommer i sådan utsträckning att det finns farhågor för att ett effektivt utövande av rättigheten begränsas samt att rättighetens genomslagskraft urholkas. Europeiska kommissionens direktivförslag får således enligt min mening anses vara välkomnat för att upprätthålla rätten till tystnad och att tillskapa en rättighet som misstänkta och tilltalade kan förlita sig på.

# Förkortningar

Ds	Departementsserien
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-kommissionen	Europeiska kommissionen
EU-kommissionens direktivförslag	Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om förstärkning av vissa aspekter av oskuldspresumtionen och av rätten att närvara vid rättegång i straffrättsliga förfarande, KOM(2013) 821 slutlig
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Rom 1950-11-04, SÖ 1952:35
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FUK	Förundersökningskungörelse (1947:948)
Förslaget	Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om förstärkning av vissa aspekter av oskuldspresumtionen och av rätten att närvara vid rättegång i straffrättsliga förfarande, KOM(2013) 821 slutlig
Informationsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/13/EU av den 22 maj 2012 om rätten till information vid straffrättsliga förfaranden, EUT L 142/1, 1.6.2012.
NJA	Nytt juridiskt arkiv I
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar
Stockholmsprogrammet	Stockholmsprogrammet- ett öppet och säkert Europa i medborgarnas tjänst och för deras skydd, EUT C 115/1, 4.5.2010

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Under svenskt ordförandeskap antog Europeiska rådet 2009 Europeiska unionens (EU) arbetsprogram inom området frihet, rättvisa och säkerhet.<sup>1</sup> Programmet fick benämningen Stockholmsprogrammet och gäller för perioden 2010-2014. Fokus i programmet var bland annat att stärka misstänkta och tilltalades rättigheter i det straffrättsliga förfarandet. I programmet uppmanas Europeiska kommissionen (EU-kommissionen) att utarbeta förslag för att säkerställa misstänkta och tilltalades rätt till en rättvis rättegång.<sup>2</sup>

I slutet av 2013 framlade EU-kommissionen ett paket med fem lagstiftningsåtgärder.<sup>3</sup> I paketet ingår ett direktivförslag om förstärkning av vissa aspekter av oskuldspresumtionen.<sup>4</sup> Förslaget innehåller vissa minimirättigheter som medlemsstaterna ska tillförsäkra misstänkta och tilltalade inom det straffrättsliga förfarandet. En av de rättigheterna är misstänkta och tilltalades<sup>5</sup> rätt till tystnad. Denna rättighet har införts i förslagets artikel 7 med följande lydelse:

### *”Rätt att tiga*

1. Medlemsstaterna ska se till att misstänkta eller tilltalade har rätt att tiga när de förhörs av polis eller andra brottsbekämpande eller rättsliga myndigheter med avseende på det brott som de misstänks eller anklagas för att ha begått.
2. Medlemsstaterna ska utan dröjsmål underrätta de misstänkta eller tilltalade om deras rätt att tiga och förklara innehållet i denna rätt och följderna av att avstå från den eller av att åberopa den.
3. Utövandet av rätten att tiga får inte användas mot en misstänkt eller tilltalad i ett senare skede av förfarandena och får inte betraktas som ett styrkande av sakförhållandena.
4. Bevisning som erhållits i strid med denna artikel ska inte vara tillåtlig, om inte användningen av sådan bevisning inte skulle påverka den övergripande rättvisan i förfarandena.”

---

<sup>1</sup> Stockholmsprogrammet- ett öppet och säkert Europa i medborgarnas tjänst och för deras skydd, EUT C 115/1, 4.5.2010. Nedan benämns Stockholmsprogrammet.

<sup>2</sup> Stockholmsprogrammet, p. 2.4.

<sup>3</sup> Paketet består av tre direktivförslag, KOM(2013) 821, KOM(2013) 822 och KOM(2013) 824 och två rekommendationer, C(2013) 8178/2 och C(2013) 8179/2.

<sup>4</sup> KOM(2013) 821. Nedan benämns EU-kommissionens direktivförslag eller enbart förslaget.

<sup>5</sup> Begreppen misstänkta och tilltalade används i uppsatsen till viss del synonymt, det vill säga förkommer en rätt för misstänkta föreligger denna även för tilltalade.

Förslaget har ännu inte antagits av varken Europaparlamentet eller rådet. Europeiska sociala och ekonomiska kommittén har i sitt yttrande intagit en positiv ställning.<sup>6</sup> Skulle förslaget antas är medlemsstaterna skyldiga att i enlighet med sina åtaganden inom ramen för EU reglera sin inhemska rätt så att den uppfyller de minikrav som föreskrivs i förslaget.<sup>7</sup>

Inom svensk rätt har misstänkta redan i dagsläget en rätt att förbli tysta.<sup>8</sup> Rättigheten har dock inte ansetts vara absolut, utan den tilltalades ovilja att besvara framställda frågor kan enligt 35 kap. 4 § rättegångsbalken (1942:740) (RB) inverka på domstolens bedömning av målet.<sup>9</sup> I den juridiska litteraturen har det även laborerats med en så kallad förklaringsbörda.<sup>10</sup> Denna börda har författare ansett kunna urskiljas ur domstolars domsmotiveringar där rätten tycks ha ålagt den tilltalade att lämna en rimlig förklaring för en viss omständighet i äventyr om att annars erhålla en fällande dom.<sup>11</sup> Frågan som uppkommer är dock huruvida de svenska förhållandena överensstämmer med artikel 7.3 i EU-kommissionens direktivförslag? Kan de svenska reglerna anses tillåta att misstänkta eller tilltalades utnyttjande av rätten till tystnad används mot dem i ett senare skede av förfarandet eller till och med betraktas som ett styrkande av sakförhållandena?

Av artikel 7.2 i EU-kommissionens direktivförslag följer att misstänkta och tilltalade ska underrättas om rätten att tysta. En informationsplikt angående denna rättighet har sedan tidigare reglerats på EU-rättslig nivå genom *Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/13/EU av den 22 maj 2012 om rätten till information vid straffrättsliga förfaranden*<sup>12</sup> (informationsdirektivet). Vid en närmare jämförelse mellan informationsdirektivet och EU-kommissionens direktivförslag kan det dock urskiljas vissa olikheter i utformningen av informationsplikten. Den svenska informationsplikten om rätten att vara tyst i 12 § förundersökningskungörelsen (1947:948) (FUK) utformades med bakgrund av informationsdirektivet. Med anledning av de skillnader som återfinns mellan informationsdirektivet och direktivförslaget aktualiseras frågan om de svenska reglerna uppfyller förslagens krav på information? Med andra ord, kan den svenska regleringen vara tvungen att genomgå en förändring på grund av högre ställda miniminormer?

Enligt artikel 7.4 i direktivförslaget ska i princip all bevisning som erhållits i strid med artikel 7 vara otillåten. Inom svensk rätt tillämpas emellertid prin-

---

<sup>6</sup> Yttrande från Europeiska sociala och ekonomiska kommittén, EUT C 226/63, 16.7.2014.

<sup>7</sup> Bernitz, Ulf och Anders Kjellgren: *Europarättens grunder*, femte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2014, s. 56-57.

<sup>8</sup> Träskman, Per Ole: "Rätten att förbli tyst". I: *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1993, s. 596.

<sup>9</sup> Nowak, Karol: *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm 2003, s. 412.

<sup>10</sup> Se bland annat Westberg, Peter: "Förklaringsbörda och knölargument i brottmålen - den moderne domarens vapen i kampen mot brottsligheten?". I: *Juridisk Tidskrift* 1992/93, s. 883-896; Lindell, Bengt: "Vem förde bilen? En fråga om beviskrav i ett mål om rattfylleri". I: *Juridisk Tidskrift* 1990/91, s. 482-485.

<sup>11</sup> Diesen, Christian: *Bevisprövning i brottmål*, Juristförlaget, Stockholm 1994, s.70; Lindell: *Vem förde bilen*, a.a. s. 483.

<sup>12</sup> EUT L 142/1, 1.6.2012.



cipen om fri bevisprövning. Det råder därmed i princip inga begränsningar av vilka bevis som får läggas fram under rättegången.<sup>13</sup> Användningen av en processuell sanktion såsom avvisning av bevisning vid överträdelse av rätten att tåga får därmed anses vara en nyhet för svensk rätt.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Med anledning av EU-kommissionens direktivförslag har det uppkommit vissa frågor om hur den svenska regleringen kring rätten till tystnad förhåller sig till förslaget. Syftet med denna framställning är därför att med utgångspunkt i EU-kommissionens direktivförslag utreda de svenska reglerna om misstänkta och tilltalades rätt att tåga. Utredningen bör sedermera kunna bidra till att besvara frågan angående vilka förändringar som måste företas i svensk rätt ifall förslaget antas. Som framgår av avsnitt 1.1 har tre eventuella problemområden uppmärksamats vilka även kommer vara fokus för denna framställning. För att besvara syftet kommer uppsatsen därmed att utarbetas efter följande frågeställningar:

- Hur kan den tilltalades tystnad användas som bevis mot denne i form av en förklaringsbörda?
  - o Hur förhåller sig förklaringsbördan till artikel 7.3 i EU-kommissionens direktivförslag?
- Hur är informationsplikten om rätten till tystnad utformad i 12 § FUK?
  - o Hur förhåller sig den svenska informationsplikten till artikel 7.2 i EU-kommissionens direktivförslag?
- Hur hanteras bevis som har tillkommit i strid med rätten att vara tyst i svensk rätt och vilka möjligheter finns det att avvisa denna bevisning?
  - o Hur förhåller sig den svenska bevisrätten till artikel 7.4 i EU-kommissionens direktivförslag?

## 1.3 Avgränsningar

Uppsatsens frågeställningar medför en relativt snäv avgränsning av rättsområdet. Frågorna har baserats på artikel 7 i EU-kommissionens direktivförslag och utarbetats efter företeelser och regler i svensk rätt som kan relateras till förslaget. Fokus har legat på de delar av förslaget som kan anses vara problematiska för svensk rätt. Denna snäva avgränsning hämmar dock möjligheten att se EU-kommissionens direktivförslags påverkan på svensk rätt från ett mera översiktligt perspektiv. Uppsatser gör dock inte anspråk på en sådan övergripande bild utan det har valts att fokusera på delar av förslaget för en djupare analys. Förslaget innehåller flera regler angående avvisning av

---

<sup>13</sup> Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman Lars: *Rättegång fjärde häftet*, sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2009, s. 26.

bevisning. Utredningen angående möjligheterna att i svensk rätt avvisa bevisning som tillkommit i strid med rätten att vara tyst borde i viss utsträckning kunna ge vägledning för svensk rätts förhållande till andra avvisningsregler i förslaget.

Utredningen av EU-kommissionens direktivförslag kommer att koncentreras till artikel 7.2-4. Övriga delar av förslaget kommer enbart beröras i den mån de kan anses vara till hjälp för att tyda innehållet i nämnda artikel. Diskussionen om EU:s kompetens att lagstifta på området lämnas utanför uppsatsen. EU-kommissionens förslag är enligt artikel 2 i förslaget enbart tillämplig på fysiska personer. Frågor rörande juridiska personers rättigheter inom ramen för rätten att vara tyst kommer därför lämnas utanför framställningen. Övrig EU-rätt kommer enbart behandlas i den mån den kan vara till hjälp för att besvara frågeställningarna.

Rätten till tystnad är inte lagreglerad i svensk rätt. Rätten till tystnad har dock ansetts kunna härledas från artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna<sup>14</sup> (Europakonventionen).<sup>15</sup> För att utreda innebörden av denna rättighet kommer därför Europakonventionen och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) avgöranden att vara vägledande. Syftet med uppsatsen är dock inte att utreda hur svensk rätt förhåller sig till Europakonventionen eller ifall vi uppfyller våra konventionsåtaganden. Det kommer därför inte ges en helhetsbild av Europadomstolens inställning till alla frågor som är aktuella i uppsatsen. Uppsatsen kommer främst att lägga fokus på artikel 6 i Europakonventionen och Europadomstolens avgöranden i avsnitten där innehållet av rätten att vara tyst utreds på grund av att det på detta område saknas nationella regler. Uppsatsen ämnar inte heller att lämna en fullständig redogörelse för innehållet i rätten att vara tyst. En sådan redogörelse är omfattande och förtjänar i sig en egen avhandling.

För ökad förståelse av förklaringsbördan och dess problem kommer närliggande områden att utredas såsom beviskravet och bevisbördan inom straffrätten. Dessa närliggande områden kommer dock enbart att behandlas i den utsträckning som kan anses vara motiverat för utredningen av förklaringsbördan.

Informationsplikten om rätten till tystnad kommer att behandlas såsom den kommer till uttryck 12 § FUK. Övriga regler i FUK kommer enbart att utredas i den mån de kan vara till hjälp för att få ett helhetsperspektiv på informationsplikten. 12 § FUK infördes som ett led i implementeringen av informationsdirektivet. Direktivet kommer således att få betydelse för tolkningen av 12 § FUK. Frågan om Sverige har införlivat direktivet korrekt kommer dock inte att behandlas, främst på grund av det begränsade utrymmet för uppsatsen.

---

<sup>14</sup> Rom den 4 november 1950, SÖ 1952:35.

<sup>15</sup> Se exempelvis mål Heaney och McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21; mål Quinn mot Irland, dom 2000-12-21; mål Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05.

Den svenska bevisrätten kommer att utredas för att granska hur otillåten anskaffad bevisning behandlas i svensk rätt och ifall det finns möjlighet att införa ett bevisförbud. Fokus vid redogörelsen för den fria bevisprövningen kommer främst ligga på att utreda innebörden av fri bevisföring och fri bevisvärdering. Det kommer inte här att behandlas hur domstolen går till väga i sin bevisvärdering eftersom det området inte kan anses ligga inom ramen för uppsatsens syfte. I denna del kommer även möjligheten att avvisa bevisning med stöd av 35 kap. 7 § 3 p. RB att utredas. Avgränsningen till nämnda punkt baseras på ett uttalande från Heuman där han tycks antyda en möjlighet att med tillämpning av detta stadgande avvisa otillåten anskaffad bevisning.<sup>16</sup> Övriga avvísingsgrunder i 35 kap. 7 § RB kan kanske vara aktuella vid bevisning som anskaffats i strid med rätten till tystnad. Av utrymmesskäl har det dock valts att fokusera på 35 kap. 7 § 3 p. RB.

## 1.4 Metod

Uppsatsen ämnar att dels redogöra för gällande rätt, dels att utreda förhållandet mellan gällande rätt och EU-kommissionens förslag. En vedertagen metod för att utreda gällande rätt är användandet av en traditionell rättsdogmatisk metod.<sup>17</sup> Innebörden av en rättsdogmatisk metod är att gällande rätt tolkas och systematiseras efter allmänt accepterade rättskällor, såsom författningar, praxis, förarbeten och doktrin.<sup>18</sup> Jareborg uttrycker rättsdogmatik som en ”rekonstruktion av rättssystemet”.<sup>19</sup> En rättsdogmatisk metod syftar således till att analysera olika element i rättskällevärdet för att nå ett resultat som avspeglar vad som är gällande rätt.<sup>20</sup> Metoden karakteriseras av bundenheten till rättskällorna.<sup>21</sup> Detta hindrar dock inte att perspektivet vidgas och den rättsdogmatiska argumentationen går utanför gällande rätt.<sup>22</sup> Rättsdogmatisk vetenskap inrymmer även möjligheten att finna nya svar och bättre lösningar av rättssystemet.<sup>23</sup> Diskussion om vad som borde vara gällande rätt (de lege ferenda) är således inte främmande inom en rättsdogmatisk metod.<sup>24</sup> De traditionella svenska rättskällorna är hierarkiskt indelade och i uppsatsen värderas källorna enligt följande ordning: författningar, praxis, förarbeten och doktrin.<sup>25</sup> Rangordningen innebär att lösningar på rättsliga problem i första hand ska sökas i den högst värderade källan.<sup>26</sup>

---

<sup>16</sup> Heuman, Lars: ”Ulf Lundqvist, Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegången”. I: *Juridisk Tidskrift* 1998/99, s. 230.

<sup>17</sup> Se Peczenik, Aleksander: ”Juridikens allmänna läror”. I: *Svensk Juristtidning* 2005, s. 249-250; Kleineman, Jan: ”Rättsdogmatisk metod”. I: *Juridisk metodlära (red.: Mauro Zamboni m.fl)*, Studentlitteratur, Lund 2013, s. 21.

<sup>18</sup> Peczenik a.a. s. 249-250.

<sup>19</sup> Jareborg, Nils: ”Rättsdogmatik som vetenskap”. I: *Svensk Juristtidning* 2004, s. 4.

<sup>20</sup> Kleineman a.a. s. 26

<sup>21</sup> Peczenik a.a. s. 249-250.

<sup>22</sup> Kleineman a.a. s. 26.

<sup>23</sup> Jareborg a.a. s. 4.

<sup>24</sup> Lehrberg, Bert: *Praktiskt juridisk metod*, sjätte upplagan, I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala 2010, s. 167.

<sup>25</sup> I den juridiska litteraturen förekommer olika rangordningar. I uppsatsen har Bernitz rangordning valts, se Bernitz, Ulf, m.fl.: *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsme-*

Uppsatsen behandlar till viss del EU-rätt. Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) har framhållit att EU-rätten utgör en rättsordning *sui generis*.<sup>27</sup> Det får därmed anses vara motiverat att uppsatsens avsnitt rörande EU-rätt behandlas enligt en EU-rättslig metod.<sup>28</sup> Den EU-rättsliga metoden används i uppsatsen som ett tillvägagångssätt att hantera EU-rättsliga källor och kan således kombineras med den rättsdogmatiska metoden.

Enligt företrädesprincipen har EU-rätten företräde framför nationell rätt. Nationell rätt som står i strid med EU-rätten får således ge vika för unionsrätten. EU:s samlade regelverk är numera mycket omfattande och har fått benämningen unionens *acquis communautaire* (den gemensamt förvärvade eller uppnådda). Inom EU-rätten brukar det skiljas mellan primär- och sekundärrätt. Primärrätten består framförallt av de grundläggande fördragen, därtill knuta protokoll och förklaringar samt anslutningsfördragen. Sekundärrätten utgörs i huvudsak av förordningar, direktiv och beslut. Förordningar är till alla delar bindande och direkt tillämpliga i medlemsstaterna. Till skillnad från förordningar riktar sig inte direktiv till enskilda utan till medlemsstaterna. Direktiv föreskriver resultat som medlemsstaterna ska förverkliga i sin nationella rättsordning. Rådet och EU-kommissionens beslut riktar sig ofta till en bestämd adresserat och besluten är enbart bindande för mottagaren. Förutom primär- och sekundärrätt förekommer icke bindande dokument, så kallad soft law. Soft law består bland annat av rekommendationer, yttranden, EU-kommissionens tolkningsförklaringar, förarbeten till lagstiftning i form av grön- och vitböcker, EU-kommissionens direktivförslag m.m.<sup>29</sup>

EU-domstolens rättspraxis har en central roll inom EU-rätten. Domstolen har utvecklat många av de allmänna principer som frekvent tillämpas inom unionsrätten, såsom doktrinen om direkt effekt, företrädesrätten m.m. Domstolen har en mera aktiv syn på sin roll som rättsgestaltande organ än vad som är vanligt inom svensk rätt. EU-domstolen har exklusiv behörighet att tolka EU-rätten. Medlemsstaterna är således förhindrade att tolka och tillämpa EU-rätten på annat sätt än vad som framgår av EU-domstolens avgöranden.<sup>30</sup>

Unionsrätten tolkas autonomt i förhållande till medlemsstaternas nationella rätt.<sup>31</sup> Även om en EU-rättslig regel har genomförts i svensk lag bör en korrekt tolkning styras av EU-rättsligt tolkningsmaterial och metod. Svenska förarbeten innehållande entydig förklaring för hur regeln ska tolkas förlorar sitt förklaringsvärde om det kan visas att EU-rätten borde tolkas i en annan

---

toder, tolfte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2012, s. 32-33. För behandlingen av EU-rättsliga källor se strax nedan om EU-rättslig metod.

<sup>26</sup> Bernitz m.fl.: *Finna rätt*, a.a. s. 32-33.

<sup>27</sup> Se mål 26/62 NV *Algemene Transport – en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos* mot Nederländska skatteförvaltningen, REG 1963 svenska specialutgåvan I, s. 161.

<sup>28</sup> För närmare om den EU-rättsliga metoden se Reichel Jane: "EU-rättslig metod". I: *Juridisk metodlära* (red.: Mauro Zamboni m.fl.), Studentlitteratur, Lund 2013, s. 109-140.

<sup>29</sup> Bernitz och Kjellgren: *Europarättens*, a.a. s. 54, 100 och 178-180.

<sup>30</sup> Bernitz och Kjellgren: *Europarättens*, a.a. s. 181-182 och 222-224.

<sup>31</sup> Bernitz och Kjellgren: *Europarättens*, a.a. s. 190.

riktning. Doktrinen om *effet utile* medför att EU:s rättsakter ska tolkas så att deras ändamålsenliga verkan uppnås. Teleologisk tolkning utgör således en viktig tolkningsmetod inom EU-rätten.<sup>32</sup> Vid sidan av denna tolkningsmetod använder sig EU-domstolen i huvudsak av texttrogen och systematiskt tolkning.<sup>33</sup> I uppsatsen kommer därför nämnda tolkningsmetoder att vara vägledande för att utreda innebörden av den behandlade EU-rätten.

## 1.5 Material

Uppsatsens deskriptiva avsnitt har utefter frågeställningarna delats i tre delar med rubrikerna: rätten att tåga; informationsskyldighet och bevisning som tillkommit i strid med rätten till tystnad. Materialet för varje del skiljer sig ifrån varandra och nedan redogörs det separat för materialet till varje del. Visst material är dock generellt för alla delar och kommer därför först att redogöras för.

EU-kommissionens direktivförslag utgör en självklar utgångspunkt för att besvara syftet. Inom EU-rätten har inte lagstiftningsförslag samma förklaringsvärde för reglers innehåll som förarbeten har i svensk rätt.<sup>34</sup> På senare tid har det emellertid förekommit att EU-domstolen har hänvisat till direktivförslag för att utröna hur en EU-rättslig regel ska tolkas.<sup>35</sup> Vad gäller EU-kommissionens direktivförslag om rätten att tåga har lagstiftningsprocessen inte kommit så långt att det finns en rättsakt att utgå ifrån. EU-kommissionens förslag är således det material som finns att tillgå för att granska EU:s agerande på området. I uppsatsen har det dock uppmärksamats att förslaget senare kan ha ett begränsat värde för tolkningen av antaget direktiv. EU-kommissionens förslag har behandlas i Justitiedepartementets faktapromemoria 2013/14:FPM35 *Ett paket med processuella rättigheter*. Av promemorian framgår att förslaget remitterades. För att utreda hur svensk rätt förhåller sig till EU-kommissionens förslag kommer remissvaren och faktapromemorian att användas.

### 1.5.1 Rätten att tåga

Rätten till tystnad är inte lagreglerad i svensk rätt. Rättigheten har dock ansetts kunna härledas från oskuldspresumtionen i artikel 6 Europakonventionen. Europadomstolens avgöranden kommer därför att granskas för att utreda innebörden av rätten att vara tyst. Urvalet av rättsfallen har främst skett efter hänvisningar i juridisk litteratur. I svensk rätt får Nowak och Träskman anses vara två framstående namn för utredning av oskuldspresumtionen och rätten att vara tyst. Deras verk kommer därför få ett visst utrymme i uppsatsen.

---

<sup>32</sup> Reichel a.a. s. 114, 125 och 134.

<sup>33</sup> Bernitz och Kjellgren: *Europarättens*, a.a. s 185.

<sup>34</sup> Reichel a.a. s. 127.

<sup>35</sup> Se exempelvis mål C- 47/08 Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien, REU 2011, s. I-04105, p.134-141. Se även Reichel a.a. s. 127.

Vid utredning av beviskravet och bevisbördan kommer främst doktrin att användas. Förklaringen härtill är att varken bevisbördan eller beviskravet är reglerat i lag och det finns således inte heller några förarbeten på området. Det framgår sällan av praxis hur rätten tillämpar beviskravet och bevisbördan. Domstolarna konstaterar ofta enbart att målet är styrkt och inte hur rätten avgjort att så är fallet. Doktrin kan emellanåt anses vara lite ålderstigen men områdena har inte genomgått stora förändringar varför det inte kan anses vålla några problem att använda litteraturen.

I avsnitten för utredning av hur den tilltalades tystnad kan användas som bevis mot denne kommer utgångspunkten vara 35 kap. 4 § RB och dess förarbeten. Doktrin på området kommer användas för att tolka innebörden av nämnda lagrum. Förklaringsbördan är däremot inte lagstadgad i svensk rätt. I syfte att utreda denna börda kommer främst rättsfall från Högsta domstolen och doktrin att användas. Urvalet av rättsfallen har skett efter hänvisningar i juridisk litteratur. Även på detta område kan doktrin vara något gammal men på grund av begränsat material och att området inte får anses genomgå stora förändringar har litteraturen valts att beaktas i uppsatsen.

## **1.5.2 Informationsskyldighet**

12 § FUK kommer att vara utgångspunkt för utredning av informationsplikten. FUK är en förordning och det finns därför inga direkta förarbeten till författningen. Vid arbetet med implementeringen av informationsdirektivet utarbetades en promemoria, Ds 2013:18. Denna promemoria kommer att ligga till grund för att granska de svenska ställningstagandena vid införandet av informationsplikten. Promemorian remitterades och inkomna remissvar kommer att beaktas i syfte att få ett vidare perspektiv på regleringen. Som nämnts under avsnitt 1.4 ska en tolkning av EU-rättsliga regler som införlivats i nationell rätt styras av EU-rättsligt tolkningsmaterial. Informationsdirektivet utgör därmed en viktig källa för att utreda innebörden av 12 § FUK.

I övrigt kommer materialet att utgöras av förarbeten till RB i den mån de kan ge någon vägledning för att besvara frågor om informationsplikten samt doktrin. Doktrin har emellertid inte direkt berört frågan om informationsplikten. Litteraturen kommer dock att användas för att utreda andra stadganden i FUK och RB vilka kan vara till hjälp för att förstå informationsplikten.

## **1.5.3 Bevisning som tillkommit i strid med rätten till tystnad**

I detta avsnitt kommer 35 kap. 1 och 7 §§ RB och därtill hörande förarbeten att användas för att utreda bevisrätten. Övriga delar av RB kommer enbart användas i den mån de kan vara vägledande för att besvara uppsatsens frågeställningar. Vid utredning om otillåten anskaffad bevisning kommer två rättsfall från Högsta domstolen att studeras närmare. Valet av rättsfall har skett utifrån hänvisningar i doktrin samt på grund av att fallen berör så kallade passiva rättigheter för den tilltalade, rätten till den personliga integriteten, rätten att inte behöva vara verksam i förfarandet till sin egen nackdel

samt rätten till tystnad. Eftersom rätten till tystnad är att hänföra till dessa passiva rättigheter har det ansetts vara av intresse att närmre granska avgörandena för att utreda hur bevis som tillkommit i strid med rätten till tystnad hanteras i svensk rätt. Doktrin har även till stor del använts i detta avsnitt dels för att granska Högsta domstolens avgöranden, dels för att utreda hur bevisrätten är utformad i svensk rätt. I avsnittet rörande bevisförbud har det valts vid argumentationen om ett bevisförbud bör införas i svensk rätt att koncentreras på framställningar av Lundqvist och Ahlstrand. Författarna kan anses representera två olika sidor i diskussionen och genom deras uttalanden kan det således presenteras argument både för och emot ett bevisförbud.

## 1.6 Teori

De grundläggande principerna inom straffprocessen kan enligt Frände delas in i olika nivåer. På en högre och mera abstrakt nivå återfinns förverkligande- och skyddsprincipen. Dessa båda principer kan sägas beskriva de bakomliggande målen med straffprocessen.<sup>36</sup>

Det omedelbara syftet med straffprocessen är att det straffrättsliga ansvaret ska förverkligas. Förverkligandeprincipen innebär att utformningen och tillämpningen av de straffprocessrättsliga reglerna ska ske så att brottslingar straffas för sina gärningar. I principen ligger ett krav på att målet ska eftersträvas optimalt. Förverkligandeprincipen ger således uttryck för en straffprocess med fokus på effektiv brottsbekämpning. Ett sådant synsätt ska enligt Frände öka enskildas laglydnad.<sup>37</sup>

Till detta mål kommer olika rättssäkerhetsöverväganden och däribland skyddet för enskilda. Enskildas processuella rättigheter kommer tydligt till uttryck i de grundläggande mänskliga rättigheterna. Det enda egentliga syftet med straffprocessen är dock att lagföra brottslingar och inte att skydda dessa rättigheter. Regler och principer som grundar ett rättsskydd för enskilda måste dock beaktas och respekteras inom straffprocessen. Skyddsprincipen kan således sägas begränsa möjligheterna att eftersträva en maximal brottsbekämpning.<sup>38</sup> De målsättningar som följer av förverkligandeprincipen måste alltid vägas mot de rättssäkerhetsgarantier som ska tillförsäkras misstänkta. I samhällets ställs krav på att brott ska uppkämmas och beivras på ett så effektivt sätt som möjligt. Det finns dock även krav på att enskilda ska ha rätt till en rättvis rättegång även om det kan innebära en svårighet att få till stånd en fällande dom. Det straffrättsliga förfarandet kan således anses präglas av en avvägning mellan förverkligande- och skyddsprincipen.<sup>39</sup>

Denna avvägning måste dock företas med viss försiktighet. Ges skyddsintressena för hög dignitet kan de grundläggande målen med straffprocessen urholkas. Vilket i sin tur kan leda till att enskilda inte på ett effektivt sätt

---

<sup>36</sup> Frände, Dan: *Finsk straffprocessrätt I*, Forum Iuris, Helsingfors 1999, s. 8.

<sup>37</sup> Frände a.a. s. 8.

<sup>38</sup> Frände a.a. s. 8.

<sup>39</sup> Nowak a.a. s. 62.

kan skyddas mot brottsliga ingrepp i deras rättsfär. Skulle utredningsintresset få för stort spelrum kan det leda till att det allmänna med vilka medel som helst och då till och med genom överträdelser av rättsregler eller rättsgrundsatser kan verka för att utreda brott. Intresseavvägningen måste således vara nogra överväg för att uppnå en optimal balans mellan de olika principerna.<sup>40</sup>

Ur skyddsprincipen bör misstänkta och tilltalades rätt till tystnad kunna härledas. Det är således av intresse för uppsatsen att beakta de avvägningar som gjorts mellan förverkligande- och skyddsprincipen vid utformningen av rätten att vara tyst och regelverket däromkring. Med andra ord, hur har straffprocessens krav på en effektiv brottsbekämpning jämkats samman med rätten till tystnad.

## 1.7 Forskningsläge

Rätten till tystnad har diskuterats tidigare i den juridiska litteraturen. Nowak har i sin avhandling *Oskyldighetspresumtionen* gjort en gedigen genomgång av Europadomstolens avgöranden kring rätten till tystnad och även kopplat rättsfallen till rättighetens utseende i svensk rätt. Förklaringsbördan har även diskuterats på olika håll i juridisk litteratur. Innehållet i denna börda får dock fortfarande anses vara oklart framförallt på grund av olika ståndpunkter inom doktrin. Informationsplikten om rätten att vara tyst i 12 § FUK är i motsatt till rätten att vara tyst relativt ny. Förutom promemorian<sup>41</sup> som avfattades i samband med implementeringen av informationsdirektivet samt remissvaren därtill kan en närmare utredning av den svenska informationsplikten inte anses genomförd. Möjligheterna att införa ett bevisförbud vid otillåtet anskaffad bevisning har givits en grundlig genomgång i Lundqvists avhandling *Bevisförbud: en undersökning av möjligheterna att avvisa oegentlig åtkommen bevisning i brottmålsrättegång*. Han har dock inte behandlat avvisningsregeln i 35 kap. 7 § RB i detta perspektiv. En närmare utredning på området har mig veterligen inte förekommit.

Vissa av de i uppsatsen behandlade områdena kan således anses ha genomgått relativt omfattande utredningar. I denna uppsats har det svenska regelverket dock knutits till EU-kommissionens direktivförslag. Förhållandet mellan svensk rätt och EU-kommissionens direktivförslag har inte genomgått någon närmare utredning. Justitiedepartementet har i sin faktagromemoria behandlat förhållandet till viss mån men framhåller att det ”inte [är] möjligt att i nuläget göra en mer detaljerad inventering av vilka svenska bestämmelser som påverkas av förslagen, men förslagen skulle kunna medföra förändringar på vissa områden inom processrätten”.<sup>42</sup> Det har även i remissvaren till promemorian framhållits åsikter om förslagets inverkar på svensk rätt men någon grundlig analys kan här inte anses ha ägt rum. Upp-

---

<sup>40</sup> Lundqvist, Ulf: *Bevisförbud: en undersökning av möjligheterna att avvisa oegentlig åtkommen bevisning i brottmålsrättegång*, Iustus, Uppsala 1998, s. 23-25.

<sup>41</sup> Ds 2013:18.

<sup>42</sup> Faktagromemorian 2013/14:FPM35 Ett paket med processuella rättigheter s. 18.



satsen perspektiv att se de svenska reglerna i förhållande till EU-kommissionens förslag får således anses vara ett relativt utforskat område.

## 1.8 Disposition

Uppsatsen deskriptiva avsnitt består som tidigare nämnts av tre delar. Uppdelningen är baserad på uppsatsens tre centrala frågeställningar.

I uppsatsens andra kapitel kommer den första frågeställningen att vara vägledande, det vill säga hur kan den tilltalades tystnad användas som bevis mot denne i form av en förklaringsbörda, och hur förhåller sig gällande rätt till EU-kommissionens förslag? Kapitel inleds med en översiktlig redogörelse av oskuldspresumtionen och den därifrån härledda rätten till tystnad. Därefter följer en kort presentation av åklagarens bevis- och utredningsbörda samt det straffrättsliga beviskravet. Nästa avsnitt i kapitlet utgörs av vad man kan kalla kapitlets huvudavsnitt. Där utreds hur tystnaden kan användas som bevis, först i förhållande till Europadomstolens praxis och sedan tystnadens bevisverkan i svensk rätt. Här behandlas även den svenska förklaringsbördan. Avslutningsvis granskas artikel 7.3 i EU-kommissionens förslag i förhållande till svensk rätt.

Kapitel tre behandlar den svenska informationsplikten angående rätten till tystnad i 12 § FUK. Detta kapitel syftar till att besvara uppsatsens andra frågeställning, det vill säga hur är den svenska informationsplikten i 12 § FUK utformad och hur förhåller den sig till EU-kommissionens förslag? I detta kapitel granskas tidpunkten för informationen, informationsansvarig, samt innehållet i informationen. Kapitlet avslutas med en utredning av förhållandet mellan svensk rätt och artikel 7.2 i EU-kommissionens direktivförslag.

I det fjärde kapitlet behandlas bevisning som erhållits i strid med rätten att vara tyst. Kapitel ska besvara frågorna om hur bevisning som tillkommit i strid med rätten att vara tyst hanteras i svensk rätt, möjligheterna att avvisa bevisningen samt hur den svenska bevisrätten förhåller sig till EU-kommissionens förslag. I det inledande avsnittet ges en beskrivning av den fria bevisprövningen. Därefter följer en redogörelse för hur otillåten anskaffad bevisning hanteras i svensk rätt. Sedan kommer möjligheterna att avvisa bevisning som tillkommit i strid med rätten att vara tyst att granskas och då först i förhållande till den allmänna avvisningsregeln och därefter om det bör införas ett bevisförbud i svensk rätt. Sist i kapitlet utreds artikel 7.4 i EU-kommissionens förslag och hur den förhåller sig till svensk rätt.

Förutom löpande analyser i de tidigare kapitlen avslutas uppsatsen med en övergripande analys i kapitel fem. Utefter vad som framkommit i uppsatsen deskriptiva delar kommer uppsatsens frågeställningar här att försöka besvaras.

## 2 Rätten att tiga

*You can refuse to answer, but you must be aware that your refusal is in itself an answer, for you would not refuse if you had not something to conceal.*<sup>43</sup>

(Sir Arthur Conan Doyle: The Valley of Fear)

### 2.1 Rättslig bakgrund

Misstänkts rätt att vara tyst är som tidigare nämnts en etablerad princip inom svensk straffprocessrätt. Principen anses utgöra en reaktion på tidigare inkvisitorisk processordning och därvid tillämpad legal bevisteori.<sup>44</sup> Domaren ansvarade då likt åklagare för att få fram ”sanningen” och genom kraftiga påtryckningar förmå tilltalade till bekännelse. Starkaste beviset för tilltalades skuld utgjordes av dennes eget erkännande. Frivilliga erkännanden var nämligen enligt 17 kap. 29 § 1734 års rättegångsbalk fullt bevis.<sup>45</sup> Tortyr och liknanden förfoganden förkom för att tvinga fram erkännanden eller medgivanden av omständigheter.<sup>46</sup> I 1948 års RB övergavs inkvisitorisk processordning till förmån för ackusatoriskt förfarande och fri bevisprövning lagfästes.<sup>47</sup> Som konsekvens av denna övergång fick misstänkta rätt att vägra yttra sig. Användning av tvångsmedel i syfte att erhålla erkännanden ansågs därmed inte längre vara tillåtna.<sup>48</sup>

Rätten att tiga är emellertid inte lagreglerad i svensk rätt. Europadomstolen har däremot framhållit att misstänkts rätt att inte behöva yttra sig omfattas av rätten till en rättvis rättegång i artikel 6 Europakonventionen.<sup>49</sup> Sverige ratificerade Europakonventionen 1953 och konventionen gäller som lag i landet.<sup>50</sup> Europadomstolen har prövat rätten till tystnad både enligt artikel 6.1 (allmänna förutsättningar för en rättvis rättegång) och artikel 6.2 (oskuldspresumtionen) Europakonventionen.<sup>51</sup> Domstolen har här inte valt att skapa en konsekvent systematik för rättighetens placering utan enbart

---

<sup>43</sup> Conan Doyle, Arthur, *The Valley of fear*, Butler & Tanner Ltd. London 1951, s. 81-82.

<sup>44</sup> Träskman: *Rätten att förbli tyst*, a.a. s. 596-602.

<sup>45</sup> Inger, Göran: *Svensk rättshistoria*, femte upplagan, Liber, Malmö 2011, s. 65-67 och 193.

<sup>46</sup> Lundqvist, Ulf: *Bevisförbud i rättspraxis*, Bokbyrån, Knivsta 2013, s. 35.

<sup>47</sup> Inger a.a. s. 367.

<sup>48</sup> Gammeltoft- Hansen, Hans: ”«Aktiva» eller «passiva» medvirken i efterforskningen”. I: *Lov og frihet festschrift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen 7.september 1982* (red.: Anders Bratholm m.fl.), Oslo 1982, s. 445.

<sup>49</sup> Se exempelvis, mål Heaney och McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21; mål Quinn mot Irland, dom 2000-12-21; mål Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05.

<sup>50</sup> Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>51</sup> Se exempelvis, mål Heaney och McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21 där prövningen skedde enligt både artikel 6.1 och 6.2; Funke mot Frankrike, dom 1993-02-25 där prövningen skedde enligt artikel 6.1.

konstaterat att den utgör en del av kärnan till en rättvis rättegång.<sup>52</sup> Med avseende på rätten att tiga föreligger det således ett nära samband mellan artikel 6.1 och 6.2 Europakonventionen.<sup>53</sup> Inom den juridiska litteraturen har rätten att tiga ofta behandlas som en del av oskuldspresumtionen.<sup>54</sup> Detta synsätt har även anammats i uppsatsen varför den fortsatta framställningen kommer att fokusera på rätten att tiga utifrån nämnda presumtion.<sup>55</sup>

Det bör dock uppmärksammas att bedömningen om en kränkning har skett av rätten till en rättvis rättegång i princip ska ske med beaktande av processen i dess helhet.<sup>56</sup> Frågan om konventionsrättigheten har upprätthållits kan således besvaras först efter det att rättegången avslutats. Skälen som framhållits för detta förfarande är att det först vid denna tidpunkt går att avgöra om tilltalade har åsamkats skada på grund av överträdelse av artikel 6 Europakonventionen. Har den tilltalade frikänts från anklagelserna kan denne i allmänhet inte betraktas som ett offer för kränkning av konventionen. Den tilltalade har därmed inte rätt att väcka talan vid Europadomstolen för statens agerande.<sup>57</sup> Förhållandet bör således innebära att en kränkning av rätten att tiga kan förekomma men vägas upp av andra förfoganden i processen varpå inget brott mot artikel 6 Europakonventionen kan anses föreligga.

## 2.2 Oskuldspresumtionen

Oskuldspresumtionen har kommit till uttryck i artikel 6.2 Europakonventionen. Av stadgandet följer att "[v]ar och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts". Presumtionen innebär i korthet att den som är misstänkt för brott ska behandlas som oskyldig genom hela brottmålsförfarandet till dess att motsatsen är bevisad i en fällande lagakraftvunnen dom. Oskuldspresumtionen är tillämplig från den tidpunkt då enskildas situation påverkas av misstanken som riktas mot dem. En formell underrättelse av misstanken är således ingen förutsättning för att oskuldspresumtionen ska bli tillämplig. Presumtionen gäller som ovan antyds till dess skulden slutligen fastställts genom en lagakraftvunnen dom.<sup>58</sup>

Oskuldspresumtionens huvudsakliga funktion är att motverka att oskyldiga döms för brott. Presumtionen utgör ett skydd mot dåligt underbyggda domar och felaktigt fällande avgöranden. Den kan därmed anses vara en viktig rättssäkerhetsgaranti för misstänkta.<sup>59</sup> Perspektivet skulle även kunna vidgas och enligt min mening bör presumtionen även ha betydelse för allmänhetens

---

<sup>52</sup> Nowak a.a. s. 195.

<sup>53</sup> Mål Heaney och McGunniess mot Irland, dom 2000-12-21, p. 59.

<sup>54</sup> Nowak a.a. s. 195; Träskman: *Rätten att förbli tyst*, a.a. s. 595-596; Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis - en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2012, s. 309.

<sup>55</sup> Det bör dock påpekas att innebörden av rätten att tiga inte bör påverkas av vilket stadgande rättigheten hänförs till.

<sup>56</sup> Se exempelvis Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05, p. 42.

<sup>57</sup> Danelius a.a. s. 246.

<sup>58</sup> Nowak a.a. s. 19 och 335.

<sup>59</sup> Nowak a.a. s. 19.

syn på rättsväsendet. Att oskyldiga döms för brott påverkar sannolikt förtroende för rättskipningen. I en demokratisk rättsstat kan det närmast anses som en självklarhet att ingen döms oskyldig.<sup>60</sup>

Oskuldspresumtionen ska således skydda enskilda mot de oberättigade ingrepp i individens rättssfär som en oriktigt fällande dom kan anses innebära. Upprätthållandet av detta intresse kan dock påverka det straffrättsliga förfarandets effektivitet.<sup>61</sup> För att straffbudens straffhot inte ska urholkas måste gärningar som utgör brott uppdagas och bestraffas.<sup>62</sup> Samtidigt får eftersträvan av denna vedergällning inte gå så långt att oskyldiga offras i allmänhetens intresse.<sup>63</sup> Avvägning måste således göras mellan rättssäkerhet och effektivitet,<sup>64</sup> det vill säga mellan skydds- och förverkligandeprincipen. Som Ekelöf framhållit får det dock anses utgöra en större olycka att en oskyldig straffas än att en skyldig går fri.<sup>65</sup>

Möjligheten att åberopa oskuldspresumtionen i ett konkret fall är enligt Träskman begränsad. Han är tveksam till om normen verkligen kan tillämpas av domstolen som en regel i ett enskilt avgörande. Anledningen härtill är den relativt vaga utformningen av presumtionens innehåll. Träskman framhåller att oskuldspresumtionen istället får anses utgöra riktlinjer för domstolens beslutfattande.<sup>66</sup> Nowak har även framfört att oskuldspresumtionen utgör handlings- och förfarandenormer som styr det straffrättsliga förfarandet.<sup>67</sup> Träskman menar att oskuldspresumtionen har sin största betydelse vid utformning av processuella och materiella straffrättsliga regler. Presumtionen utgör då riktlinjer för bestämmelsernas utformning. Reglerna ska enligt Träskman utformas så att misstänkta möjlighet till en frikännande dom optimeras.<sup>68</sup> Denna ståndpunkt kan dock anses gå emot det mål som följer av förverkligandeprincipen, att det straffrättsliga ansvaret ska aktualiseras. Oskuldspresumtionen kan emellertid anses utgöra en sådan skyddande norm som begränsar möjligheterna att nå en maximal effekt av förverkligandeprincipen.<sup>69</sup>

Presumtionen om misstänkta oskyldighet hindrar inte att misstanke riktas mot en person eller att nödvändiga åtgärder vidtas för att erhålla bevis till stöd för misstanken. Det följer dock av presumtionen att det straffrättsliga förfarandet inte får utformas eller bedrivas så att den misstänkte åläggs uppgiften att undanröja misstanken för att därigenom undgå straff eller annan

---

<sup>60</sup> Bring, Thomas, och Diesen, Christian: *Förundersökning*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2009, s. 112.

<sup>61</sup> Strandbakken, Asbjørn: *UskylDSPresumsjonen: "In dubio pro reo"*, Fabok forlaget, Bergen 2003, s. 68.

<sup>62</sup> Träskman: *Rätten att förbli tyst*, a.a. s. 594.

<sup>63</sup> Strandbakken a.a. s. 70-72; Träskman: *Rätten att förbli tyst*, a.a. s. 594.

<sup>64</sup> Träskman: *Rätten att förbli tyst*, a.a. s. 594.

<sup>65</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 150.

<sup>66</sup> Träskman, Per Ole: "Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet". I: *Festskrift till Lars Welamson (red.: Olle Höglund m.fl.)*, Stockholm 1987, s. 472.

<sup>67</sup> Nowak a.a. s. 32.

<sup>68</sup> Träskman: *Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet*, a.a. s. 472.

<sup>69</sup> Nowak a.a. s. 62.

påföljd.<sup>70</sup> Eftersom misstänkta enligt presumtionen ska betraktas som oskyldiga fram till dess att motsatsen är bevisad föreligger det ingen skyldighet för misstänkta att bevisa sin oskuld.<sup>71</sup> Oskuldspresumtionen fordrar således att åklagaren bär bevisbördan för alla relevanta omständigheter i målet.<sup>72</sup> För att bevisbördans placering ska få ett meningsfullt innehåll och inte kunna kringgås måste det ställas krav på att bevisningen har nått en viss styrka för att en fällande dom ska kunna meddelas. Placeringen av bevisbördan måste således åtföljas av högt ställda beviskrav för att skyddet för misstänkta inte ska anses innehållslöst. Högt ställda beviskrav ökar även sannolikheten för att det är den egentliga gärningsmannen som ställs till svars för sitt handlande. Som ett led av åklagarens bevisbörda ska alla tveksamheter bedömas till förmån för den tilltalade (in dubio pro reo).<sup>73</sup> Att misstänkta i vissa fall favoriseras vid bevisvärderingen kan anses vara nödvändigt för att minimera risken för felaktigt fällande domar.<sup>74</sup> Förhållandet kan uttryckas med den välkända frasen ”hellre fria än fälla”.

Oskuldspresumtionen kan således ses som navet omgärdat av olika normer som härleds från presumtionen. Normerna ska bidra till förvekligheten av oskuldspresumtionens syfte, att undvika oskyldigt dömda.

## 2.3 Rätten till tystnad

Misstänkta rätt till tystnad kan som tidigare nämnts härledas ur oskuldspresumtionen. Förhållandet bygger på utgångspunkten att oskyldiga personer inte ska behöva yttra sig.<sup>75</sup> Åklagaren svarar för att bevisa den tilltalades skuld och misstänkta ska därmed inte behöva bidra till utredningen genom medgivande av sakförhållanden eller genom tillhandahållande av bevismaterial.<sup>76</sup> Misstänkta har inte en skyldighet att bevisa sin oskuld och behöver således inte aktivt verka för sitt försvar. Den som misstänkts för brott kan därmed välja att förbli passiv under hela brottmålsförfarandet.<sup>77</sup>

Träskman och Nowak har anfört att rätten att tåga består av två komponenter. Den ena komponenten innefattar en rätt för misstänkta att förbli tysta under hela processen, det vill säga från förundersökning till slutlig dom. Den andra komponenten utgörs av ett förbud mot att använda den misstänktes tystnad som bevis för att styrka dennes skuld.<sup>78</sup>

Vad gäller den första komponenten av rätten att tåga har Europadomstolen varit tydlig med att brottsutredande myndigheter inte under några omstän-

---

<sup>70</sup> Träskman: *Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet*, a.a. s. 472.

<sup>71</sup> Träskman: *Rätten att förbli tyst*, a.a. s. 610.

<sup>72</sup> Träskman: *Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet*, a.a. s. 474.

<sup>73</sup> Nowak a.a. s. 32-33. Bevisbördan och beviskravet i brottmål beskrivs mer ingående i avsnitt 2.4-5.

<sup>74</sup> Danelius a.a. s. 246.

<sup>75</sup> Nowak a.a. s. 195.

<sup>76</sup> Danelius a.a. s. 282.

<sup>77</sup> Träskman: *Rätten att förbli tyst*, a.a. s. 610.

<sup>78</sup> Träskman: *Rätten att förbli tyst*, a.a. s. 609; Nowak a.a. s. 420.

digheter får använda tvång för att få den misstänkta att lämna en utsaga. Med tvång åsyftas inte enbart att den misstänkta under tortyrliknande förhållanden tvingas att lämna uppgifter. Att straffsanktionera en vägran att lämna upplysningar kan även utgöra ett sådant tvång som står strid med rätten till tystnad. I fallen *Heaney och McGuinness mot Irland*<sup>79</sup> och *Quinn mot Irland*<sup>80</sup> var de åtalade misstänkta för medverkan i terrorgruppen IRA och för delaktighet i ett attentat respektive överfall. I enlighet med irländsk lag som gällde för allvarligare brott mot staten förelades de åtalade att redogöra för sina förehavanden vid tidpunkten för attentatet respektive överfallet. De åtalade vägrade dock att lämna upplysningar och dömdes i båda fallen till sex månaders fängelse för sin vägran. Europadomstolen framhöll i *Heaney och McGuinness mot Irland* att hot om straffrättslig påföljd för de fall misstänkta inte försåg myndigheterna med efterfrågad information utgjorde en sådan grad av tvång att det stred mot rätten till tystnad. Att misstänkarna gällde allvarligare brott mot allmänhetens säkerhet motiverade inte till avsteg från rättigheten. Rätten att tiga gäller för alla fall från de enklaste till de mest komplicerade. Domstolen framhöll att Irland i fallet *Heaney och McGuinness mot Irland* hade brutit i sina skyldigheter enligt artikel 6.1 och 6.2 Europakonventionen.<sup>81</sup> I fallet *Quinn mot Irland* gjordes en likande bedömning.

Rätten att tiga har inte enbart ansetts skydda mot användningen av direkt tvång för att erhålla en utsaga. Europadomstolen har framhållit att olika knep från myndigheternas sida som företas i syfte att få den misstänkte att mot sin vilja lämna uppgifterna för utredningen kan utgöra ett sådant indirekt tvång som inte är förenligt med artikel 6 Europakonventionen. I målet *Allan mot Storbritannien*<sup>82</sup> hade en informatör placerats i Allans cell för att få information om det mord som Allan var misstänkt för. Allan hade under upprepade förhör vägrat att besvara frågor. Allan medgav dock för informatören att han hade befunnits sig på platsen för mordet. Med grund i detta medgivande dömdes Allan sedan för mordet. Europadomstolen inledde med att framhålla att det är upp till varje konventionsstat att själv reglera vilken bevisning som får tillåtas så länge det inte påverkar rättvisan i förfarandet i dess helhet. I denna bedömning ska det även beaktas hur bevisningen anskaffats. Enligt domstolen förutsätter rätten att tiga att åklagarens bevisning inte är inhämtad genom tvång eller genom att den misstänkte otillbörligt pressats till medgivande mot sin vilja. I fallet hade Allan inte tvingats till att tala vid polisförhör men Europadomstolen framhöll att kränkning av rätten att vara tyst inte är begränsat till direkt tvång. Rätten att tiga riskerar även att urholkas om den misstänkte klart redogjort för sin åsikt att vara tyst men myndigheterna använder olika knep för att få den misstänkte att uttala sig. Att information som inhämtats på detta sätt sedan används som bevis ökar risken för att underminera rätten till tystnad. Domstolen anförde att eftersom informatören instruerats att få ut så mycket information som möjligt från Allan får det anses likna ett polisförhör utan de rättssäkerhetsgarantier som

---

<sup>79</sup> Heaney och McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21.

<sup>80</sup> Quinn mot Irland, dom 2000-12-21.

<sup>81</sup> Heaney och McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21, p. 57-59.

<sup>82</sup> Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05.

följer av ett regelrätt förhör. Även fast att Allan inte utsattes för direkt tvång att lämna uppgifter ansågs hans situation som arresterad för mord öka hans mottaglighet för informatörens frågor. Europadomstolen fann således att informationen i målet hade införskaffats mot Allans vilja och detta utgjorde en kränkning av artikel 6 Europakonventionen.<sup>83</sup>

I fallet tycks Europadomstolen dra en gräns för vad som med hänsyn till rätten till tystnad kan anses utgöra godtagbara förhörsmetoder. Nowak har framhållit att avgörandet dock inte bör ges en för vid tolkning med följden att varje knep från myndigheters sida kan anses strid mot oskuldspresumtionen. Han menar att det troligtvis inte kan vara tillräckligt att myndigheter använder sin list för att förfarandet ska anses strida mot rätten till tystnad utan den misstänkte måste även vara försatt i en pressad situation, exempelvis vara frihetsberövad.<sup>84</sup>

Av fallen får det således anses gå att utläsa att den första komponenten i rätten till tystnad innehåller ett skydd för misstänkta mot otillbörligt tvång från myndigheters sida. Rättigheten medverkar därmed till att rättsövergrepp undviks och att rätten till en rättvis rättegång säkerställs.<sup>85</sup> Förverkligandepincipen har således här fått stå tillbaka till förmån för skyddsprincipen. Det går dock inte att fastställa var gränsen går för att ett förfogande ska anses utgöra ett sådant indirekt tvång som är oförenligt med artikel 6 Europakonventionen. Skulle exempelvis användningen av en informatör i målet *Allan mot Storbritannien*<sup>86</sup> varit förenligt med rätten till tystnad om Allan inte varit arresterad? Enligt Nowaks uttalande får svaret på denna fråga bero på i vilken situation som den misstänkte befinner sig i. Enligt min mening torde vetskapen om att man är misstänkt för mord i flertalet fall kunna anses utgöra en pressande situation. Av Nowaks uttalande torde det dock gå att utläsa att det måste vara en viss nivå eller form av press i situationen eftersom han framför som exempel att den misstänkte är frihetsberövad. Det får dock anses vara oklart var gränsen går för myndigheters möjlighet att använda knep för att erhålla information från den misstänkte.

Nowak har framhållit att rätten att tåga bidrar till materiellt riktiga avgörande eftersom rättigheten förhindrar att oriktiga erkännanden och falska utsagor pressas fram från misstänkta.<sup>87</sup> Träskman ser dock rätten att tåga även från ett annat perspektiv. Han har anfört att rätten till tystnad kan leda till svårighet att få fram de bevis och information som krävs för att nå en i sak riktig dom.<sup>88</sup> Enligt min mening framstår inget av argumenten som ogrundade och rätten att tåga får således anses både kunna hjälpa och stjälpa ett materiellt riktigt avgörande.

---

<sup>83</sup> Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05, p. 42, 44, 50-53.

<sup>84</sup> Nowak a.a. s. 232-233.

<sup>85</sup> Nowak a.a. s. 233.

<sup>86</sup> Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05.

<sup>87</sup> Nowak a.a. s. 234.

<sup>88</sup> Träskman: *Rätten att förbli tyst*, a.a. s. 609.

Vad gäller Träskmans och Nowaks andra komponent i rätten att vara tyst, det vill säga att tystnaden inte får användas för att styrka den tilltalades skuld, kommer denna att närmre behandlas i avsnitt 2.6. Först kommer åklagarens bevis- och utredningsbörda samt det straffrättsliga beviskravet att studeras för att ge en grund till det senare avsnittet.

## 2.4 Åklagarens bevis- och utredningsbörda

Den som innehar bevisbördan för ett rättsfaktum existens eller icke-existens bär risken för att domstolen inte övertygas om förevarande rättsfaktum. Domstolen kan inte lägga ett åberopat rättsfaktum till grund för ett avgörande om den beviskyldige inte lyckats förebringa tillräckligt bevis angående faktumet. Nackdelen för bristande bevisning tillkommer således den som bär bevisbördan.<sup>89</sup>

I brottmål har åklagaren hela bevisbördan. Bevisbördans placering framgår inte uttryckligen av någon regel i RB. Åklagarens bevisbörda har däremot som tidigare nämnts ansetts följa av oskuldspresumtionen. Anledningen till att bevisbördan har placerats hos åklagaren är att för att fullfölja oskuldspresumtionens mål, att minimera risken för felaktigt fällande avgöranden. Lyckas åklagaren inte uppfylla sin börda kan domstolen nämligen inte meddelade en fällande dom.<sup>90</sup> Åklagarens bevisbörda innebär att enskilda inte behöver säkra bevis för att deras dagliga förehavanden är i överensstämmelse med lagen.<sup>91</sup>

Åklagaren har bevisbördan både för de objektiva och subjektiva momenten, det vill säga denne ska visa både brottsbeskrivningsenlighet och personligt ansvar.<sup>92</sup> Utöver detta har åklagaren även bevisbördan för frånvaron av ansvarsfrihetsgrunder.<sup>93</sup> Åklagaren ska således visa att vissa förutsättningar exempelvis nödvärn eller samtycke inte föreligger för att erhålla en fällande dom. Denna form av börda brukar benämnas negativ bevisbörda. Att åklagaren har denna negativa bevisbörda innebär dock inte att denne i varje fall behöver bevisa frånvaron av ansvarsfrihetsgrunder. Frågan blir enbart aktuell i de fall det har framkommit omständigheter i processen som tyder på att en ansvarsfrihetsgrund kan föreligga. Detta innebär dock inte att den tilltalade har en åberopsbörda för förekomsten av en friande grund. Den tilltalade bör dock beakta att denne löper en risk att ansvarsfrihetsgrunderna inte prövas om deras existens rent faktiskt inte uttalas.<sup>94</sup> Frände har framhållit att en prövning av ansvarsfrihetsgrunderna sällan aktualiseras om den tilltalade

---

<sup>89</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 78-79.

<sup>90</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 150.

<sup>91</sup> Strandbakken a.a. s. 71.

<sup>92</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 158.

<sup>93</sup> Frände a.a. s. 338; Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 95. Diesen talar om ett sänkt beviskrav vid ansvarsfrihetsgrunder, vilket Frände inte håller med om, se Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 96; Frände a.a. s. 338 not 10.

<sup>94</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 95.



inte lyfter fram dem.<sup>95</sup> Det torde dock inte vara tillräckligt att invändning görs att en ansvarsfrihetsgrund är för handen utan invändningen måste enligt Diesen ha någon form av substans.<sup>96</sup> Heuman har påpekat att invändningen måste vara till viss mån preciserad och konkretiserad för att åklagaren ska ha en rimlig möjlighet att kontrollera den.<sup>97</sup> Han menar att åklagarens bevis-skyldighet inte omfattar allt för vaga invändningar som inte kan kontrolleras på ett rimligt sätt.<sup>98</sup> Diesen har emellertid framhållit att prövningen av ansvarsfrihetsgrunderna och därmed utvidgandet av åklagarens bevisbörda alltid i grund och botten beror på omständigheterna i målet.<sup>99</sup>

Förutom bevisbördan har åklagaren även en utredningsbörda. Det åligger emellertid rätten enligt 46 kap. 4 § 2 st. RB att tillse att målet är tillräckligt utrett. Diesen menar att domstolen svarar för att utredningen har nått en viss miniminivå. Avgörs målet utan att denna tröskel har passerats föreligger rättegångsfel. Tröskeln är enligt Diesen relativt låg och det primära och slutliga utredningsansvaret ligger på åklagaren. Uppfyller utredningen minimistandarden övergår ansvaret till åklagaren att tillse att utredningen är tillräcklig för bevisvärdering. Åklagaren står således risken för att domstolen inte med säkerhet kan uttala sig kring en omständighet på grund av bristande processmaterial. Medan bevisbördan tar sikte på kvalitén av utredningen tar utredningsbördan istället sikte på kvantiteten. Domstolen kan således ogilla åtalet på grund av bristande processmaterial, innan frågan om bevisbördan har uppfyllts aktualiserats. Att åklagaren har hela utredningsbördan motiverats med att den tilltalade ska kunna förhålla sig passiv genom hela förfarandet.<sup>100</sup>

Enligt 23 kap. 4 § 1 st. RB ska förundersökningen bedrivas objektivt. Utredningen ska sålunda omfatta omständigheter och bevis oavsett ifall det är till den misstänktes nackdel eller fördel.<sup>101</sup> Objektivitetsplikten har även ansetts gälla för åklagaren under huvudförhandlingen utan att det uttryckligen följer av paragrafen.<sup>102</sup> Åklagaren ska därmed i processen även beakta och lyfta fram fakta och bevis som är till förmån för den tilltalade.<sup>103</sup> Åklagarens uppgift under brottmålsrättegången har således inte ansetts vara att uppnå en fällande dom utan ett objektivt riktigt avgörande.<sup>104</sup>

---

<sup>95</sup> Frände a.a. s. 338.

<sup>96</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 95.

<sup>97</sup> Heuman, Lars: "Kringgås principen om åklagarens bevisbörda?". I: *Festskrift till Lars Welamson (red.: Olle Höglund m.fl.)*, Stockholm 1987, s. 270-274.

<sup>98</sup> Heuman, L.: *Kringgås principen om åklagarens bevisbörda?*, a.a. s. 270-271.

<sup>99</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 95.

<sup>100</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. s. 64-65 och 102-103.

<sup>101</sup> SOU 2011:45 s. 99.

<sup>102</sup> SOU 2011:45 s. 105.

<sup>103</sup> Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik: *Rättegång första häftet*, åttonde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2002, s. 73.

<sup>104</sup> SOU 2011:45 s. 105.

## 2.5 Beviskravet

Om bevisbördan tar sikte på vilken part som bär nackdelen av bristande bevisning utgör beviskravet den lägsta godtagbara styrka som bevisningen måste ha för att uppfylla bevisbördan. Beviskravet anger således den kvalitét som bevisningen måste uppnå för att ett rättsfaktum, som är till förmån för den part som innehar bevisbördan, ska kunna läggas till grund för dom.<sup>105</sup>

I brottmål har beviskravet satts högt för att undvika felaktigt fällande domar. Det kan således vara svårt för åklagaren att uppfylla sin bevisskyldighet fast att starka bevis talar för att den tilltalade har begått den brottsliga gärningen. Ett högt beviskrav leder enligt Ekelöf till att många gärningsmän inte kan dömas till straff. Han framhåller dock att det är ett pris som får betalas för att enskildas rättssäkerhet ska kunna garanteras.<sup>106</sup> Principen om förvekligande av det straffrättsliga ansvaret kan således inte upprätthållas fullt ut utan undvikandet av felaktigt fällande avgöranden har i detta avseende fått anses vägra tyngre.

Det beviskrav som gäller enligt RB är det som följer av 35 kap. 1 § RB där det föreskrivs att "[r]ätten skall efter samvetsgrann prövning av, allt som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat".<sup>107</sup> Det framgår dock inte uttryckligen av RB vad som innefattas i detta krav. Uppgiften att närmare definiera beviskravets innehåll har istället överlämnats till rättskipningen. I brottmålsprocessen brukar beviskravet uttryckas med lokutionen *ställt bortom/utom rimligt tvivel*. Inom svensk rätt kan denna beskrivning av beviskravet härledas från rättsfall i början av 1980-talet.<sup>108</sup> Lokutionen är dock äldre än så och har ansetts myntad i amerikansk rätt under 1770-talet.<sup>109</sup> Europadomstolen har även i sina avgöranden använt sig av nämnda definition av beviskravet.<sup>110</sup> Det torde således inte råda något tvivel om hur beviskravet ska formuleras men vad innebär egentligen *ställt bortom rimligt tvivel*?

I juridisk litteratur har beviskravet försökt översättas till en bestämd procentsats. För en fällande dom skulle det exempelvis vara 98 % sannolikt att den tilltalade begått brottet. De återstående 2 % i denna skala är osäkra, det vill säga det visar inte på att den tilltalade begått brottet eller att denne är oskyldig. Att numeriskt bestämma beviskravet har dock på många håll ifrågasatts. Lambertz har framhållit att en procentsats kan fungera bra för att

---

<sup>105</sup> Diesen Christian: *Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål*, Juristförlaget, Stockholm 1993, s. 501-502.

<sup>106</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 150. Se även Heuman, L.: *Kringgås principen om åklagarens bevisbörda?*, a.a. s. 252.

<sup>107</sup> Se även Lambertz, Göran: "Kvalitetssäkring av bevisprövningen i brottmål". I: *Svensk Juristtidning* 2009, s. 2.

<sup>108</sup> NJA 1980 s. 725 och Diesen, Christian: "Bortom allt tvivel?". I: *Festskrift till Per Ole Träskman (red.: Ulrika Andersson m.fl.)*, Stockholm 2011, s. 148.

<sup>109</sup> Diesen: *Bortom allt tvivel?*, a.a. s. 148 not. 4.

<sup>110</sup> Se exempelvis John Murray mot Storbritannien, dom 1996-02-08, p. 43 och 51; Diesen: *Bortom allt tvivel?*, a.a. s. 148.

förklara för allmänheten vad beviskravet innebär på ett ungefär. Han menar dock att det är till föga hjälp för bevisprövningen. Användningen av en sannolikhetskalkyl möter ofta praktiska tillämpningssvårigheter och torde främst ha funktionen som ett hjälpmedel för domstolen.<sup>111</sup>

Lydelsen bortom rimligt tvivel tyder på att en fällande dom förutsätter att rimligt tvivel kan uteslutas. Eventuellt tvivel skapas enligt Diesen av att det finns någon alternativ förklaring till det av åklagaren påstådda händelseförloppet.<sup>112</sup> Det är dock inte varje form av tvivel som är beaktansvärt utan tvivlet måste anses vara att godta som rimligt. Diesen har förklarat det som att tvivlet måste kunna baseras på rationella grunder.<sup>113</sup> En fällande dom kan meddelas först när alla rimliga förklaringar för den tilltalades oskuld har eliminerats.<sup>114</sup> Denna eliminering ska ske genom en prövning av alternativa hypotetiska händelseförlopp.<sup>115</sup> För att domstolen ska kunna avgöra att det är ställt utom rimligt tvivel att händelseförloppet är så som åklagaren påstår måste andra möjliga förklaringar prövas. Domstolen torde här vara tvungen att pröva alla hypotetiska händelseförlopp som kan anses vara rimliga. Det åligger inte den tilltalade att presentera andra möjliga förklaringar utan rätten har en skyldighet att själv granska vilka tänkbara alternativ som kan vara för handen.<sup>116</sup> Processlagsberedningen har framfört att det ankommer på rätten att beakta omständigheter som är till förmån för den tilltalade oavsett vad den tilltalade har anfört.<sup>117</sup> Domstolen ska således med hjälp av omständigheterna i målet försöka uppställa andra tänkbara förklaringar än vad som följer av åklagarens gärningsbeskrivning. Om en sådan alternativ förklaring kan konkretiseras kan domstolen även bedöma om den är rimlig. Kan domstolen inte falsifiera denna alternativa förklaring ska den tilltalade frias, det kan således inte anses vara bevisat att den tilltalade har begått det av åklagaren påstådda brottet.<sup>118</sup> I praktiken innebär förhållandet att åklagaren måste försöka bedöma vilka andra rimliga förklaringar som kan finnas och försöka framlägga information för att de ska kunna uteslutas.<sup>119</sup>

För att en prövning av alternativa hypoteser ska vara möjligt krävs det att tillräcklig utredning föreligger. Åklagarens utredningsbörda omfattar även dessa alternativa händelseförlopp. Det innebär att ifall utredningsmaterialet är så ofullständigt att domstolen inte kan pröva en möjlig friande förklaring ska åtalet ogillas. Åklagaren bär således risken för att ett möjligt händelseförlopp inte är prövbart.<sup>120</sup> Sammanfattningsvis kan åtalet alltså ogillas dels på grund av att rimliga friande förklaringar inte kan elimineras, dels på grund av att utredningen är så otillräcklig att förklaringarna inte kan prövas.

---

<sup>111</sup> Lambertz, a.a. s. 4.

<sup>112</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 82.

<sup>113</sup> Diesen: *Bortom allt tvivel?*, a.a. s. 151.

<sup>114</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 83.

<sup>115</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 120. Se även Lambertz a.a. s. 6-8; Lindell: *Vem förde bilen*, a.a. s. 484.

<sup>116</sup> Lambertz a.a. s. 6-8.

<sup>117</sup> SOU 1938:44 s. 479.

<sup>118</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 120.

<sup>119</sup> Lambertz a.a. s. 8.

<sup>120</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 103-105.

## 2.6 Tystnaden som bevis

I detta avsnitt ska Träskmans och Nowaks andra komponent i rätten att tåga granskas, det vill säga att tystnaden inte får användas som bevis för att styrka den tilltalades skuld.<sup>121</sup> Avsnittet syftar således på att studera om och i så fall hur den tilltalades tystnad kan utgöra ett bevis för att åklagarens påstående angående ett visst sakförhållande är riktigt. Först kommer en översiktlig redogörelse ges över Europadomstolens ställning i frågan för att erhålla en ram angående vilken bevisverkan av tystnaden som domstolen har ansett vara tillåten. Därefter kommer tystnadens bevisverkan inom svensk rätt att studeras och särskilt med fokus på användningen av en förklaringsbörda.

### 2.6.1 Europadomstolen om tystnaden som bevis<sup>122</sup>

Skyddet för misstänkta rätt att tåga är långtgående. Det innebär dock inte att rätten till tystnad är helt oinskränkt. Europadomstolen har i flertalet avgöranden visat på att denna rättighet inte är absolut.<sup>123</sup> Utövandet av rätten att tåga kan under vissa omständigheter få för den tilltalade negativ verkan i bevishänseende. Nationella domstolar har dock inte full frihet att lägga den tilltalades tystnad till grund för ett avgörande. Europadomstolen har genom att uppställa vissa krav för att tystnaden ska kunna användas som bevis begränsat möjligheterna för nationella domstolar att beakta den tilltalades tystnad som ett bevis för dennes skuld.<sup>124</sup>

Europadomstolen har framhållit att en fällande dom inte uteslutande eller huvudsakligen får grundas på den tilltalades tystnad. Tystnaden kan visserligen beaktas som en relevant omständighet vid bevisvärderingen men för att en fällande dom ska kunna meddelas måste även andra bevis för den tilltalades skuld presenteras.<sup>125</sup> Det är emellertid inte tillräckligt att åklagaren lägger fram annan bevisning mot den tilltalade utan bevisning måste även ha en viss styrka. Europadomstolen har målet *John Murray mot Storbritannien*<sup>126</sup> framhållit att en förutsättning för att tystnaden ska kunna erhålla bevisverkan är att åklagaren har presenterat ett sådant övertygande åtal att det är påkallat att den tilltalade lämnar en förklaring.<sup>127</sup> Möjligheterna att använda tystnaden som bevis är således beroende av den övriga bevisningen i målet. Är åklagarens bevisning enbart av ringa värde kan den tilltalades underlåtenhet att förklara sig inte läggas denne till last. Detta ställningstagande grundas på att det är åklagaren som bär bevisbördan och skulle den

---

<sup>121</sup> Se avsnitt 2.3.

<sup>122</sup> I bilaga A återfinns referat av de rättsfall som denna sammanställning grundas på.

<sup>123</sup> Se exempelvis, *John Murray mot Storbritannien*, dom 1996-02-08, p. 47; *Averill mot Storbritannien*, dom 2000-06-06, p. 44.

<sup>124</sup> Nowak a.a. s. 234.

<sup>125</sup> *John Murray mot Storbritannien*, dom 1996-02-08, p. 47; *Krumholz mot Österrike*, dom 2010-03-18, p. 32 och 40; *Averill mot Storbritannien*, dom 2000-06-06, p. 45.

<sup>126</sup> *John Murray mot Storbritannien*, dom 1996-02-08.

<sup>127</sup> *John Murray mot Storbritannien*, dom 1996-02-08, p. 51.

tilltalade vara tvungen att lämna en förklaring utan att åklagarens bevisning nått en viss styrka förflyttas bevisbördan i realiteten från åklagaren till försvaret. Europadomstolen framhöll i målet *John Murray mot Storbritannien*<sup>128</sup> att frågan som måste ställas i varje enskilt fall är om åklagarens bevisning är tillräckligt stark för att kunna kräva ett bemötande.<sup>129</sup>

Ifall omständigheterna i målet ålägger den tilltalade att bemöta åklagarens påstående bör det även beaktas om det finns en rimlig anledning till att den tilltalade inte har kunna lämna en förklaring. Tystnaden bör således endast ha bevisverkan om en förklaring är påkallad som den tilltalade borde kunna tillhandahålla.<sup>130</sup> Även övriga omständigheter i målet kan påverka möjligheterna till att använda tystnaden som bevis. I fallet *Averill mot Storbritannien*<sup>131</sup> hade den tilltalade vägra att yttra sig under förhör där dennes ombud inte var närvarande. Europadomstolen framhöll i målet att det därmed var tvunget att iakttä extra stor försiktighet när tystnaden vägdes in i bevisvärderingen.<sup>132</sup>

Om föregående förutsättningar är uppfyllda kan det således finnas möjlighet att använda den tilltalades tystnad som bevis för dennes skuld. Europadomstolen har dock anfört att det även råder begränsningar för vilka slutsatser som kan dras av tystnaden. Den slutsats som dras från tystnaden måste vara den enda rimligt slutsats som kan dras med sunt förnuft. Kan även andra slutsatser dras av tystnaden kan den tilltalades utövande av rätten till tystnade inte användas till stöd för att åklagarens påstående är riktigt.<sup>133</sup> Att slutsatsen måste vara av det slaget att den kan dras med sunt förnuft (common sense) torde hindra att allt för långtgående och orimliga slutsatser dras av den tilltalades tystnad. Europadomstolen har dock inte preciserat innebörden av begreppet sunt förnuft utan tycks istället ha förlitat sig på de nationella domstolarnas omdöme i frågan.

Består domstolen av lekmanndomare är det av stor vikt att de är väl informerade om hur den tilltalades tystnad kan användas som bevis. I målet *Condron mot Storbritannien*<sup>134</sup> kritiserade Europadomstolen att den nationella domstolen inte tydligt hade klargjort för juryn under vilka förutsättningar som tystnaden kan beaktas som stöd för åtalet. Europadomstolen framhöll att domarens underlåtenhet att begränsa juryns bestämmanderätt inte var förenligt med rätten till tystnad.<sup>135</sup> Tillämpningen av nämndemannasystemet i svensk straffprocess borde därmed kräva att nämndemännen utförligt informeras om hur den tilltalades tystnad kan tolkas till dennes nackdel. I annat fall kan det vara möjligt att tystnaden används på ett sätt som inte vore förenligt med artikel 6 Europakonventionen. Frågan som uppkommer är

---

<sup>128</sup> John Murray mot Storbritannien, dom 1996-02-08.

<sup>129</sup> John Murray mot Storbritannien, dom 1996-02-08 p. 51 och 54.

<sup>130</sup> Condron mot Storbritannien, dom 2000-02-05, p. 61.

<sup>131</sup> Averill mot Storbritannien, dom 2000-06-06.

<sup>132</sup> Averill mot Storbritannien, dom 2000-06-06 p. 49.

<sup>133</sup> John Murray mot Storbritannien, dom 1996-02-08, p. 51; Krumpholz mot Österrike, dom 2010-03-18, p. 33 och 40.

<sup>134</sup> Condron mot Storbritannien, dom 2000-02-05.

<sup>135</sup> Condron mot Storbritannien, dom 2000-02-05, p. 62.

dock ifall det är domarens uppgift att under överläggningen informera nämndemännen hur om de kan beakta tystnaden som stöd för åklagarens påstående eller om det ska förutsättas att nämndemännen redan är medvetna om detta? Med ledning av Europadomstolens avgörande borde viss skyldighet åligga den juridisk utbildade domaren att säkerställa att nämndemännen är väl medvetna om hur de kan använda den tilltalades tystnad som bevis för dennes skuld.

Europadomstolen har således under vissa bestämda förutsättningar tillåtit att den tilltalades tystnad kan erhålla bevisverkan. Nowak har framhållit att en av anledningarna härtill troligtvis är att Europadomstolen har velat förhindra att tilltalade missbrukar sin rätt till tystnad. Han menar att det förekommer situationer där misstänkta har för avsikt att försvåra eller förhala rättegången genom att först under huvudförhandlingen kommer med en förklaring till sitt handlande.<sup>136</sup> Den tilltalades rätt till tystnad har således fått stå tillbaka för intresset av att undvika onödigt utdragna och komplicerade processer.

## 2.6.2 Tystnadens bevisverkan enligt RB

I 35 kap. 4 § RB stagas att om en part underlåter att besvara en för utredningen framställd fråga prövar rätten med hänsyn till allt som förekommit vilken bevisverkan som bör tillkomma partens förhållande. Paragrafen utgör en bevisvärderingsregel och beskriver den verkan som parts passivitet kan få i bevishänseende.<sup>137</sup> Enligt Diesen tillåter stadgandet enbart bevisverkan av passivitet som kan hänföras till rättegången, det vill säga passivitet efter det att åtal har väckts. Passivitet under förundersökningen kan således enligt nämnda stadgande inte beaktas såtillvida den inte kan anses ha direkt och omedelbar koppling till en passivitet under rättegången.<sup>138</sup> Denna ståndpunkt stämmer väl överens med omedelbarhetsprincipen i 30 kap. 2 § 1 st. RB. Vilken stadgar att en brottmålsdom i princip enbart får grundas på vad som förekommit under huvudförhandlingen och inte på vad som framförts under förundersökningen. Förfarandet ska bidra till en säkrare bevisvärdering eftersom domstolen kan granska hur den tilltalade uppträder i rätten samt ställa eventuella följdfrågor. Den enskildas rättssäkerhet har även ansetts bättre kunna garanteras vid ett domstolsförhör än vid polisförhör. Domstolsförhör är offentliga och försvarare finns närvarande som ska medverka för en fullständig utredning. Kontrollmöjligheterna för att allt har gått rätt till är således större vid huvudförhandling än vid förundersökning.<sup>139</sup>

Vid utformningen av nya RB rådde det tveksamhet ifall 35 kap. 4 § RB även skulle gälla för brottmål. Det framhölls vara tvivelaktigt att den tilltalades

---

<sup>136</sup> Nowak a.a. s. 235.

<sup>137</sup> Fitger, Peter m.fl.: *Rättegångsbalken*, supplement 69, mars 2011, Norstedts Juridik, Stockholm 2011, s. 35:58 a.

<sup>138</sup> Diesen, Christian: "Bevisprövning i skattebrottmål ur rättssäkerhetssynpunkt". I: *Bevis 3- Prövning av skattemål (red.: Christian Diesen m.fl.)*, Norstedts Juridik, Stockholm 1999, s. 184-185.

<sup>139</sup> Heuman, Lars: "Kan en fällande brottmålsdom grundas på polisprotokoll?". I: *Advokaten* 1983, s. 219-220.

underlåtenhet att medverka till utredningen skulle ligga denne till last när hela bevisbördan var förlagd på åklagaren. Processlagsberedningen ansåg dock att det inte kan bortses ifrån hur den tilltalade förhåller sig under rättegången och att passivitet därmed bör kunna få betydelse i bevishänseende.<sup>140</sup> Beredningen framhöll att regeln dock bör ges en annan tillämpning inom brottmålsprocessen och att ”rätten endast med stor varsamhet [kan] tolka den tilltalade tredska som bevis mot honom”.<sup>141</sup> Vad detta uttalande egentligen innebär är inte klart. Westberg har tolkat det som att rätten måste ha godtagbara skäl för att kunna tillmäta den tilltalades tystnad bevisverkan. Han menar att Processlagsberedningen tycks förespråka att rätten inte generellt ska utnyttja tystnaden som bevis utan att möjligheten ska användas med försiktighet.<sup>142</sup>

35 kap. 4 § RB innehåller inga förutsättningar för när eller hur tystanden kan användas som bevis. Nowak har tolkat regeln som att den tillåter att tystnaden tillmäts bevisverkan i princip utan begränsningar.<sup>143</sup> En sådan tolkning ligger i linje med den fria bevisprövningens princip. Enligt principen kan alla förhållande som kommit till rättsens kännedom under huvudförhandling (även den tilltalades yttrandevägran) få betydelse inom ramen för bevisvärderingen.<sup>144</sup> Att inte tillåta att tystnaden används som bevis utgör således en inskränkning i nämnda princip. RB är därmed tillsynes mer generös än Europadomstolen vad det gäller möjligheten att använda den tilltalades tystnad som bevis. 35 kap. 4 § RB utgör exempelvis inte hinder för att en fällande dom uteslutande eller huvudsakligen grundas på den tilltalades tystnad. Ett sådant förfarande skulle dock med stor sannolikhet strida mot rätten till en rättvis rättegång i artikel 6 Europakonventionen.<sup>145</sup> Nowak har framhållit att det inte kan uteslutas att svenska domstolar någon gång har använt tystnaden som det huvudsakliga beviset. Han menar dock att kontrollmöjligheterna här är begränsade eftersom domstolen kan välja att benämna ett annat bevis som huvudbevis och att tystnaden enbart tillämpats som ett tilläggsbevis. Att Europadomstolen inte klart definierat vad som utgör det huvudsakliga beviset underlättar inte heller denna problematik.<sup>146</sup> Åklagarmyndigheten har dock i en intern promemoria framfört att det inte är troligt att ett åtal enbart skulle väckas med stöd av den tilltalades tystnad utan att annan stark bevisning är för handen.<sup>147</sup>

Genom att tystnaden har tillerkänts bevisverkan har en grundtanke accepterats, att en oskyldig person vanligtvis inte har något emot att besvara frågor för att rentvå sig. Det är istället bara de skyldiga som har något att vinna på att gömma sig bakom tystnaden.<sup>148</sup> Bolding har dock en mera restriktiv syn

---

<sup>140</sup> SOU 1938:44 s. 381.

<sup>141</sup> SOU 1938:44 s. 382.

<sup>142</sup> Westberg: *Förklaringsbörda*, a.a. s. 885-886.

<sup>143</sup> Nowak a.a. s. 422.

<sup>144</sup> Blomkvist, Curt: *Försvaren*, Esselte Studium Akademiförlaget, Göteborg 1987, s. 25.

<sup>145</sup> Se avsnitt 2.6.1.

<sup>146</sup> Nowak a.a. s. 423.

<sup>147</sup> Åklagarmyndigheten, *Artikel 6 i Europakonventionen-Rätten till en rättvis rättegång ur ett praktiskt åklagarperspektiv*, RättsPM 2012:5, Utvecklingscentrum Malmö 2012, s. 16.

<sup>148</sup> Nowak a.a. s. 415.

på att använda den tilltalades tystnad som bevis för dennes skuld. Han menar att om någon väljer att förhålla sig tyst behöver det inte tyda på att åklagarens påstående är riktigt. Det kan finnas många andra anledningar till en yttrandevägran, exempelvis att inte vilja avslöja en omständighet som kan vara vanärande.<sup>149</sup> Ekelöf har framhållit att en genomgående vägran att svara på frågor inte bör tillmätas någon bevisverkan för att den tilltalade har handlat på det sätt som följer av gärningsbeskrivningen. Han menar dock att bedömningen kan bli annorlunda ifall den tilltalade enbart vägrar att besvara en viss fråga.<sup>150</sup>

Enligt en strikt tillämpning av oskuldspresumtionen borde tystnaden inte kunna få någon bevisverkan överhuvudtaget. Tilltalade ska kunna förhålla sig passiva under hela processen och en bevisverkan av deras passivitet torde kunna undergräva denna möjlighet.<sup>151</sup> Lundqvist menar att 35 kap. 4 § RB skapar ett tryck på den tilltalade att yttra sig under förfarandet.<sup>152</sup> Nowak har framhållit att det är orimligt att ett så svagt bevis som den tilltalades tystnad ska kunna rättfärdiga en fällande dom för att domen inte har kunnat grundas på de bevis som framkommit genom förundersökningen.<sup>153</sup>

Möjligheten att beakta den tilltalades tystnad som bevis kan anses ge uttryck för förverkligandepincipens starka ställning i straffprocessen. Skyddet för den tilltalades rätt att förbli tyst inskränks för att förverkliga målet om att det straffrättsliga ansvaret ska aktualiseras. Intresset för att beivra och bestraffa brottsliga gärningar får således anses väga tyngre än att den tilltalades rätt till tystnad upprätthålls fullt ut.

## 2.6.3 Förklaringsbördan

### 2.6.3.1 Innebörden av begreppet förklaringsbörda

I den juridiska litteraturen har det laborerats med en så kallad förklaringsbörda för den tilltalade. Grunden för denna diskussion utgörs av olika uttalande i domskäl där rätten tycks ålägga den tilltalade att lämna en rimlig förklaring över någon omständighet i målet i äventyr om att annars mötas av en fällande dom. Ett exempel härvid är NJA 2013 s. 931 där Högsta domstolen i ett beslut gällande resning till nackdel för den tilltalade framhöll:

”Huruvida [den tilltalade] skulle ha dömts enligt åtalet om den nya bevisningen hade funnits tillgänglig vid hovrättens prövning måste därför antas i hög grad bero på om han hade kunnat lämna

---

<sup>149</sup> Bolding, Per Olof: *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, Appelbergs boktryck, Uppsala 1951, s. 122-124.

<sup>150</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 35. Se även RH 2008:54 där hovrätten anförde att den tilltalades genomgående vägran att besvara frågor inte borde tillmätas någon bevisverkan.

<sup>151</sup> Nowak a.a. s. 411 och 423.

<sup>152</sup> Lundqvist, Ulf: ”Frivillig samverkan i straffprocessen- Om parsrättigheter, säker information och plea agreements”, I: *Svensk Juristtidning* 2009, s. 359.

<sup>153</sup> Nowak a.a. s. 423.



en rimlig förklaring till de åtgärder som han vidtog. Någon sådan förklaring har han hittills inte lämnat”.<sup>154</sup>

Av domstolens uttalande verkar det framgå att för att den tilltalade ska ha en möjlighet att gå vinnande ur processen måste denne tillhandhålla en rimlig förklaring över sina förehavanden. Med andra ord tycks domstolen ålägga den tilltalade en förklaringsbörda över sitt agerande.

Användandet av begreppet förklaringsbörda kan dock ge en missvisande bild av begreppets innehåll. Att en förklaringsbörda åläggs den tilltalade innebär inte att denne har en skyldighet att lämna en förklaring.<sup>155</sup> Med begreppet åsyftas istället att om den tilltalade underlåter att förklara en för denne graverande omständighet kan denna underlåtenhet komma att ligga den tilltalade till last i bevishänseende.<sup>156</sup> Domstolen kan således inte med användning av förklaringsbördan tvinga fram en förklaring utan den tilltalade har fortfarande kvar sin rätt att vara tyst. Förklaringsbördan torde därmed inte angripa den första komponenten i rätten till tystnad utan kan istället härledas till den andra, det vill säga att tystnaden inte får användas för att styrka den tilltalades skuld.

Lindell har framhållit att en anledning till att den tilltalades passivitet kan tillmätas bevisverkan är att det i vissa situationer kan anses vara motiverat att kräva att den tilltalade lämnar en förklaring kring omständigheter som denne borde känna till. Påträffas en person alkoholpåverkad bredvid sin bil som kört ner i diket ligger det nära till hands att anta att det är denne person som fört bilen. I de fallen menar Lindell att det är rimligt att kräva en förklaring av den tilltalade om hur denne kom dit och vem som kört. Lindell framhåller att det blir en form av presumtion för att den tilltalade har kört bilen och kan denne inte motbevisa förhållandet talar mycket för att det var den tilltalade som var föraren. Lindell menar att problemet inte ligger i att en förklaring begärs av den tilltalade och att en utebliven sådan läggs till dennes nackdel. Det problematiska är istället vilka krav som ställs på åklagarens bevisning innan förklaringsbördan kan åläggas den tilltalade.<sup>157</sup>

### **2.6.3.2 Förklaringsbördans förhållande till åklagarens bevisning**

En fråga som aktualiseras vid hantering av förklaringsbördan är vilken bevisning som krävs av åklagaren för att den tilltalade ska åläggas att bemöta åklagarens påståenden.

Westberg har urskilt tre skilda former av förklaringsbörda. Den första och mest vittgående innebär i realiteten en bevisbördaomkastning. Vid denna form av förklaringsbörda anses åklagarens bevisskyldighet uppfylld enbart genom att den tilltalade inte har kommit med någon rimlig förklaring som omkullkastar åklagarens gärningspåstående. Åklagaren behöver således inte

---

<sup>154</sup> NJA 2013 s. 931, p. 34.

<sup>155</sup> Lindell: *Vem förde bilen*, a.a. s. 483.

<sup>156</sup> Diesens: *Bevisprövning*, a.a. s. 70.

<sup>157</sup> Lindell: *Vem förde bilen*, a.a. s. 483.

lägga fram någon egen bevisning utan på sin höjd enbart åberopa de förevarande gärningsmomenten. Vid den andra formen av förklaringsbörda avkrävs åklagaren viss bevisning. Bevisning är dock inte så stark att den uppfyller beviskravet. Den tilltalades uteblivna förklaring fyller dock upp denna brist i bevisningen så att åklagarens påstående anses vara ställt utom rimligt tvivel. Bruket av förklaringsbördan på detta sätt leder till en bevislätnad för åklagaren. Den sista formen av förklaringsbörda liknar Westberg med falsk bevisbörda. Åklagarens bevisning styrker i sig åtalet och underlåtenheten att lämna en förklaring innebär enbart att den tilltalade inte har framlagt omständigheter som får domstolen att ändra sin uppfattning från att åtalet är ställt utom rimligt tvivel. I denna situation bär åklagaren hela bevisbördan utan bevislätnad och bristande förklaring från den tilltalades sida kan enbart ses som en form av misslyckad motbevisning.<sup>158</sup>

Westberg anser att den sistnämnda formen av förklaringsbördan utgör en acceptabel argumentations- och slutsatsmodell. Användningen av de två föregående formerna är han dock något tveksam till. Han menar att enligt ett rättsstatsresonemang kan domstolen vid bevisvärderingen enbart ta hänsyn till kunskapsteoretiska argument. Domstolen ska härvid i sin bevisvärdering försöka utreda vad som faktiskt har hänt. Detta ska ske genom en analys av omständigheter som kan tala om något kring det verkliga skeendet. Betydelse av detta krav är således att tystanden enbart kan ges bevisvärde om omständigheter i målet leder till att en yttrandevägran santförklarar åklagarens påstående. Westberg menar att en bristande förklaring i princip inte har något positivt värde för åklagarens gärningspåstående. Att acceptera en förklaringsbörda enligt den första eller andra formen innebär enligt Westberg ett åsidosättande av oskuldspresumtionen. Det leder även till ett utbyte av grundtanken, att heller fria några skyldiga än att en oskyldig döms, till att fälla några oskyldiga för att möjligtvis fälla fler skyldiga.<sup>159</sup>

Lindell har framfört att om det tillåts att den tilltalade fälls på svaga bevis med grund i dennes bristande förklaring kan åklagaren frestas att göra mindre noggranna utredningar ifall åklagaren vet att den tilltalade inte har en rimlig förklaring. Vidare anför Lindell att en förutsättning för att åklagarens bevisbörda inte ska bli en ”fiktions” är att åklagaren först uppfyller sin bevisskyldighet innan en förklaringsbörda läggs på den tilltalade.<sup>160</sup> Lindell tycks således vara av uppfattningen att en användning av förklaringsbördan i svensk rätt måste ske i den av Westberg tredje beskrivna formen. Schelin är även av samma mening hon framhåller att åklagaren måste uppfylla sin bevisskyldighet för att det överhuvudtaget ska bli fråga om en aktivitetsplikt för den tilltalade.<sup>161</sup> Det tycks således råda konsensus inom den juridiska litteraturen om att det enbart är tillåtet att ålägga den tilltalade en förklaringsbörda efter det att åklagarens styrkt gärningspåståendet.

---

<sup>158</sup> Westberg: *Förklaringsbörda*, a.a. s. 884-885.

<sup>159</sup> Westberg: *Förklaringsbörda*, a.a. s. 885, 888-889 samt 895.

<sup>160</sup> Lindell: *Vem förde bilen?*, a.a. s. 483.

<sup>161</sup> Schelin, Lena: *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm 2007, s. 56. Se även Bolding a.a. s. 124, där han framhåller att åklagarens beviskrav inte kan bli mindre stark för att den tilltalade vägrar att yttra sig.

Hovrätten för Västra Sverige gjorde dock ett anmärkningsvärt uttalande i RH 2008:54. Domstolen framhöll att om åklagaren har lagt fram den bevisning som denne har kunna erhålla och den tilltalade då inte lämnat någon rimlig förklaring till ett visst förhållande som enbart den tilltalade kan förklara kan detta tillmätas betydelse. Hovrätten verkar här inte uppställa något krav på styrkan av åklagarbevisningen för att förklaringsbördan ska kunna bli aktuell. I fallet tillämpades inte någon form av förklaringsbörda och det kan ifrågasättas om utformningen av skrivelsen i domskälen har skett i förbiseende. Om det inte skulle uppställas några krav på åklagarens bevisning hamnar vi i Westbergs första eller andra modell av förklaringsbördan vilket i realiteten innebär en bevisbördaomkastning eller sänkt beviskrav. Min förhoppning är dock att det inte var denna situation som hovrätten eftersträvade i sitt uttalande. I andra mål där domstolen tycks ha ålagt den tilltalade en förklaringsbörda har domstolen inte diskuterat kravet på åklagarens bevisning. I flera av dessa mål har åklagaren dock haft en stark bevisning.<sup>162</sup> Vilka krav som ställs på åklagarbevisningen kan emellertid inte anses vara klart. Enligt min mening bör det likt vad som Westberg och andra författare framhållit krävas att åklagaren styrkt gärningspåståendet för att en förklaringsbörda ska kunna åläggas den tilltalade. Detta för att det straffrättsliga beviskravet och bevisbördans placering ska upprätthållas.

### 2.6.3.3 Förklaringsbördans betydelse i bevisvärderingen

Domstolen har som ovan nämnts en skyldighet att pröva alla rimliga alternativa händelseförlopp till åklagarens påstående oberoende om den tilltalade lämnat en förklaring eller ej. Det är först när dessa alternativa händelseförlopp har kunnat uteslutas som domstolen kan meddela en fällande dom.<sup>163</sup> Att den tilltalade inte lämnar en förklaring innebär inte att det inte finns någon friande förklaring till hands. Enligt Diesen är bevisläget vid bristande förklaring i princip detsamma som vid en misslyckad förklaring.<sup>164</sup> En misslyckande förklaring kan lätt tolkas som en förstärkning av åklagarens bevisning. I realiteten innebär det i princip enbart att en av den tilltalade givna förklaring inte är riktig. Förklaringen ska därmed inte få något värde som motbevis i bevisvärderingen. Förhållandet innebär dock inte att andra alternativa förklaringar inte är möjliga.<sup>165</sup> Enligt Westberg finns det sällan någon anledning för domstolen att dra någon annan slutsats av en misslyckad förklaring än att den tilltalade möjligen kan vara gärningsman. Fallet vore även samma ifall den tilltalade inte lämnade någon förklaring överhuvudtaget. Om den tilltalade ljugit om sina förehavanden kan det dock leda till minskad trovärdighet även i andra frågor i processen än vad den falska utsagan av-

<sup>162</sup> Se ex NJA 2001 s. 570 där den tilltalade stod åtal för narkotikabrott och som bevisning för åtalet anfördes narkotika som hittats i den tilltalades bostad och bil. Se även NJA 2001 s. 551 där den tilltalade stod åtal för underlåten att anmäla införsel av skattepliktiga varor. I målet hade den tilltalade påträffats med skattepliktiga varor utan att ange att denne hade något att deklarerat.

<sup>163</sup> Se avsnitt 2.5.

<sup>164</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 70.

<sup>165</sup> Hammarström: Fredrik: "Förklarings- och konkretiseringsbörda i skattebrottmål?". I: *Bevis 3- Prövning av skattemål (red.: Christian Diesen m.fl.)* Norstedts Juridik, Stockholm 1999, s. 202.

såg. Varken en utebliven eller osann förklaring santförklarar emellertid åklagarens påstående.<sup>166</sup>

Enligt Diesen kan den som väljer att lämna en förklaring snärja in sig själv. Han menar dock att en utebliven förklaring kan minska den tilltalades trovärdighet och även försvåra för domstolen att finna en friande förklaring. En ogrundad förklaring är enligt Diesen således bättre än ingen förklaring alls. Men en förklaring som inte håller är dock sämre än en utelämnad förklaring.<sup>167</sup> Den tilltalade ska alltså efter dessa parametrar ha möjlighet att välja ifall den vill avge en förklaring eller ej. Ett förhållande som enligt min mening torde vara att anse som nästintill ohållbar. Men om vi ser till grundtanken att det enbart är de skyldiga som väljer att dölja sig bakom tystnaden kan det kanske anses vara en rimlig avvägning.

Rätten ska som sagt ex officio eftersöka alternativa rimliga förklaringar till åklagarens gärningspåstående vare sig den tilltalade har valt att lämna en misslyckad förklaring eller underlåtit att yttra sig. I NJA 1991 s. 612 framhöll Högsta domstolen följande:

”[den tilltalade] har inte på ett godtagbart sätt kunnat förklara sitt innehav av 100 000 kr. Vad som framkommit i målet utesluter emellertid inte att hon kan ha fått pengarna på annat sätt än genom försäljning av amfetamin. Andra förklaringar till innehavet är tänkbara. Åtalet mot [den tilltalade] för olovlig narkotikaförsäljning är vid sådant förhållande inte styrkt”.

Här går det tydliga att utläsa hur Högsta domstolen först påpekar att den tilltalade inte har kommit med någon rimlig förklaring men sedan framhåller att det kan finnas andra rimliga förklaringar varpå åtalet måste ogillas. Om existens av förklaringsbörda sätts i relation till fallet bör börda inte kunna anses ha något reellt innehåll överhuvudtaget. Den tilltalade kunde i fallet inte uppfylla sin börda men Högsta domstolen friade henne ändock på grund av att domstolen inte ansåg att alla andra alternativa förklaringar av händelseförloppet kunde falsifieras. Ett likande tillvägagångsätt använde Högsta domstolen i NJA 1982 s. 164.<sup>168</sup> Högsta domstolen framförde i målet följande:

”[i] målet förekommer ingen som helst utredning om den närmare beskaffenheten av penningtransaktionen såsom led i en narkotikahandel. Beträffande syftet med transaktionen och de tilltalades roller i denna har man därför att räkna med en mångfald i och för sig realistiska alternativ. Flera av dessa innebär, att

---

<sup>166</sup> Westberg: *Förklaringsbörda*, a.a. s. 888-889.

<sup>167</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 71.

<sup>168</sup> Se även NJA 1990 s. 555 där domstolen framhöll ”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”.

ingen av de tilltalade gjort sig skyldig till brott som omfattas av åtalet.”

Till skillnad från det tidigare avgörandet fortsätter Högsta domstolen i målet med att konkretiseras alternativa friande förklaringar. En sådan metod är kanske inte ett krav men domstolen åskådliggör tydlig varför den inte kunde meddela en fällande dom. Enligt min mening bör ett sådant förfarandesätt både kunna bidra till att domstolen granskar sin egen tankegång samt att allmänheten får en bra förklaring till varför den tilltalade inte kunde dömas. Genom att domstolen preciserar de alternativa händelseförloppen kan den tänkta till ifall det finns flera händelseförlopp som kan vara möjliga eller ifall något kan förkastas. Allmänheten som ibland kan anse att en självklar gärningsman inte fälls kanske kan få förståelse för att det kan ha gått till på ett annat sätt och därmed inte se det som ett orättvist avgörande.

Men om det nu åligger domstolen att företa en prövning av alla alternativa händelseförlopp varför förekommer det då domsskrivningar innehållande uttalanden likt det ovan citerade rättsfallet NJA 2013 s. 931? I NJA 2013 s. 931 framförde Högsta domstolen även, med hänvisning till NJA 2001 s. 551 och NJA 2001 s. 570, att tilltalade har ”ansetts kunna åläggas en förklaringsbörda och fällts till ansvar när han eller hon inte kunnat uppfylla denna”.<sup>169</sup> Det är det första avgörandet mig veterligen där Högsta domstolen uttryckligen har befäst existens av förklaringsbördan. De avgöranden som Högsta domstolen stödjer sitt uttalande på föreskriver dock inte en direkt existens av förklaringsbördan utan enbart att de tilltalade inte har kunnat lämna en rimlig förklaring och att åtalen därmed anses vara styrkta. I fallen var det fråga om varför den tilltalade inte hade anmält skattepliktiga varor<sup>170</sup> respektive varför narkotikan fanns i den tilltalades lägenhet<sup>171</sup>.

Enligt Diesen kan förhållandet vid bevisvärderingen vara som sådant att rätten i avsaknad av förklaring från den tilltalade inte själv finner någon annan rimlig förklaring än åklagarens påstående. Det kan bero antingen på att rätten inte hittar någon annan erfarenhetssats än åklagarens påstående eller att det saknas konkreta omständigheter för att framställa en alternativ hypotes som kan vara rimlig. Detta förhållande går således ut över den tilltalade eftersom inga rimliga friande alternativ har funnits av rätten.<sup>172</sup>

Domstolens skrivelse i NJA 2001 s. 551 och NJA 2001 s. 570 skulle kunna förklaras med föregående resonemang, det vill säga att domstolen själv inte kunde hitta någon rimlig förklaring till de tilltalades förehavanden och när de tilltalade inte heller framförde en förklaring hade domstolen att utgå ifrån att en sådan inte fanns. Åtalen ansågs därmed ställda utom rimligt tvivel. I Justitiekanslerns andra rättssäkerhetsprojekt har det framhållits att en skrivelse likt, *den tilltalade har inte kommit med en rimlig förklaring över sina förehavande*, tyder på ett feltänkande från domstolens sida. Eftersom det

---

<sup>169</sup> NJA 2013 s. 931, p. 34.

<sup>170</sup> NJA 2001 s. 551.

<sup>171</sup> NJA 2001 s. 570.

<sup>172</sup> Diesen: *Bevisprövning*, a.a. s. 70-72.

inte är försvarets skyldighet att framkomma med någon alternativ förklaring.<sup>173</sup>

I NJA 2013 s. 931 har domstolen uttryckligen framfört att i de fall förklaringsbördan inte är uppfylld kan den tilltalade dömas till ansvar. Det som gör rättsfallet svårt att analysera är att domstolen inte närmre beskriver hur den använder förklaringsbördan eller bördans innehåll. Möjligen kan domstolen kanske även här ha ansett att det med avsaknad av en förklaring från den tilltalade inte gick finna några andra möjliga förklaringar än åklagarens påstående. Det kan dock även vara så att domstolen valt att överlämna ansvaret helt på den tilltalade att framkomma med en alternativ förklaring. Om det sistnämnda påståendet är riktigt bör det kunna ifrågasättas om domstolen verkligen har utfört sin bevisvärdering på ett korrekt sätt.

#### **2.6.3.4 Sammanfattningvis**

Inom svensk rätt talas det om en förklaringsbörda för den tilltalade. Innebörden av denna börda är att den tilltalade åläggs att förklara en för denne graverande omständighet med konsekvensen att en utebliven förklaring kan leda till nackdel för den tilltalade i bevisvärderingen. Den närmare innebörden av denna börda är dock något diffus. Starka skäl talar dock för att förklaringsbördan inte kan åläggas den tilltalade förrän åklagaren har presenterat sådan bevisning att gärningspåståendet är styrkt. I annat fall skulle förfarandet kunna innebära en omkastning av bevisbördan eller att det starka beviskravet undergrävs. Därefter har domstolen till uppgift att självmant söka alternativa förklaringar till åklagarens påstående. Först när domstolen inte kan finna en alternativ förklaring kan den tilltalade efterfrågas om en rimlig friande förklaring. Finnes ingen förklaring härefter kan den tilltalade dömas i enlighet med åtalet. Frågan som uppkommer är dock vilka friande förklaringar från den tilltalades sida som kan vinna bifall om målet redan har passerat de två tidigare säkerhetsventilerna? Finns det överhuvudtaget någon friande förklaring kvar?

Enligt min mening kan det ifrågasättas ifall det verkligen existerar en förklaringsbörda med ett reellt innehåll. Har åklagaren styrkt gärningen och domstolen inte funnit någon alternativ förklaring borde det kunna anses vara ställt bortom rimligt tvivel att den tilltalade är skyldig. Att denne inte lämnat någon förklaring bör kunna ses som att denne bara valt att inte försöka motbevisa åklagarens påstående. Den uteblivna förklaringen verkar således inte som bevis för gärningspåståendet. I och med att åklagare redan styrkt åtalet borde det inte finnas behov av ytterligare bevisning.

---

<sup>173</sup> Rättssäkerheten i brottmål: rapport från JK:s andra rättssäkerhetsprojekt, JK:s rättssäkerhetsprojekt, Stockholm 2009, s. 75. Se även Lambertz a.a. s. 8.

## 2.7 Artikel 7.3 i EU-kommissionens direktivförslag

Av artikel 7.3 i EU-kommissionens direktivförslag följer, "[u]tövandet av rätten att tåga får inte användas mot en misstänkt eller tilltalad i ett senare skede av förfarandena och får inte betraktas som ett styrkande av sakförhållandena". EU-kommissionen har i motiveringen till förslaget förklarat att stadgandet ska förstås som att inga slutsatser bör dras av att misstänkta eller tilltalade använder sin rätt till tystnad. I annat fall vore rättigheten enbart att se som skenbar. Misstänkta och tilltalade skulle vara rädda att deras underlåtenhet att besvara frågor skulle ligga dem till last i ett senare skede av förfarandet. Enligt EU-kommissionen utgör en reglering i frågan det enda sättet att säkerställa att rättigheten kan utnyttjas fullt ut i praktiken. EU-kommissionen har dock påpekat att stadgandet inte hindrar att medlemsstaterna beaktar den tilltalades sammabetsvilja vid fastställandet av påföljd.<sup>174</sup>

I den faktapromemoria som upprättades av Justitiedepartementet med anledning av EU-kommissionens direktivförslag behandlades inte svensk rätts förhållande till artikel 7.3 i förslaget.<sup>175</sup> Stockholms tingsrätt inkom dock med remissvar där den framhöll att stadgandet skulle kunna vålla problem för svensk rätt med fokus på 35 kap. 4 § RB samt förklaringsbördan. Domstolen menade att möjligheten att beakta tystanden inom ramen för bevisvärderingen kan komma i konflikt med förslaget.<sup>176</sup>

35 kap. 4 § RB får som ovan nämnts anses ge uttryck för bevisverkan av en parts passivitet.<sup>177</sup> Stadgandets innebörd syns således vara svårt att förena med EU-kommissionens direktivförslag. Frågan är dock vad EU-kommissionen menar med användandet av ordet *bör* i sitt uttalande att inga slutsatser bör dras av den tilltalades tystnad. Innebär det en frihet för nationella domstolar att inom vissa ramar bedöma ifall någon slutsats kan dras ifrån tystnaden men att det endast ska ske i undantagsfall. Användningen av begreppet *bör* tolkas vanligtvis inom svensk rätt som att uttalandet inte är tvunget att följas. Frågan är ifall det är denna betydelse som EU-kommissionen åsyftar. Lydelse i artikel 7.3 får dock anses tala i motsatt riktning.

Huruvida den svenska förklaringsbördan är förenlig med EU-kommissionens direktivförslag får anses bero på vilken innebörd som ges denna börda. Av vad som ovan framgått torde åtalet redan vara till alla delar styrkt innan den tilltalade kan åläggas att lämna en förklaring.<sup>178</sup> Om detta synsätt är korrekt borde förklaringsbördan inte vara svår att förena med EU-kommissionens förslag. Den tilltalades tystnad används under de förhållandena inte för att styrka sakförhållanden. En bristande förklaring kan i de fallen enbart ses

---

<sup>174</sup> Motiveringen till förslaget, p. 36-37. (Motiveringen till förslaget återfinns inledningsvis i förslaget).

<sup>175</sup> Faktapromemoria 2013/14:FPM35 Ett paket med processuella rättigheter.

<sup>176</sup> Stockholms tingsrätts remissvar, s. 3-4.

<sup>177</sup> Se avsnitt 2.6.2.

<sup>178</sup> Se avsnitt 2.6.3.

som ett misslyckat motbevisningsförsök. Inga slutsatser dras således av tystnaden utan den tilltalade har enbart inte lyckats rubba domstolens övertygelse om att målet är ställt utom rimligt tvivel. Tillämpas förklaringsbördan istället på så sätt att den tilltalades tystnad höjer värdet på åklagarens bevisning i syfte att uppfylla bevisbördan kan det ifrågasättas om förklaringsbördan verkligen överensstämmer med EU-kommissionens förslag.



## 3 Informationsskyldighet

*”Jaså, sade K. och nickade, böckerna är väl lagböcker, och det hör till detta rättsväsens natur att man ska dömas inte bara oskyldig utan också ovetande”<sup>179</sup>*

(Franz Kafka: *Processen*)

### 3.1 Inte behöva yttra sig över misstanken

Den 22 maj 2012 antog Europaparlamentet och Europeiska unionens råd informationsdirektivet. Direktivet innehåller minimiregler som ska garantera att misstänkta och tilltalade underrättas om sina processuella rättigheter. Direktivet ställer konkret upp vilka rättigheter som medlemsstaterna måste tillförsäkra att misstänkta får information om. I artikel 3.1(e) har det intagits en informationsskyldighet om rätten att tåga. Som ett led i implementeringen av informationsdirektivet i svensk rätt infördes en informationsskyldighet om denna rättighet i 12 § FUK med följande lydelse:

”[i] samband med att den som skäligen misstänks för brott underrättas om misstanken ska han eller hon också underrättas om sin rätt att [...] – inte behöva yttra sig över misstanken”.

Det föreskrivs således i 12 § 1 st. 4 p. FUK att misstänkta ska underrättas om sin rätt att ”inte behöva yttra sig över misstanken”. Frågan är då ifall denna lydelse kan jämföras med en informationsplikt om rätten att tåga? Rätten att tåga torde innefatta en rätt att inte behöva yttra sig över huvudtaget. Ordalydelsen i 12 § 1 st. 4 p. FUK antyder dock att informationsplikten är begränsad till att endast avse en rätt att inte behöva yttra sig över misstanken. 12 § 1 st. 4 p. FUK ger således sken av att information inte behöver lämnas om rätten att tåga i vid bemärkelse utan enbart med fokus på yttrandet över misstanken. Artikel 3.1(e) informationsdirektivet föreskriver att medlemsstaterna måste säkerställa att misstänkta informeras om ”rätten att tåga”. I promemorian angående införlivandet av direktivet beskrivs rätten att tåga vid diskussionen om informationspliktens införande. Promemorian behandlar här rätten att tåga utan någon begränsning till att enbart avse uttalandet angående misstanken.<sup>180</sup>

Syftet med 12 § 1 st. 4 p. FUK borde därmed anses vara att införa en informationsplikt för rätten att inte behöva yttra sig över huvudtaget. En tolkning som stämmer väl överens med informationsdirektivet. Ordalydelsen som valts i 12 § FUK bör dock kunna anses missledande för nämnda syfte. Tullverket framförde i sitt remissvar kritik över lydelsen. Myndigheten an-

<sup>179</sup> Kafka, Franz, *Processen*, Schocken Verlag, Berlin 1953, s. 48.

<sup>180</sup> Ds 2013:18 s. 57-58.

förde att uttrycket i paragrafen borde förändras till ”inte behöva yttra sig” för att bättre överensstämja med direktivet.<sup>181</sup> En kritik som dock inte fick gehör vid utformningen av 12 § FUK. Starka skäl talar således för att uttrycket ”inte behöva yttra sig över misstanken” ska förstås som rätten att tåga. I den fortsatta framställningen förutsätts den svenska informationsplikten att omfatta rätten att tåga generellt.

## 3.2 När ska informationen ges?

Informationen om rätten att tåga ska enligt 12 § 1 st. FUK ges i samband med att den som är skäligen misstänkt för brott underrättas om misstanken. Underrättelse om misstanke framgår av 23 kap. 18 § 1 st. RB. Paragrafen föreskriver att den som är skäligen misstänkt för brott ska få information om anklagelserna när denne förhörs.

Förutsättningen för informationspliktens inträdelse är således att misstänkta nått den nivå av misstanke som benämns *skäligen misstänkt*. Den lägre graden av misstanke, *kan misstänkas*, ger därmed inte rätt till information. Misstankenivån *kan misstänkas* omfattar sådana fall där gärningsmannen kan anses finnas i en begränsad personkrets men att det inte går att peka ut en specifik person.<sup>182</sup> Vid *skäligen misstanke* får bevisningen ha ansetts nå sådan styrka att utredningen kan fokuseras på den misstänkte. Bevisningen är då så stark att samma grad av misstanken inte kan riktas mot någon annan.<sup>183</sup> Skäligen misstanke förutsätter enligt Bring att det finns ”fakta eller uppgift som kan övertyga en objektiv iakttagare om att personen kan ha begått en förbrytelse”.<sup>184</sup> Brottsmisstanken måste således vara konkret grundad. Rena sannolikhetsantagen borde därmed inte kunna ligga till grund för att betrakta någon som skäligen misstänkt.<sup>185</sup>

Enligt 23 kap. 18 § 1 st. RB ska underrättelse om misstanke lämnas när den som är skäligen misstänkt förhörs. Det finns dock ingen skyldighet att anordna förhör när graden av misstanken har blivit så stark som skäligen misstänkt. Lång tid kan således förflyta mellan att någon betraktas som skäligen misstänkt tills att förhör hålls.<sup>186</sup> Förundersökningsledaren kan exempelvis bedöma att ett tidigt förhör med den som är skäligen misstänkt kan vara till men för utredningen. En avvägning måste här enligt Bring göras mellan misstänkta behov av underrättelse och effektiv brottsbekämpning.<sup>187</sup>

Misstänkta är skyldiga att låta sig förhöras under förundersökningen. Det har ansetts framgå av 23 kap. 6 och 18 §§ RB, där det föreskrivs att förhör

---

<sup>181</sup> Tullverkets remissvar, s. 1.

<sup>182</sup> Bring och Diesen: *Förundersökning*, a.a. s. 158.

<sup>183</sup> Bring, Thomas, Diesen, Christian och Wilton Wahren, Alexandra: *Förhör*, tredje upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2008, s. 50.

<sup>184</sup> Bring och Diesen: *Förundersökning*, a.a. s. 169.

<sup>185</sup> Fitger, Peter m.fl.: *Rättegångsbalken*, supplement 76, maj 2014, Norstedts Juridik, Stockholm 2014, s. 23:62.

<sup>186</sup> Fitger m.fl.: *Rättegångsbalken*- supplement 76, a.a. s. 23:63.

<sup>187</sup> Bring, Diesen och Wilton Wahren: *Förhör*, a.a. s. 52.

kan hållas. Att misstänka åläggs denna skyldighet kan dock inte anses vara en självklarhet.<sup>188</sup> Det ansågs emellertid under förarbetena att misstänkta utsagor utgjorde en sådan viktig källa av information att den inte kunde avstås ifrån.<sup>189</sup> Även misstänka som inte nått den grad av misstanke som beskrivs i 23 kap. 18 § 1 st. RB har en skyldighet att ställa upp i förhör. Förhöret sker då inom ramen för 23 kap. 6 § RB. Enligt paragrafen får förhör hållas med alla som kan antas ha uppgifter av betydelse för utredningen. I praktiken brukar det benämnas att någon hörs upplysningsvis.<sup>190</sup> Det framhålls i förarbetena att misstänkta som inte nått nivån skäligen misstänkt ska under förhör betraktas som vem som helst.<sup>191</sup> Om misstankenivå stärks under förhöret så att personen anses som skäligen misstänkt ska förhöret avbrytas och underrättelse av misstanken ske.<sup>192</sup> Vilket borde innebära att information om rätten att tåga enligt 12 § 1 st. 4 p. FUK även ska lämnas i detta sammanhang.

Misstänkta rätt till information om rätten att tåga är således beroende av vilken grad av misstanke som uppnåtts. Rätten att vara tyst kan dock inträda tidigare än så. Sjölin har framhållit att misstänkta rätt till tystnad inträder så snart förundersökningen inleds, det vill säga innan vederbörande är anklagad för något brott.<sup>193</sup> Misstänkta synes således ha rätt att tåga från förundersökningens början, men rätten till rättighetsinformation uppstår dock först när denne är skäligen misstänkt. Förhör med den som kan misstänkta för brott kan således ske utan att denne får någon upplysning om sin rätt att vara tyst. Advokatsamfundet riktade i sitt remissvar kritik mot placeringen av tidpunkten för informationsplikens inträdelse. Samfundet framhöll att rätten till information borde tillkomma även de som inte konstaterats vara misstänkta eller formellt underrättats om misstanken. Misstänkta kunskaper om sina rättigheter skulle i så fall sannolikt inträda tidigare. I slutända skulle det enligt samfundet förbättra och effektivisera förundersökningen samt öka enskildas rättssäkerhet. De förhör som hålls i inledningsskedet läggs ofta till grund för den slutliga ansvarsbedömningen i brottmålsprocessen. Samfundet ansåg att det därmed var av vikt för rättssäkerheten att informationsplikten inträder tidigare än vad som föreskrivs i 12 § FUK.<sup>194</sup>

Tidpunkten för information bestämdes med ledning av informationsdirektivet.<sup>195</sup> Enligt artikel 2 i informationsdirektivet är direktivet tillämpligt från dess att misstänkta underrättats om misstanken. Informationen om rättigheterna ska då enligt artikel 3 i direktivet lämnas utan dröjsmål. Av p. 19 i informationsdirektivets ingress framgår att en förutsättning för att rättigheterna effektivt ska kunna utnyttjas är att informationen lämnas i god tid och senast vid den misstänktes första officiella förhör. Den svenska regleringen

<sup>188</sup> Bring, Diesen och Wilton Wahren: *Förhör*, a.a. s. 50.

<sup>189</sup> SOU 1926:32 s. 67.

<sup>190</sup> Bring, Diesen och Wilton Wahren: *Förhör*, a.a. s. 51.

<sup>191</sup> SOU 1926:32 s. 67.

<sup>192</sup> Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael: *Rättegång femte häftet*, åttonde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2011, s. 134.

<sup>193</sup> Sjölin, Claes: "Om rätten att hålla tyst". I: *Advokaten* 1994, s. 246.

<sup>194</sup> Advokatsamfundets remissvar, s. 3-4.

<sup>195</sup> Ds 2013:18 s. 58.

torde uppfylla direktivets minimikrav angående när informationen ska ges. Vid införlivandet av direktivet tycks det dock ha valts att lägga de svenska reglerna på direktivets lägst accepterade nivå. Eftersom direktivet utgör ett minimidirektiv finns det möjlighet för medlemsstaterna att införa en mera långtgående informationsplikt än vad som framgår av direktivet. Den möjligheten har dock inte tillvaratagits när direktivet implementerades i svensk rätt. Advokatsamfundet har ifrågasatt denna restriktiva tolkning av direktivet. Som ovan nämnts anges i p. 19 i informationsdirektivets ingress att misstänkta ska underrättas om sina rättigheter för att dessa effektivt ska kunna utnyttjas. Samfundet menar att en förutsättning för att rättigheterna överhuvudtaget ska få avsedd effekt är att misstänkta får informationen fortast möjligt. Samfundet går till och med så långt att det ifrågasätter om den tolkning som görs av informationsdirektivet i svensk rätt verkligen kan anses uppfylla kraven på en rättvis rättegång.<sup>196</sup>

Att underrättelsen om misstanken i svensk rätt ska ske först när misstanken nått nivån *skälig misstanke* har motiverats med omsorgen för utredningens effektivitet. Om underrättelsen skedde tidigare skulle det kunna leda till att misstänkta försökte undanröja bevis eller på annat sätt försvåra utredningen.<sup>197</sup> Tidpunkten får enligt Ekelöf även anses vara anpassad av omsorg för enskilda. Han menar att informationen kan väcka irritation hos den som senare visar sig vara oskyldig. Om beviskravet sattes lägre skulle sådana felaktiga underrättelser förkomma i större utsträckning än idag.<sup>198</sup> Fitger framhåller att enskilda till och med kan uppfatta det som chikanerande att få information om att de är misstänkta.<sup>199</sup> En sänkning av beviskravet skulle kunna leda till att fler personer underrättades om misstanke för samma gärning. Detta skulle enligt Bring vara både förvirrande och stötande. Han menar att det i slutändan även skulle bidra till ett minskat förtroende för rättsväsendet.<sup>200</sup>

Frågan är dock ifall de argumenten även passar in för att lägga information om rätten att tiga så sent i förfarandet. Svaret bör vara beroende av ifall underrättelsen om rätten att vara tyst anknyts med misstanke om brottslig aktivitet. Enligt min mening bör en underrättelse om misstanke om brott uppfattas som mer graverande för misstänka än information om rätten att vara tyst. Om min uppfattning här är riktig bör informationen om rätten att tiga inte ha samma grad av konsekvenser för enskilda som underrättelse om misstanke för brott. Att vetskapen om rätten att vara tyst inträder tidigare kan dock påverka möjligheterna till effektiv brottsbekämpning men borde däremot öka enskildas rättssäkerhet. Regleringen av när information om rätten att vara tyst ska ges bör således utformas efter en avvägning mellan effektivitet och rättssäkerhet, mellan förverkligande- och skyddsprincipen. Enligt min mening är det inte tvunget att göra samma bedömning här som vid underrättelse om misstanke.

<sup>196</sup> Advokatsamfundets remissvar, s. 3-5.

<sup>197</sup> SOU 1938:44 s. 293.

<sup>198</sup> Ekelöf, Edelstam och Pauli: *Rättegång femte häftet*, a.a. s. 134.

<sup>199</sup> Fitger m.fl.: *Rättegångsbalken*- supplement 76, a.a. s. 23:63.

<sup>200</sup> Bring och Diesen: *Förundersökning*, a.a. s. 125.

### 3.3 Vem ansvarar för att informationen ges?

12 § FUK innehåller inga regler angående vem som ansvarar för att misstänkta underrättats om sin rätt att tåga. Övriga regler i FUK eller RB ger inte heller något svar på frågan. Vid införlivandet av informationsdirektivet berördes inte ansvarsfrågan. Förhållandet är således som sådant att det finns en skyldighet att informera om rätten att vara tyst men det framgår inte vem som ytterst bär denna skyldighet. Situationen har kritiserats både av Domstolsverket och Advokatsamfundet. De ställer sig frågade till vem som egentligen bär ansvaret, är det förhørsledaren, förundersökningsledaren, åklagaren eller domstol. Ansvaret bör enligt Domstolsverket och samfundet uttryckligen klargöras.<sup>201</sup> Domstolsverket har framfört att det verkar vara polisen som är skyldiga att underrätta om rätten att vara tyst. Ställningstagandet grundar myndigheten på att informationen ska lämnas i samband med att någon underrättas om misstanke.<sup>202</sup> Fitger har emellertid framhållit att det är åklagaren eller förundersökningsledaren som bestämmer när och hur en underrättelse om misstanke ska ske.<sup>203</sup>

Enligt 1 a § 2 st. FUK ansvarar undersökningsledaren för förundersökningen i dess helhet. Undersökningsledaren har även en skyldighet enligt nämnda paragraf att se till att utredningen bedrivs effektivt och att enskildas rättssäkerhet tillvaratas. Rättighetsinformationen får enligt min mening anses utgöra en viktig del för enskildas rättssäkerhet. Utan erforderlig information kan det nämligen vara svårt för enskilda att tillvara sina rättigheter. Om vägledning kan sökas i 1 a § 2 st. FUK skulle det yttersta ansvaret för informationen kunna anses ligga på förundersökningsledaren. Eftersom rättighetsinformationen ska lämnas i samband med underrättelse om misstanke borde det vara en fördel att den som svarar för den underrättelsen även ska se till att information om rätten att vara tyst lämnas. Att förundersökningsledare skulle bära ansvaret för rättighetsinformationen kan i sådana fall även anses stämma överens med Fitgers ståndpunkt.

I realiteten är det troligtvis förhørsledaren som underrättar om misstanken på direktiv av undersökningsledaren. En möjlighet är således att även se förhørsledaren som ansvarig för att information om rätten att vara tyst lämnas, likt vad som framhållits av Domstolsverket. Hovrätten för Västra Sverige ifrågasatte i mål B1132-10<sup>204</sup> ifall polisförhör med en 15-åring hade skett på ett sätt som var förenlig med Europakonventionen eftersom förhørsledaren inte hade sett till att den misstänkte förstod sin rätt att vara tyst. Hovrätten tycks i fallet lägga informationsansvaret på förhørsledare. Det bör dock observeras att hovrättens uttalande skedde innan informationsplikten i 12 § FUK trädde i kraft, vilket kan begränsa uttalandets värde för ansvarsfördelningen av informationsplikten i nämnda paragraf.

<sup>201</sup> Advokatsamfundets remissvar, s. 6; Domstolsverkets remissvar till Ds 2013:18 s. 1.

<sup>202</sup> Domstolsverkets remissvar till Ds 2013:18, s. 1.

<sup>203</sup> Fitger m.fl.: *Rättegångsbalken*- supplement 76, a.a. s. 23:63.

<sup>204</sup> Hovrätten för Västra Sverige, dom 2010-03-17, mål B1131-10.

JO har i ett beslut gällande information om rätten till försvarare framhållit att det är förundersökningsledarens ansvar att ta ställning till försvarsbehovet men att förhørsledare måste tillförsäkra sig om att så verkligen har skett.<sup>205</sup> JO tycks således när det gäller rätten till försvarare förespråka någon form av delat ansvar mellan undersökningsledaren och förhørsledaren. Detta synsätt skulle troligtvis även kunna tillämpas vid information om rätten att vara tyst.

Regeringen har framhållit att vid frihetsberövande har den som verkställer frihetsberövandet ett särskilt ansvar för att den misstänkta underrättas om sina rättigheter.<sup>206</sup> Underrättelsen om rätten att vara tyst vid frihetsberövande är dock något annorlunda utformad än information enligt 12 § FUK. Informationen vid frihetsberövande ska enligt 12 a § FUK ske utan dröjsmål. Det får således anses vara ändamålsenligt att den som verkställer frihetsberövandet även ansvara för att informationen lämnas. Samma skyndsamma handläggning tycks dock inte förespråkas i 12 § FUK. Regeringens uttalande torde därmed kunna anses vara av begränsat värde för utredningen av vem som bär ansvaret för att information lämnas enligt 12 § FUK.

I avsaknad av uttryckliga regler är det svårt att fastställa vem som egentligen bär ansvaret för att informationen lämnas. Det enda som vi med säkerhet vet är att information ska lämnas men inte vem som svarar för att så sker. Att ansvaret inte är förlagt på någon specifik person borde enligt min mening kunna leda till att även de verkande myndigheterna inte vet vem som ska se till att informationen lämnas. Har man inte vetskap om att man har en skyldighet kan det i sin tur vara svårt att uppfylla den. Jag är därför benägen att hålla med Domstolsverket och Advokatsamfundet om att det uttryckligen bör klargöras vem som ansvarar för att misstänkta informeras om rätten att tåga.

### 3.4 Vad ska informationen innehålla?

Stadgandet i 12 § FUK föreskriver inga krav på vad informationen om rätten att tåga ska innehålla. Det framgår enbart av paragrafen att misstänkta ska underrättas om sin rätt att ”inte behöva yttra sig över misstanken”. I promemorian för införlivandet av informationsdirektivet anföras med ledning av direktivet att informationen måste vara utformad så att misstänkta förstår sin rättighet och effektivt kan göra den gällande i förfarandet. Informationen ska vara lättförståelig och anpassas efter mottagaren för att fylla sin funktion. Särskild hänsyn bör här tas till den misstänktes ungdom, psykiska och fysiska hälsa som kan påverka dennes möjlighet att tillägna sig informationen. I promemorian överlämnades ansvaret till Rikspolisstyrelsen att samråda men övriga brottsutredande myndigheter närmare utforma innehållet i informationen.<sup>207</sup> Efter kontakt med Rikspolisstyrelsen har uppgifter erhållits att informationsplikten uppfylls genom överlämnande av ett formulär till

---

<sup>205</sup> JO 2013/14 s. 140.

<sup>206</sup> Prop. 2013/14:157 s. 19.

<sup>207</sup> Ds 2013:18 s. 51.

misstänkta. Av detta formulär följer ”[d]u har rätt att inte behöva yttra dig över misstanken i förhör hos Polisen eller andra myndigheter.”<sup>208</sup> Vad rättigheten innebär beskriv inte närmare än så, utan den information som tilldelas misstänkta får sägas till stor grad överensstämma med FUK:s ordalydelse.

Frågan som uppkommer är ifall det ur rättssäkerhetssynpunkt är tillräckligt att misstänkta enbart får den information som följer av polisens informationsblad? Bör inte informationen även omfatta de konsekvenser som ett utövande av rättigheten kan medföra? Här åsyftas framförallt att tystnaden kan komma att få för den tilltalade negativa verkningar i bevisvärderingen.

Diskussionen som förs i promemorian beskriver mer hur informationen ska utformas än vad den ska innehålla. Det framförs dock som ovan nämnts att rättighetsinformationen ska vara utformad så att misstänkta förstår sin rättighet och effektivt kan göra den gällande i processen. Bör inte en förutsättning för att effektivt kunna utöva rättigheten vara att erforderlig kunskap innehas om de effekter som tystnaden kan innebära. Vet misstänkta enbart om att de har en rätt till tystnad men inte vilka konsekvenser som tystanden kan få, kan det vara svårt för dem att avgöra vilka övervägande som bör företas vid utövandet av rättigheten. Enligt min mening bör det därmed inte anses vara ändamålsenligt för att effektivt kunna utöva rättigheten, att underrättelse om rätten till tystnad ges utan närmare förklaring av vilka följder som tystanden kan leda till.

### **3.5 Artikel 7.2 i EU-kommissionens direktivförslag**

Av artikel 7.2 i EU-kommissionens förslag följer ”[m]edlemsstaterna ska utan dröjsmål underrätta de misstänkta eller tilltalade om deras rätt att tiga och förklara innehållet i denna rätt och följderna av att avstå från den eller av att åberopa den”. Stadgandet kan enligt sin ordalydelse anses ställa krav på att medlemsstaterna inte enbart upplyser om rättighetens existens. Artikeln torde även kräva att underrättelse lämnas om innebörden av nämnda rättighet samt vilka konsekvenser ett utnyttjande av rättigheten kan medföra. En sådan tolkning torde för svensk rätt innebära att även tystnadens bevisverkan måste förklaras för den misstänkte. Det borde därmed inte anses vara tillräckligt att överlämna det av polisen upprättade informationsbladet för att uppfylla artikel 7.2 i EU-kommissionens förslag, utan en mera utförlig information bör krävas.

Enligt artikel 2 i förslaget gäller direktivförslaget för misstänkta och tilltalade i straffrättsliga förfaranden fram till dess att förfarandet slutligen har avslutats. I motiveringen till förslaget har EU-kommissionen framfört att förslaget gäller från första början av det straffrättsliga förfarandet och även innan misstänkta har underrättats om misstanken.<sup>209</sup> Det råder således en

<sup>208</sup> Se polisens informationsblad i bilaga B.

<sup>209</sup> Motiveringen till förslaget, p. 25.

differens i tillämpningsområde mellan förslaget och informationsdirektivet. Det sistnämnda är som ovan nämnts inte tillämpligt förrän misstänkta har underrättats om misstanken. Den svenska informationspliktens inträdelse har utformats med ledning av informationsdirektivet och ifall förslaget antas kan det vara möjligt att de svenska reglerna måste genomgå en förändring på grund av högre ställda miniminormer.

Förslaget föreskriver dock att en förutsättning för att rättigheten ska aktualiseras är att personen är misstänkt. Det finns dock ingen närmare beskrivning av vilken grad av misstanke som innefattas i detta begrepp. Är det så att begreppet misstänkt i förslaget ska förstås som skäligen misstänkt borde de svenska reglerna inte vara problematiska att förena med förslaget. Det kan dock krävas en förändring på så vis att informationen ska lämnas så fort som misstankegraden har uppnåtts och att det inte väntas till nästkommande förhör. Men om misstänkt i förslagets mening innebär att någon som enbart kan misstänkas för brott omfattas av förslaget blir förhållandena an-norlunda. Informationen enligt svensk rätt ska som ovan nämnts lämnas först när någon är skäligen misstänkt. Är den sista tolkningen av begreppet misstänkt i förslaget korrekt, bör det således krävas att tidpunkten för rättighets-informationen i svensk rätt förläggs tidigare i förfarandet än vad som är fallet i dagsläget. Förslaget kan dock inte anses ge något stöd för vilken av tolkningarna som är riktig. Det bör dock påpekas att förslaget utgör ett minimidirektiv<sup>210</sup> och skulle svenska regler föreskriva en tidigare tidpunkt än vad som följer av förslaget bör de svenska reglerna inte kunna anses vara oförenliga med direktivförslaget.

---

<sup>210</sup> Förslagets ingress, p. 1.



## 4 Bevisning som tillkommit i strid med rätten till tystnad

”If you shut your door to all errors truth will be shut out”<sup>211</sup>

(Rabindranath Tagore: Stray Birds)

### 4.1 Den fria bevisprövningen

Svensk bevisrätt är utformad enligt principen om fri bevisprövning. Principen har kommit till uttryck genom 35 kap. 1 § RB. Av paragrafen följer att ”rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat”. Stadgandet har ansetts innefatta dels fri bevisföring, dels fri bevisvärdering.<sup>212</sup> Detta framgår emellertid inte uttryckligen av regelns ordalydelse. Processlagsberedningen framhöll dock i motiven till RB att 35 kap. 1 § RB innebär ”att någon begränsning ej uppställs i fråga om de kunskapskällor, som få användas för sanningens utletande, som ock domaren vid värderingen av den föreliggande bevisningen icke är bunden av legala regler”.<sup>213</sup>

Vid fri bevisföring råder det i princip inga begränsningar angående vilka bevismedel som får användas. Nästintill allt som kan ha bevisvärde i målet kan därmed åberopas som bevis.<sup>214</sup> Det gäller även sådana upplysningskällor som inte går att inordna under de i 36-40 kap. RB behandlade bevismedlen.<sup>215</sup> Svensk rätt innehåller tillskillnad från andra länder relativt få inslag av legala bevisregler.<sup>216</sup> I enstaka fall råder det dock förbud mot vissa bevismedel, se exempelvis vittnesattester 35 kap. 14 § RB. Dessa förbud är emellertid få och den fria bevisföringen har inom svensk rätt en stark position.<sup>217</sup>

Den fria bevisvärderingen skapar en frihet för domstolen i sin värdering av den framlagda bevisningen. Rätten är inte bunden av några normer för vilka bevis som krävs för en fällande dom, utan domaren får utefter en självständig värdering av de bevis som framförts i förhandlingen avgöra om de i sig får gärningen att vara ställd utom rimligt tvivel. Domaren har alltså fritt att bedöma styrkan av bevisningen.<sup>218</sup> Denna frihet innebär dock inte att domstolen får grunda sitt avgörande på en rent subjektiv uppfattning av bevis-

<sup>211</sup> Tagore, Rabindranath, *Stray Birds*, Filiquarian Publishing, Minneapolis 2007, Poem nr. 130.

<sup>212</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 26.

<sup>213</sup> SOU 1938:44 s. 377.

<sup>214</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 35.

<sup>215</sup> Fitger, Peter, m.fl.: *Rättegångsbalken*, Norstedts Juridik, Stockholm 1990, s. 3:e avd:2.

<sup>216</sup> Nordh, Robert: *Praktisk process VI- Bevisrätt A*, Iustus, Uppsala 2009, s. 25.

<sup>217</sup> Nordh a.a. s. 41.

<sup>218</sup> Fitger, Peter, m.fl.: *Rättegångsbalken-1990*, a.a. s. 35:3; Fitger, Peter m.fl.: *Rättegångsbalken*, supplement 62, maj 2009, Norstedts Juridik, Stockholm 2009, 35:30 a.

ningens värde. Domaren måste stödja sin övertygelse på objektiva grunder vilka skulle accepteras som godtagbara av en förständig person. Domaren får inte heller se till totalintrycket av den framlagda bevisningen utan varje bevis måste värderas enskilt. Det ska sedan framgå av domskäl vilka olika grunder som domare stödjer sin övertygelse på.<sup>219</sup> En ”felaktig” bevisvärdering kan inte angripas som rättegångsfel och utgör inte heller grund för resning.<sup>220</sup>

Principen om fri bevisföring har ett nära samband med den fria bevisvärderingen. Existens av fri bevisföring är emellertid inte en nödvändig förutsättning för fri bevisvärdering. Det torde inte vålla några problem att förena rättens frihet att värdera bevisningen med förbud mot att i processen införa vissa bevismedel eller visst bevismaterial. En sådan inskränkning i den fria bevisföringen innebär enbart att domstolens underlag för bedömningen av sakfrågan är mera begränsat.<sup>221</sup>

35 kap. 1 § RB är av obligatorisk karaktär, vilket framgår i användandet av verbet *skall* i regelns lydelse. Att regeln är tvingande för rätten innebär att domstolen inte har möjlighet att bortse från framlagd bevisning utan att bevisningen avvisats.<sup>222</sup> Domstolen måste således beakta alla omständigheter som förts fram i förhandlingen och som kan anses vara ägnade att inverka på avgörandet.<sup>223</sup> Detta förhållande utgör emellertid inte hinder för att domstolen i sin bevisvärdering finner att bevisningen enbart har begränsat eller inget värde. Domstolen måste emellertid enligt 35 kap. 1 § RB pröva värdet av varje bevis.<sup>224</sup>

Den fria bevisprövningen har ansetts bidra till målet att erhålla materiellt riktiga domar. Eftersom det inte råder några begränsningar i vilka upplysningskällor som får användas eller hur deras värde ska bedömas kan domstolen fritt verka för att utröna sanningen.<sup>225</sup> Denna frihet anses därmed verka för ett effektivt och rättssäkert förfarande.<sup>226</sup>

## 4.2 Otillåtet anskaffad bevisning

Begreppet otillåtet anskaffad bevisning används i det följande för att beskriva bevis som erhållits i strid med en rättsregel eller rättsgrundsats. Härefter omfattas bevis som tillkommit i strid med rätten till tystnad eller genom åsidosättande av den i tredje kapitlet behandlande informationsplikten. Huruvida ett otillåtet anskaffat bevis är tillåtet att använda i rättegången

---

<sup>219</sup> SOU 1938:44 s. 377-378.

<sup>220</sup> Fitger, Peter m.fl.: *Rättegångsbalken*-supplement 62, a.a. s. 35:30 a.

<sup>221</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 34.

<sup>222</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 37.

<sup>223</sup> Fitger, Peter, m.fl.: *Rättegångsbalken*-1990, a.a. s. 35:3.

<sup>224</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 37.

<sup>225</sup> Diesen: *Utevarohandläggning*, a.a. s. 381.

<sup>226</sup> Nordh a.a. s. 25.

framgår inte direkt av lag eller förarbeten.<sup>227</sup> I enlighet med principen om fri bevisföring bör dock utgångspunkten vara att all bevisning är tillåten oberoende av dess ursprung. Högsta domstolen har prövat frågan i några rättsfall<sup>228</sup> vari den fria bevisföringen har kommit till tydligt uttryck.

I NJA 1986 s. 489 stod den tilltalade åtalad för rattfylleri. Som bevis för alkoholkoncentrationen i blodet åberopades en blodprovsanalys. Blodprovet hade emellertid tagits av en laboratorieassistent och inte som 28 kap. 13 § RB föreskriver av en läkare eller legitimerad sjuksköterska. Anskaffandet av beviset stod således i strid med nämnda paragraf. Högsta domstolen fann emellertid att något hinder inte förelåg i RB mot att åberopa beviset. Det framhölls även att ingen i den svenska rättsordningen grundläggande rättsprincip hade åsidosatts så att beviset inte kunde åberopas. Högsta domstolen tillät därmed att analysbeviset lades fram under rättegången. Däremot menade domstolen att i och med att beviset tillkommit genom åsidosättande av regeln i RB måste höga krav ställas vid bedömandet av analysens bevisvärde. Den tilltalade dömdes enligt åtalet.

Ett justitieråd var dock skiljaktig och menade att blodprovet inte skulle tillerkännas någon bevisverkan varpå åtalet skulle ogillas. Han framhöll att bevisverkan fick bedömas efter ”den närmare karaktären hos den föreskrift som blivit åsidosatt”. Han ansåg att 23 kap. 18 § RB tillgodosåg ett rättssäkerhetskrav genom att slå vakt om den enskildas personliga integritet och att säkerställa fullödiga bevis. Det bör därför inte vara möjligt att i rättstillämpningen öppna upp för kringgående av nämnda lagrum. Att förändra lagreglers innehåll är upp till lagstiftaren.

Thelin har kritiserat majoritetens avgörande. Han menar att det inte går att utläsa av Högsta domstolens resonemang ifall rätten ansåg att de grundläggande rättigheterna i regeringsformen (1974:152) inte kunde utgöra hinder för att tillmäta analysen bevisverkan eller om domstolen enbart ansåg att kränkningen som skett i fallet inte var av sådan grad att det stred mot grundlagen. Thelin framhåller att denna ovisshet till och med kan leda till att avgörandet läggs till grund i en framtida process för att tillåta bevis som framtvingsats genom tortyr.<sup>229</sup> Enligt min mening kan denna parallell vara lite väl långgående. Det borde få anses råda en så pass stor skillnad mellan en inskränkning i den personliga integriteten och att ”tillåta” tortyr att en sådan slutsats som Thelin framhåller inte kan anses vara en rimlig tolkning av domstolens dom. Jag förstår dock det resonemang som Thelin framför, om det tillåts att rucka på den personliga integriteten till förmån för effektiv brottsbekämpning var går då gränsen. Thelin avslutar dock med en önskan

---

<sup>227</sup> Vad det gäller överskottsinformation vid tvångsmedel se dock prop. 2004/05:143 s. 29-30.

<sup>228</sup> Förutom de nedan redovisade rättsfallen, se även NJA 2003 s. 321 där Högsta domstolen tillät överskottsinformation som tillkommit genom hemlig telefonavlyssning.

<sup>229</sup> Thelin, Krister: ”Grundlagen och blodprovet- prov utan värde?”. I: *Svensk Juristtidning* 1987, s. 131.

om att domstolarna framöver kommer att ge de grundläggande rättigheterna i grundlagen en större genomslagskraft.<sup>230</sup>

Lundqvist är också kritisk till Högsta domstolens avgörande. Han konstaterar att utredningsintresset här har brett ut sig över den enskildas skyddsintresse. Lundqvist menar att det kan ifrågasättas om rätten till en rättvis rättegång i artikel 6 Europakonventionen inte överträtts. Enligt artikeln ska den tilltalade ha samma möjligheter att utforma sin tala som åklagaren. Lundqvist framhåller att principen kan anses utgöra ett skydd mot att åklagaren kringgår processuella regler i syfte att tillskansa sig ett processuellt överläge. Han anser att domstolen i det förevarande målet skulle ha avvisat analysbeviset för att tillförsäkra sig om att avgörandet inte står i strid med Europakonventionen.<sup>231</sup> Lindell är även av samma åsikt, han har påpekat att ifall anskaffningen av bevis utgör en grov kränkning av de grundläggande rättigheterna i Europakonventionen och det olovligen erhållna beviset har avgörande betydelse för målets utgång kan en användning av beviset stå i strid med artikel 6 Europakonventionen.<sup>232</sup> Heuman har i en artikel som publicerades innan Högsta domstolens avgörande framhållit att om framskaffande av ett bevis strider mot några processuella regler har domstolen inte bara en möjlighet utan även en skyldighet att avisa beviset utan att gå in på en prövning av beviset värde.<sup>233</sup>

Högsta domstolen hade även i mål NJA 2011 s. 638 att ta ställning till frågan om den av åklagaren åberopade bevisningen skulle tillåtas. I målet var en person misstänkt för mord. Det fanns emellertid inga bevis för dennes skuld. Polisen använde sig därmed av en infiltratör för att provocera fram ett erkännande eller annan bevisning från den tilltalade. Denna provokation skedde med hotfulla inslag bland annat informerades den misstänkte om att någon från öst skulle komma och ”röja” hos denne om han inte berättade var kroppen fanns. Den misstänktes hem besöktes senare av personer som angav sig komma från Ryssland. I en bilfärd berättade den misstänkte under narkotikapåverkan var kroppen fanns och att han ensam var skyldig för offrets död. Den misstänkte åtalades för mordet. Han förnekade då att han var ansvarig för att ha bragt offret om livet.

Högsta domstolen framhöll i sitt avgörande att frågan om de åtgärder som använts av polisen för att införskaffa beviset är tillåtna eller ej enligt gällande rätt får en mera indirekt betydelse för domstolens bedömning. Vidare anfördes att det inte är domstolens primära uppgift att vid ett åtal som föregåtts av bevisprovokation bedöma provokationens förhållande till gällande rätt, utan prövningen bör i de fallen istället inriktas mot att besvara frågan ifall den av polisen vidtagna åtgärder på något sätt ska påverka bedömningen i målet. Med beaktande av rätten till en rättvis rättegång i artikel 6 Euro-

---

<sup>230</sup> Thelin a.a. s. 133.

<sup>231</sup> Lundqvist: *Bevisförbud*, a.a. s. 270.

<sup>232</sup> Lindell, Bengt, Eklund, Hans, Asp Petter och Andersson Torbjörn: *Straffprocessen*, Iustus, Uppsala 2005, s. 363.

<sup>233</sup> Heuman, Maths: ”Om användningen av narkotika analys inom straffprocessen”. I: *Svensk Juristtidning* 1955, s. 237.

pakonventionen framhöll domstolen att det i detta sammanhang finns skäl att ta hänsyn till hur bevisning har anskaffats. Domstolen övergick därefter till att kolla närmare på Europakonventionen och Europadomstolens praxis. Högsta domstolen framhöll att rätten att tåga och rätten att inte behöva belasta sig själv innefattas i nämnda artikel. Har en bevisprovokation företagits i strid med dessa principer kan det innebära att förfarandet inte är förenligt med konventionen. Domstolen framhöll dock att en prövning enligt artikel 6 Europakonventionen omfattar förfarandet i dess helhet och inte enskilda inslag i bevisföringen. Det framfördes med hänvisningen till p. 42 i målet *Allan mot Storbritannien*<sup>234</sup> att Europadomstolen inte har ansett det vara dennes uppgift att avgöra vilken typ av bevisning som får läggas fram. Europadomstolen ska istället ha överlämnat till den nationella rättsordningen att avgöra vilka bevis som får användas i rättegången. Högsta domstolen konstaterade med hänvisning till Europadomstolens avgörande att det därmed kan vara legitimt att åberopa bevisning som tillkommit på ett sätt som inte är konventionsenligt så länge förfarandet i dess helhet är att anse som rättvist. Därefter påpekade domstolen att huvudregeln inom svensk rätt är att bevis får läggas fram i rättegången oberoende av hur de anskaffats. Om tillkomsten av viss bevisning har skett på ett otillbörligt sätt får det i första hand bedömas inom bevisvärderingen. Domstolen påpekade emellertid att om anskaffande strider mot förbudet mot tortyr i artikel 3 Europakonventionen kan det finnas anledning att inte tillåta beviset. Högsta domstolen accepterade i fallet åklagarens bevisning, den tilltalade kompenseras dock med en straffsänkning.<sup>235</sup>

Högsta domstolen väljer i detta avgörande likt det förra att tillåta bevisningen. Domstolen kan dock med hänvisning till uttalandet om förbudet mot tortyr anses öppna upp för en möjlighet att inte tillåta viss bevisning. Var denna gräns går får dock vara osagt, viss ledning kan kanske hämtas från domstolens uttalande ”otillbörliga åtgärder av mindre allvarligt slag”<sup>236</sup> där domstolen beskriver varför en överträdelse av artikel 6 Europakonventionen inte ledde till att bevisningen förbjöds.

Lundqvist har kritiserat Högsta domstolens bedömning i fallet. Han anser att ett reducerat bevisvärde eller en straffrabatt inte kan kompensera en överträdelse av mänskliga och judiciella rättigheter. Inget av de två faktorerna kan enligt Lundqvist användas som argument för att utreda om bevisningen ska förbjudas. Bevisvärdet och påföljden bestäms först under överläggningen och domstolen måste innan dess ha tagit ställning till om beviset ska kunna läggas fram.<sup>237</sup>

Ekelöf får dock anses stå på motsatt sida jämfört med tidigare nämnda författare. Han framhåller med hänvisning till 35 kap. 1 § RB obligatoriska karaktär att domstolen är förhindrad att bortse från bevis som tillkommit på

---

<sup>234</sup> Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05. I avsnitt 2.3 redogörs det för omständigheterna i målet

<sup>235</sup> NJA 2011 s. 638, p. 15-21 och 32.

<sup>236</sup> NJA 2011 s. 638, p. 22. Se även Lundqvist: *Bevisförbud i rättspraxis*, a.a. s. 65.

<sup>237</sup> Lundqvist: *Bevisförbud i rättspraxis*, a.a. s. 65-66.

ett otillåtet sätt eftersom rätten har en skyldighet att värdera beviset. Han menar att otillåten anskaffad bevisning inte kan kompenseras genom processuella sanktionsåtgärder såsom avvisning av bevisning. Detta förhållande förändras inte enligt Ekelöf av att bevisanskaffningsmetoden kan påverka bevisningens värde eller leda till att domstolen missbedömer bevisningen. Han framför att det är domstolens uppgift att inom bevisvärderingen avgöra om sättet varpå ett bevis erhållits bör påverka bevisvärdet.<sup>238</sup> Westberg har framhållit två synpunkter på otillåten anskaffad bevisnings förhållande till en rättvis rättegång. För det första menar han att begreppet rättvis rättegång kanske inte kan anses omfatta ett skydd för parterna mot bevisning som införskaffats på olaglig väg. För det andra menar han att en avvisning av bevisningen skulle stå i strid med en parts rätt att allsidigt och uttömmande bevisa sin sak, och därmed åsidosätta möjligheterna till en rättvis rättegång. Han framför att rätten till en rättvis rättegång bör tillförsäkra alla parter, både enskilda och det allmänna, att lägga fram bevisning oberoende av hur den har anskaffats.<sup>239</sup> Westbergs argumentation kring rätten till en rättvis rättegång och otillåten anskaffad bevisning kan således anses gå emot vad som Lundqvist och Lindell framhållit. Ur denna rättighet kan det således hämtas argument båda för och emot otillåten anskaffad bevisning och enligt min mening borde slutsatsen bero på uppfattningen om hur starkt skydd som tilltalade bör ha i rättsprocessen. Rättsläget på denna punkt får dock anses vara osäkert.

Sammanfattningsvis får med bakgrund av Högsta domstolens avgöranden, gällande rätt anses tillåta användning av otillåten anskaffad bevisning i rättegång. Domstolen har istället att inom ramen för den fria bevisvärderingen bedöma hur bevisets ursprung ska påverka dess värde. Rätten kan därmed välja att sänka bevisvärdet på grund av omständigheter kring införskaffandet av bevisningen. Bevisets ursprung bör även kunna beaktas av domstolen vid påföljdsbestämningen.

Högsta domstolen har inte i något av de redogjorda fallen valt att avvisa bevisningen. Nedan ska det dock försöka utredas om domstolen med stöd av 35 kap. 7 § RB har möjlighet att avvisa bevisning som tillkommit i strid med rätten till tystnad. Det ska även granskas ifall det finns utrymme i svensk rätt att införa ett bevisförbud i nämnda situation.

### 4.3 Den allmänna avvisningsregeln

Den fria bevisföringen är en stark huvudregel, men ingen huvudregel utan undantag. Domstolen har under vissa bestämda förutsättningar möjlighet att avvisa bevisning. Ett avvisningsbeslut innebär att åberopad bevisning överhuvudtaget inte får förebringas i rättegången.<sup>240</sup> 35 kap. 7 § RB innehåller de situationer där domstolen kan avvisa bevisning. Regeln har till syfte att

---

<sup>238</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman: *Rättegång fjärde häftet*, a.a. s. 37.

<sup>239</sup> Westberg, Peter: "Fair trial- inget för staten?"- Ett rättsfall om olagligen åtkommen bevisning och överskottsinformation". I: *Juridisk Tidskrift* 2003/04, s. 664.

<sup>240</sup> Westberg, Peter: *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, Norstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 622.

tillförsäkra att de bevis som framläggs under huvudförhandlingen är ägnade att bevisa en i målet relevant omständighet samt att bevisningen kan antas få betydelse för ifrågavarande omständighet. Grundtanken är även att valet av bevismedel ska styras av det förväntade bevisvärdet. Bevismedel bör således väljas efter vilka som kan antas få det högsta bevisvärdet om inte tungt vägande processekonomiska skäl skulle tala häremot.<sup>241</sup>

De fall där bevisningen kan avvisas enligt 35 kap. 7 § RB kan delas upp i två grupper. Den första gruppen riktar sig till de fall där bevisningen skulle sakna betydelse för avgörandet av målet. Bevisning kan här avvisas: (1) om den omständighet som ska bevisas saknar relevans i målet; (2) om beviset inte behövs eller (3) om beviset uppenbart skulle bli utan verkan. I den andra gruppen kan bevisningen avvisa trots att den skulle kunna förväntas få bevisvärde i målet men (4) bevisning skulle med avsevärt mindre besvär eller lägre kostnader kunna erhållas på annat sätt eller (5) om bevisningen trots rimliga ansträngningar inte kunnat företas i rätten och avgörandet inte bör fördröjas ytterligare. Det finns således fem situationer där bevisningen kan avvisas. I den fortsatta framställningen kommer 3 p. att utredas närmare. Grunden för denna avgränsning är min teori om att bevisning som tillkommit i strid med rätten till tystnad kommer att värderas så pass låg att den saknar verkan i målet. Hypotesen baseras på ett uttalande från Heuman där han tycks framföra en möjlighet att avvisa otillåten anskaffad bevisning med tillämpning av 35 kap. 7 § 3 p. RB.<sup>242</sup>

En tillämpning av 35 kap. 7 § 3 p. RB förutsätter enligt Fitger ”att beviset inte ska kunna förändra det totala bevisvärdet rörande ett visst bevisstema så att tillräcklig bevisning uppnås eller inte längre anses föreligga”.<sup>243</sup> Enligt regelns ordalydelse måste detta förhållande även vara uppenbart. En avisning enligt nämnda paragraf torde därmed kräva att det med säkerhet kan fastställas att beviset helt skulle sakna värde för det i målet angivna bevisstemat.<sup>244</sup> Domstolen får således inte avvisa ett bevis enbart för att det har ett svagt bevisvärde eller för att det utgör den enda beviset och inte kommer att räcka för att uppfylla partens bevisbörda. Att avvisa bevisning enbart på grund av dess låga bevisvärde skulle kunna innebära att domstolen på förhand fråntog parterna möjligheten att genom en sammanläggning av flera svaga bevis styrka ett visst faktum.<sup>245</sup>

Problemet med en tillämpning av 35 kap. 7 § 3 p. RB är svårigheten att på förhand avgöra om beviset kommer att ha ett värde i målet.<sup>246</sup> En grundläggande princip inom svensk processrätt är att domstolen inte ska ta ställning till sakfrågan förrän allt material har presenterats i målet, och ställningsta-

---

<sup>241</sup> Nordh a.a. s. 25.

<sup>242</sup> Heuman, L.: *Ulf Lundqvist*, a.a. s. 232.

<sup>243</sup> Fitger, Peter m.fl.: *Rättegångsbalken*, supplement 67, augusti 2010, Norstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 35:66 a.

<sup>244</sup> Se bland annat NJA 2007 s. 547; NJA 2000 C 8. Se även Fitger, Peter m.fl.: *Rättegångsbalken*- supplement 67, a.a. s. 35:66 b.

<sup>245</sup> Westberg: *Anskaffning av bevisning*, a.a. s. 624.

<sup>246</sup> Fitger, Peter m.fl.: *Rättegångsbalken*- supplement 67, a.a. s. 35:66 a-35:66 b.

gandet ska då ske genom avgörande av åtalet.<sup>247</sup> Westberg menar att denna princip bör kräva att domstolen inte på förhand granskar betydelsen av åberopad bevisning och om det görs att prövningen då inte omfattar en djupare analys. Prövningen bör inte vara mer långtgående än att det kan avgöras om bevisningen omedelbart framstår som betydelselös. Vid en mera grundläggande analys riskera domstolen att i förväg ta ställning till bevisvärderingsfrågor, något som inte ska göras förrän under överläggningen.<sup>248</sup> Råder det tveksamhet huruvida bevisningen kan få verkan i målet bör en avvisning inte ske.<sup>249</sup> Domstolarna har visat på en stor restriktivitet i tillämpningen av 35 kap. 7 § 3 p. RB och avvisningsgrunden bör enbart bli tillämplig i ytterst sällsynta fall.<sup>250</sup>

Möjligheterna att avvisa bevisning som tillkommit i strid med rätten att tåga med stöd av 35 kap. 7 § 3 p. RB torde vara begränsade. Bevisningen ursprung måste i sådana fall påverka bevisvärdet i sådan grad att bevisningen helt fränkänns värde. Det räcker således inte som ovan nämnts att bevisningen anses ha ett mycket lågt värde. Till detta kommer även att det ska vara uppenbart att bevisningen kommer sakna verkan i målet och vid minsta tvekan ska bevisningen tillåtas. Bevisning i form av utsagor som tillkommit genom åsidosättande av rätten till tystnad borde enligt min mening kunna antas ha ett relativt högt ursprungsvärde,<sup>251</sup> men kanske nedvärderas på grund av anskaffningsmetoden. Att domstolen då skulle vara benägen att avvisa denna bevisning torde med hänsyn till uppenbarhetskravet vara mindre sannolikt. Domstolarna har visat tydliga tecken på återhållsamhet i användningen av 35 kap. 7 § 3 p. RB. Detta torde i sin tur minska möjligheterna ytterligare för att med stöd av denna grund avvisa bevisning som tillkommit i strid med rätten att vara tyst. Det bör dock påpekas att jag inte anser att denna möjlighet är helt utesluten men som rättsläget ser ut idag mycket begränsad.

## 4.4 Införandet av ett bevisförbud

Som tidigare nämnts utgör ett av målen med straffprocessen att uppnå materiellt riktiga domar, vilka i så stor utsträckning som möjligt ska återspegla verkliga förhållanden. Det statliga utredningsintresset kan dock inte få ett obegränsat utrymme utan måste vägas mot samhälleliga och enskildas skyddsintressen. Denna intresseavvägning ska bidra till trygghet och säkerhet i rättsordningen. Trots den fria bevisprövningens starka ställning har det ansetts vara nödvändigt att i vissa situationer införa bevisförbud. Utredningsintresset har här fått stå tillbaka till förmån för olika skyddsintressen. De kunskapskällor som ska tjäna för sanningens utletande har begränsats för att säkerställa skyddsintressena bakom förbuden. Lagstiftaren har i de fallen

---

<sup>247</sup> NJA 1982 s. 175 (I).

<sup>248</sup> Westberg: *Anskaffning av bevisning*, a.a. s. 623.

<sup>249</sup> Högsta domstolen beslut 2010-03-05 i mål Ö 3554-08, p 10.

<sup>250</sup> Se NJA 2007 s. 547 och NJA 2000 C 8.

<sup>251</sup> Se exempelvis den tilltalades erkännande inför informatören i NJA 2011 s. 638 som behandlades i 4.2.



valt att uttryckligen avstå från att till varje pris uppnå en materiellt riktigt dom.<sup>252</sup>

I svensk rätt har det exempelvis ansetts motiverat att göra undantag från den fria bevisprövningen till förmån för att inte behöva ange sig själv, se 36 kap 6 § RB vilken stadgar att vittnen inte behöver svara på frågor som skulle avslöja att de har begått brott.<sup>253</sup> Bevisning som användas för att kringgå denna inskränkning i vittnesplikten är förbjudna.<sup>254</sup> Enligt min mening bör det även finnas utrymme i svensk rätt att rucka på den fria bevisprövningen till förmån för rätten till tystnad. Ett bevisförbud skulle kunna motverka överträdelse av rättigheten och därmed säkerställa rätten att tåga i svensk straffprocessrätt. Frågan är dock ifall det är önskvärt att införa en form av legal bevisregel till förmån för denna rättighet? Om så vore fallet hur skulle förbudet då se ut? Enligt Westberg kan ett bevisförbud antingen utformas som ett bevisförbud eller som ett bevisvärderingsförbud. Det förstnämnda alternativet innebär att bevisningen kommer att avvisas medan det andra att bevisningen kommer att tillåtas men att rätten är förhindrad att beakta bevisningen i bevisvärderingen.<sup>255</sup>

Inom doktrin råder det delade meningar angående frågan om det bör införas ett bevisförbud vid otillåten anskaffad bevisning. Lundqvist får nog anses vara den största förespråkaren för ett bevisförbud. I sin avhandling framför han att huvudregeln inom svensk rätt förvisso är att otillåten anskaffad bevisning är tillåten att åberopa i rättegång men att det måste finnas undantag härtill. Enligt Lundqvist måste det finnas en gräns för vad som kan accepteras och när det kommer till de kritiska områdena bör ett bevisförbud träda i kraft.<sup>256</sup> Ett bevisförbud menar Lundqvist inte minst skulle vara motiverat för att uppfylla våra folkrättsliga åtaganden i bland annat Europakonventionen, vilken Lundqvist finner ställer krav på användningen av viss bevisning. Förutom att undvika folkrättsbrott skulle ett bevisförbud enligt Lundqvist bidra till att skydda formella och materiella skyddsintressen. Som formella skyddsintressen beskriver han intresset av att statens våldsmonopol utövas under lagarna. De materiella skyddsintressena menar Lundqvist är att härleda antingen till en enskild individ eller till allmänheten i stort. Ur den misstänkta eller tilltalades perspektiv kan det handla om rätten att inte behöva vara verksam i förfarandet till sin egen nackdel eller principen om parternas likställighet.<sup>257</sup> Det gemensamma i de materiella skyddsintressen som Lundqvist framför är att de inryms inom begreppet rätten till en rättvis rättegång i artikel 6 Europakonventionen. I nämnda stadgande återfinns även den tilltalades rätt till tystnad och denna rättighet borde därmed utgöra ett sådant materiellt skyddsintresse som Lundqvist anser att ett bevisförbud skulle skydda. Enligt Lundqvist bör bedömningen om när ett bevisförbud ska träda i funktion ske efter en avvägning mellan utredningsintresset och

---

<sup>252</sup> Lundqvist: *Bevisförbud*, a.a. s. 23-26.

<sup>253</sup> Fitger, Peter m.fl.: *Rättegångsbalken*- supplement 62, a.a. s. 36:26.

<sup>254</sup> Nordh a.a. s. 41.

<sup>255</sup> Westberg: *Anskaffning av bevisning*, a.a. s. 330.

<sup>256</sup> Lundqvist: *Bevisförbud*, a.a. s. 230-231.

<sup>257</sup> Lundqvist: *Bevisförbud*, a.a. s. 257-258.

det angripna skyddsintresset där det särskilt bör beaktas hur allvarligt ifrågavarande skyddsintresse har skadats.<sup>258</sup> Han tycks således förespråka ett bevisförbud vars tillämplighet beror på en intresseavvägning i varje enskilt fall och inte ett generellt förbud mot otillåten anskaffad bevisning. Utformningen bör enligt Lundqvist ske i formen av ett bevisföringsförbud. Lundqvist menar dock att det inte krävs att någon ny bestämmelse införs utan bevisförbudet bör kunna tillämpas genom att 35 kap. 1 § RB tolkas konventionskonformt, där bland annat artikel 6 i Europakonventionen ska beaktas.<sup>259</sup>

Ahlstrand får ses som en representant från det andra blocket. Han menar att det måste värnas om den fria bevisprövningen. Det torde enligt Ahlstrand inte vara vanligt förekommande i svensk rätt att bevisning anskaffas på ett otillåtet sätt. I de fall där det ändå har förekommit, beror det enligt Ahlstrand ofta på ett misstag i arbetet eller att åklagarsidan inte har haft någon annan möjlighet att erhålla bevisning. En utveckling mot legal bevis-teori skulle enligt Ahlstrand kunna ifrågasättas ur såväl rättssäkerhets- som rättstrygghetssynpunkt. Det kanske kan vara tillfredställande för försvaret att i ett speciellt fall få otillåten åtkommen bevisning avvisad. Ahlstrand framhåller dock att det i längden skulle leda till ”större faror än välsignelser”.<sup>260</sup> Han menar att en sådan bevisrätt skulle passa bättre för ett osofistikerat samhälle där förtroendet för rättstillämparens omdöme är lågt. Legala bevisregler skulle enligt Ahlstrand leda till att bevisning som uppfyller de formella kraven inte granskas till sitt innehåll utan okritisk godtas. Europadomstolen har enligt Ahlstrand inte uppställt några krav på att orättmätig bevisning ska avvisa. Han framhåller att den tolkning som Lundqvist har gjort av konventionen inte finner stöd i Europadomstolens avgöranden. Ahlstrand framhåller att syftet med rättegången måste vara att erhålla en så materiell korrekt dom som möjligt och att det då aldrig kan vara ändamåls-enligt att avvisa kunskap.<sup>261</sup>

Det återfinns således olika synsätt till frågan ifall ett bevisförbud är välkomnat i svensk rätt eller ej. Lundqvists resonemang genomlyses till stor del av enskildas rättssäkerhet i det straffrättsliga förfarandet. Där skyddsintressen i vissa fall vår anses väga över myndigheternas möjlighet att genom vilka medel som helst anskaffa information för att utreda sanningen. Ahlstrands uppfattning bygger mer på att den viktigaste aspekten bör vara att nå ett materiellt riktigt avgörande oberoende av vilka metoder som krävs för att skaffa fram bevisning. Som ovan nämns framhåller Ahlstrand att användningen av otillåtna metoder kanske är åklagarens enda möjlighet att skaffa fram information i målet. Att detta skulle rättfärdiga att åklagaren åsidosatte rättsregler eller rättsgrundsatser kan enligt min mening inte vara en rimlig avvägning. Min åsikt är att Ahlstrand kanske värnar lite väl mycket om utredningsintresset vilket leder till att han förbiser de olika skyddsintressen

---

<sup>258</sup> Lundqvist: *Bevisförbud*, a.a. s. 258.

<sup>259</sup> Lundqvist: *Bevisförbud*, a.a. s. 258.

<sup>260</sup> Ahlstrand Thomas ”Till frågan om fri bevisföring och bevisförbud”. I: *Svensk Juristtidning* 2002, s. 546.

<sup>261</sup> Ahlstrand a.a. s. 546-548.

som återfinns bakom rättsreglerna. Hans diskussion verkar bygga på att hela förfarandet ska bytas ut mot legala bevisregler och därmed även domstolens bevisvärdering. Att viss bevisningsföring förbjuds hindrar inte att domstolen fortfarande fritt kan värdera den framlagda (tillåtna) bevisningen. Det kan ifrågasättas ifall Ahlstrand verkligen har belägg för sitt uttalande om att införandet av ett bevisföringsförbud skulle leda till att domstolen okritisk godtog innehållet i den tillåtna bevisningen. Enligt min mening bör vi inte nedvärdera domstolen omdöme att värdera och granska den framlagda bevisningen. Förtroendet för domstolarna torde enligt min mening vara en av grundförutsättningar för att överhuvudtaget kunna acceptera fria bevisprövning.

Lundqvist lösning att bevisförbudet bör ske som ett bevisföringsförbud och inte bevisvärderingsförbud bör enligt min mening godtas. Att bevisning skulle tillåtas att läggas fram skulle kunna påverka domstolen i deras bedömning fast att den inte får lov att ta med beviset i sin bevisvärdering. Den mänskliga faktorn kan göra att det är svårt att bortse från information som tillhandahållits. Lundqvist lösning kan ur denna aspekt anses som en lämpligare lösning än införandet av ett bevisvärderingsförbud. Frågan är dock om det inte bör införas en konkret bevisförbudsregel istället för att använda den av Lundqvist beskrivna metoden med konventionskonform tolkning, främst för att öka förutsägbarheten och därmed rättsäkerheten.

## 4.5 Artikel 7.4 i EU-kommissionens direktivförslag

I artikel 7.4 i EU-kommissionens förslag föreskrivs: "[b]evisning som erhållits i strid med denna artikel ska inte vara tillåtlig, om inte användningen av sådan bevisning inte skulle påverka den övergripande rättvisan i förfarandena." Förslaget lades som tidigare nämnts ut på remiss av Justitiedepartementet. Flera av de svenska remissinstanserna har i sina yttranden varit kritiska till denna del av förslaget. Det framhölls i flertalet remissvar att det var av vikt för svenskt rätt att värna om den fria bevisprövningen. Införandet av regler angående avvísning av bevisning ansågs vara främmande för svensk rättstradition och skulle stå i direkt strid med den fria bevisföringen. Det framfördes således en övilja att inskränka den fria bevisprövningen på det sätt som EU-kommissionen föreslår.<sup>262</sup> Svea Hovrätt framhöll att det var Europadomstolens sak att övervaka att rätten till rättvis rättegång upprätthölls och menade på att det var direkt olämpligt att vid sidan om Europadomstolens praxis införa regler som inkräktar på den fria bevisföringen.<sup>263</sup> Åklagarmyndigheten framförde att det inte finns ett behov av avvísningsregler för svensk rätt för att upprätthålla rätten till en rättvis rättegång. Denna rättighet säkerställs genom att anskaffningen av bevisningen kan få betydelse vid bevisvärderingen och kan påverka påföljdsbestämningen.<sup>264</sup>

<sup>262</sup> Se bland annat Stockholms universitets remissvar, s. 3-5; Domstolsverket remissvar, paket med processuella rättigheter, s. 2; Stockholms tingsrätts remissvar, s. 4.

<sup>263</sup> Svea Hovrätts remissvar, s. 2.

<sup>264</sup> Åklagarmyndighetens remissvar, s. 2.

Stockholms universitet försökte sig på en omformulering av EU-kommissionens förslag. Först anfördes att regeln skulle kunna utformas på så sätt, att bevis som erhållits i strid med rätten att tåga inte skulle vara tillåten att lägga till grund för ett avgörande om det otillåtet anskaffade beviset utgjorde det enda beviset eller hade avgörande betydelse för målets utgång. Stockholms universitet ansåg dock att denna lösning inte heller var lämplig med hänsyn till principen om fri bevisvärdering. Universitetet ansåg att regeln istället borde utformas på så vis att den uppmanade domstolarna att vara särskilt uppmärksamma vid värdering av bevis som erhållits i strid med rätten till tystnad.<sup>265</sup>

Ingen av remissinstanserna har dock kommenterat det i artikel 7.4 föreskrivna undantaget till att inte tillåta bevisningen. Enligt artikeln kan nämligen bevisningen användas om det inte skulle påverka den övergripande rättvisan i förfarandet. Det framgår dock inte närmare av stadgandet vad som menas med ”den övergripande rättvisan i förfarandet”. I motiveringen till förslaget har EU-kommissionen framhållit att det handlar om särskilda undantagsfall. EU-kommissionen hänvisar även härvid till p. 42 i Europadomstolens avgörande *Allan mot Storbritannien*<sup>266 267</sup>. Det uttalande i domen som EU-kommissionen troligtvis åsyftar är: ”[t]he question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair”. Europadomstolen konstaterar i målet att rätten till en rättvis rättegång måste bedömas med beaktande av processen i dess helhet. Frågan är då ifall det är detta förfaringssätt som EU-kommissionen förespråkar. Om så är fallet kan den svenska metoden att behandla otillåtet anskaffad bevisning inom ramen för bevisvärderingen och påföljdsbestämningen kanske vara tillräckligt för att uppfylla de krav som föreskrivs i artikel 7.4. Ifall det ses till processen i dess helhet kanske felet i hur bevisningen anskaffats kan repareras av andra förfoganden i förfarandet så att den övergripande rättvisan i processen inte anses åsidosatt. Om denna tolkning av förslaget är korrekt kanske det inte behöver ske en inskränkning av den fria bevisföringen i svensk rätt för att uppnå förenlighet med förslaget, så länge som den svenska bevisrätten uppfyller kraven på en rättvis rättegång.

---

<sup>265</sup> Stockholms universitets remissvar, s. 5.

<sup>266</sup> Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05. I avsnitt 2.3 redogörs det för omständigheterna i fallet.

<sup>267</sup> Motiveringen till förslaget, p. 36.

# 5 Analys och slutkommentar

## 5.1 Tystnaden som bevis

Den som är anklagad för brott har rätt att presumeras oskyldig intill dess att motsatsen är bevisad i en lagakraftvunnen dom, artikel 6.2 Europakonventionen. Oskuldspresumtionen har till syfte att motverka felaktigt fällande avgöranden och den kan således anses utgöra en skyddsnorm för enskilda mot oberättigade ingrepp av det allmänna. Presumtionen innehåller olika former av rättssäkerhetsgarantier för enskilda, vilka ibland kan få effekten att även en egentlig gärningsman inte kan dömas till ansvar. Skyddet för felaktiga fällande avgöranden har i detta avseende ansetts vara viktigare än att förverkliga det straffrättsliga ansvaret. En av de rättssäkerhetsgarantier som kan härledas från oskuldspresumtionen är misstänkta rätt att förbli tysta under hela straffprocessen. Denna rättighet är inte uttryckligen reglerad men har ansetts följa av grundtanken, att ingen oskyldig ska behöva yttra sig.

Rätten till tystnad har ansetts bestå av två komponenter, dels en rätt att vara tyst från förundersökning till slutlig dom, dels att tystnaden inte får användas som bevis för att styrka den misstänktes skuld. Den första komponenten tar sikte på att ingen genom tvång kan bli skyldig att yttra sig. Europadomstolen får anses vara sträng i sin tillämpning av denna del i rätten till tystnad och även former av indirekt tvång kan beaktas som en kränkning av artikel 6 Europakonventionen.

Vad det gäller den andra komponenten har Europadomstolens inställning inte varit så restriktiv. Domstolen har framhållit att rätten till tystnad i detta avseende inte är absolut utan tystanden kan under vissa bestämda förutsättningar användas som bevis mot den tilltalade. I svensk rätt återfinns detta synsätt i 35 kap. 4 § RB. Av paragrafen följer att den tilltalades underlåtenhet att besvara framställda frågor kan erhålla bevisverkan. Vid instiftandet av regeln ansågs det inte kunna bortses ifrån hur den tilltalade förhåller sig under rättegången. Det framhölls dock att det måste iaktas stor försiktighet när den tilltalades tystnad tolkas som bevis mot denne. Vad detta innebär är dock oklart. Det framgår inte närmare av varken förarbeten eller RB under vilka förutsättningar som tystnaden kan tillmätas bevisverkan. Nowak har tolkat det som att 35 kap. 4 § RB tillåter bevisverkan av tystnaden i princip utan begränsningar. Westberg är dock något mer restriktiv och menar att motiven bakom regeln borde innebära att rätten måste ha godtagbara skäl för att använda tystnaden som bevis. Detta uttalande leder dock vidare till en annan fråga, vad är att anse som godtagbara skäl? Det enda som med säkerhet bör kunna fastställas är att tystnaden kan ha bevisverkan enligt 35 kap. 4 § RB och de yttersta ramarna för hur tystnaden kan användas som bevis får anses följa av Europadomstolens avgöranden.

Enligt min mening bör dock frågan ställas vilken verkan som tystnaden kan ha som bevis. Kan åklagarens påstående bli mer sannolikt för att den tilltalade inte väljer att bemöta det? Svaret på denna fråga får anses bero på ifall man väljer att acceptera en grundtanke med innebörden av att det endast är skyldiga som gömmer sig bakom tystnaden. I sådana fall torde tystnaden kunna tala för att den tilltalade är skyldig. Men om vi håller oss till ett kunskapsteoretiskt resonemang bör den tilltalades tystnad inte kunna anses som en omständighet som santförklarar åklagarens påstående. Den tilltalades tystnad behöver inte innebära att åklagares gärningspåstående är riktigt utan det kan finnas andra anledningar till att den tilltalade inte väljer att yttra sig. Enligt min mening bör den tilltalades tystnad inte kunna höja värdet på åklagarens bevisning eftersom jag anser att det inte borde vara möjligt att dra några säkra slutsatser av tystnaden. Inom svensk rätt har det dock accepterats att tystnaden kan användas som bevis. Förverkligandeprincipen får här ha ansetts väga över skyddsprincipen. Att kunna beakta tystnaden som bevis får anses kunna öka möjligheterna för att aktualisera det straffrättsliga ansvaret och då på bekostnad av den enskildas rättssäkerhet.

Vetskapen om att tystnaden kan komma att användas emot en kan bidra till att den tilltalade känner sig tvingad att tala. Denna inskränkning i rätten att tala kan således anses urholka rättighetens verkan. Förhållandet att tystnaden tillmätts bevisverkan får dock inte enbart anses minska förutsättningarna för ett effektiv utövande av rätten att tala utan även vara svår att förena med en strikt tillämpning av oskuldspresumtionen. Ingen oskyldig ska behöva yttra sig men om de inte gör det riskerar de att mötas av en fällande dom. Ett synsätt som för mig kan verka förvirrande och för misstänkta bör det bidra till en svårighet att förstå innebörden av denna rättighet. Att tystnaden kan tillmätts bevisverkan innebär det då att det även har accepterats en inskränkning i målet att motverka felaktigt fällande avgöranden? Enligt min mening bör en begränsning av oskuldspresumtionen alltid föregås av en avvägning mellan intresset av att undvika oskyldigt dömda och intresset av att det straffrättsliga ansvaret ska aktualiseras. Min åsikt är att det bör krävas mycket för att det straffrättsliga ansvaret här ska väga över eftersom det inte torde vara accepterat i en rättsstat att oskyldiga döms för brott.

I brottmål är det åklagaren som bär hela bevisbördan och den tilltalade behöver inte på något sätt bidra till utredningen utan kan förhålla sig passiv under hela förfarandet. Det har dock i den juridiska litteraturen diskuterats ifall den tilltalade inte i vissa fall har ålagts en aktivitetsplikt i formen av en förklaringsbörda. Där den tilltalades underlåtenhet att lämna en rimlig förklaring till en för denne graverande omständighet har tolkats till dennes nackdel. Grunden för denna diskussion utgörs av uttalanden i domskäl där domstolen tycks ålägga den tilltalade en börda att lämna en förklaring i äventyr om att annars mötas av en fällande dom. Användningen av en förklaringsbörda får således anses som ett speciellt sätt att utnyttja den tilltalades tystnad som bevis för dennes skuld.

Under vilka förutsättningar den tilltalade kan åläggas en förklaringsbörda är dock inte klart. Inom den juridiska litteraturen synes det råda konsensus om

att den tilltalade inte bör kunna åläggas att lämna en förklaring förrän åklagaren har uppfyllt sin bevisskyldighet. Detta för att en tillämpning av förklaringsbördan i realiteten inte ska leda till en bevisbördaomkastning eller en sänkning av det straffrättsliga beviskravet.

Efter det att åklagaren framlagt sin bevisning är det upp till domstolen att själv pröva alternativa händelseförlopp till åklagarens påstående. En fällande dom bör nämligen inte kunna meddelas ifall det återstår en rimlig friande förklaring som inte kan elimineras. Den tilltalade har här inte en skyldighet att tillhandahålla någon förklaring utan det är domstolen skyldighet att utefter omständigheterna i målet eftersöka förklaringar som kan tala för den tilltalades oskuld. Resultatet kan dock utfalla som sådant att domstolen inte finner någon friande förklaring. Det är troligtvis i detta stadiet som den tilltalade kan efterfrågas om en rimlig förklaring till åklagarens påstående med följden att en utebliven förklaring leder till fällande dom.

Förklaringsbördan bör således enbart kunna åläggas den tilltalade efter det att åklagaren har kunna förebringa tillräcklig bevisning för fällande dom och rätten själv inte kunna finna någon friande förklaring. Utrymmet för att tillämpa en förklaringsbörda får således anses vara relativt snävt. Det som jag ställer mig frågande till är om den uteblivna förklaringen verkligen används som bevis för att styrka den tilltalades skuld. Åklagaren har utan den tilltalades uteblivna förklaring uppfyllt bevisbördan. Den tilltalades vägran att bemöta åklagarens påstående bör då kunna anses som ett misslyckande från den tilltalades sida i att rubba domstolens uppfattning om att åtalet är ställt utom rimligt tvivel. Underlåtenheten att lämna en förklaring kan således enligt min mening anses utgöra ett misslyckat motbevisningsförsök och borde därmed inte anses höja värdet på åklagarens bevisning. I och med att beviskravet redan är uppfyllt kan det inte anses finnas behov av ytterligare bevisning. Jag betvivlar alltså existens av en förklaringsbörda med innehållet att den tilltalades tystnad påverkar värdet av åklagarens bevisning. Förklaringsbördan får istället ses som ett sista försök av domstolen att för den tilltalade finna en friande förklaring.

## **5.2 Information enligt 12 § FUK**

Som ett led i implementeringen av informationsdirektivet infördes en informationsskyldighet om rätten att tåga i 12 § 1 st. 4 p. FUK. Enligt stadgandet ska informationen lämnas i samband med att en underrättelse om misstanke sker. Denna underrättelse ska lämnas vid det första förhör som hålls med den misstänkta efter det att misstankegraden har nått upp till skärligen misstänkt, 23 kap. 18 § 1 st. RB. Misstänkta rätt till tystnad kan dock inträda tidigare än så. Även den som kan misstänkas för brott kan ha en rätt att tåga, men denne har emellertid inte rätt enligt 12 § FUK att underrättas om sin rättighet. Den som kan misstänkas för brott är dock tvungen att inställa sig för förhör, 23 kap. 6 § RB. Det bör därmed kunna ifrågasättas om tidpunkten för rättighetsinformation inte ska tidigareläggas.

Tidpunkten för informationen valdes med ledning av informationsdirektivet. Direktivet är tillämpligt från dess att någon underrättas om misstanken eller anklagelserna, artikel 2 informationsdirektivet. Att en underrättelse om misstanke enligt svensk rätt ska ske först när nivån skäligen misstänkt har uppnåtts motiveras med omsorgen för utredningens effektivitet. Om underrättelsen skedde tidigare ökar risken för att misstänkta undanröjer bevis eller på annat sätt försvårar utredningen. Tidpunkten har även ansetts vara anpassad av omsorg för enskilda. Skulle beviskravet sättas lägre kan antalet underrättelser om misstanke till oskyldiga personer öka. Att flera underrättas om misstanke för samma gärning kan enligt Bring i slutända leda till ett minskat förtroende för rättsskipningen.

Det bör dock uppmärksammas att informationsdirektivet är ett minimidirektiv och det är således upp till medlemsstaterna att om de så önskar införa längre gående rättigheter för misstänkta. Att information om rätten att vara tyst lämnas tidigare än underrättelse om misstanke bör därmed inte anses stå i strid med direktivet. En tidigareläggning av tidpunkten för information om rätten att vara tyst kan dock påverka möjligheterna för en effektiv brottsbekämpning. Misstänkta skulle tidigare ha vetskap om sin rätt och kanske inte delge den information som önskas för utredningen. Frågan är dock hur misstänkta skulle uppfatta en tidigare information. Enligt min mening bör en underrättelse om misstanke verka mer chikanerande än att bli upplyst om sina rättigheter. Men skulle rättighetsinformationen kopplas samman med en hög grad av misstanken kanske den kan uppfattas som en beskyllning eller anklagelse för brott. Det får dock anses vara av vikt att misstänkta har vetskap om sin rättighet så fort den inträder för att effektivt kunna utnyttja rättigheten. Advokatsamfundet är även av samma mening, och framhåller att en förutsättning för att rättigheten ska få avsedd effekt är att informationen lämnas fortast möjligt. Samfundet menar att en underrättelse om rätten att tåga inte bör vara beroende av om en underrättelse om misstanke skett utan informationen bör kunna ges innan den tidpunkt då vederbörande är anklagad för brott. För att avgöra när rättighetsinformationen ska lämnas kommer det således tillbaka till en avvägning mellan straffrättens två grundläggande principer, förverkligande- och skyddsprincipen. Rätten att vara tyst existerar utan att information lämnas och min åsikt är därför att en effektiv brottsbekämpning inte är skäl nog för att försöka hemlighålla misstänkta rättigheter. En underrättelse om rätten att tåga bör ske så fort som rättigheten uppstår och kan exempelvis ske vid förhör även om förhöret enbart hålls ”upplysningsvis”.

Det framgår inte av 12 § FUK vem som ansvarar för att informationen lämnas. Något svar på denna fråga går inte heller att finna i promemorian för införlivandet av informationsdirektivet. Starka skäl talar dock för att det är förundersökningsledaren som bär det övergripande ansvaret för att misstänkta får vetskap om rätten till tystnad. Enligt 1 a § 2 st. FUK har nämligen undersökningsledaren ansvaret för förundersökningen i dess helhet. Denna ska även tillse att undersökningen bedrivs effektivt och att enskildas rättssäkerhet tillvaratas. Informationen om rätten att vara tyst får enligt min mening utgöra en viktig del för enskildas rättssäkerhet och det bör därmed vara



upp till förundersökningsledaren att möjliggöra att denna rättighet kan tillvaratas av misstänkta. Det har dock kommit skilda bud från olika källor där det diskuterats om ansvaret är förlagt på åklagaren, undersökningsledaren, förhørsledaren eller att ansvaret är delat. Hur ansvaret är fördelat är således oklart. Det bör därmed vara av vikt att det tydligt redogörs för vem som bär ansvaret för att informationen lämnas antingen genom interna föreskrifter eller genom att det fastställs i FUK. Om ansvaret inte är förlagt på en specifik person kan det leda till att informationen till och med uteblir. Vet man inte om att man har en skyldighet kan det i sin tur vara svårt att uppfylla den.

FUK och promemorian för införlivandet av informationsdirektivet är även tysta i frågan om vad som informationen ska innehålla. Promemorian behandlar mer hur informationen ska utformas än vad som ska ingå i underrättelsen. Det framgår bland annat av promemorian att informationen ska delges på ett sådant sätt att rättigheten effektivt ska kunna utnyttjas. Ansvaret för det närmare innehållet i informationen har istället överlämnats till Rikspolisstyrelsen. Rikspolisstyrelsen har utformat ett informationsblad som överlämnas till misstänkta i syfte att upplysa dem om deras rättigheter. Informationsbladet beskriver dock inte rätten till tystnad mera utförligt än vad som framgår av 12 § 1 st. 4 p. FUK. Misstänkta underrättas således enbart om existens av rätten att vara tyst. Enligt min mening bör information inte enbart ges att det finns en rättighet utan det bör även följa en förklaring angående vad denna rättighet innebär. En förutsättning för att effektivt kunna utnyttja rättigheten bör vara att erforderlig kunskap innehas om rättighetens innehåll och de konsekvenser som kan följa av ett utövande av rättigheten. För att misstänkta ska ha en rättvis chans att kunna välja ifall de ska vara tysta eller ej bör de även veta att deras tystnad kan komma att användas som bevis till deras nackdel. Mitt förslag är därför att rättighetsinformationen utformas enligt följande:

Du har rätt att vara tyst, du bör dock uppmärksamma att en vägran att besvara frågor under rättegången kan komma att beaktas av domstolen som stöd för åklagarens påstående. Om du väljer att yttra dig bör du vara medveten om att din utsaga kan komma att användas mot dig i det straffrättsliga förfarandet.

En sådan underrättelse kan förvisso skapa förvirring hos misstänkta eftersom de får veta att både en tystnad och en utsaga kan komma att användas emot dem. Men det är så som det svenska rättssystemet ser ut, och det får således vara av intresse för misstänkta att i deras val vara helt införstådda i vad de olika alternativen kan innebära.

### **5.3 Bevisning som tillkommit i strid med rätten till tystnad**

Inom svensk processrätt är bevisrätten utformad enligt principen om fri bevisprövningen, 35 kap. 1 § RB. Denna princip inrymmer dels fri bevisfö-

ring, dels fri bevisvärderingen. Det råder således i princip inga begränsningar av vilka bevis som får framföras i rätten och domstolen är inte buden av några legala regler vid sin värdering av bevisningen. Friheten i bevisrätten ska bidra till materiellt riktiga avgöranden. Stadganden i 35 kap. 1 § RB är av obligatorisk karaktär vilket innebär att domstolen inte kan bortse från någon bevisning ifall rätten inte har avvisat bevisningen. Domstolen har således att inom den fria bevisvärderingen beakta all bevisning som upptagits i huvudförhandlingen.

Den fria bevisföringen har en stark ställning inom processrätten. De föreligger i svensk rätt relativt få legala regler angående vilken bevisning som får framföras. Detta förhållande har inneburit att även bevisning som anskaffats i strid med någon rättsregel eller rättsgrundsats har kunnat åberopas under rättegången. Domstolen har varit väldigt restriktiv i att avvisa bevisning och en otillåten anskaffning av bevisning har istället beaktas inom bevisvärderingen eller vid påföljdsbestämningen. Högsta domstolen har dock i NJA 2011 s. 638 öppnat upp för en möjlighet att avvisa bevisning ifall den har tillkommit i strid med förbudet mot tortyr i artikel 3 Europakonventionen. I målet tillät emellertid domstolen bevisning som anskaffats i strid med bland annat rätten att tiga. Motiveringen härtill var att användningen av bevisningen inte skulle påverka rättvisan i rättegången med beaktande av förfarandet i dess helhet. Ett synsätt som stämmer väl överens med Europadomstolens uttalande i målet *Allan mot Storbritannien*. Detta ställningstagande bör således innebära att en överträdelse av rätten att tiga är tillåten så länge andra förfoganden i processen företas som väger upp denna kränkning. Enligt min mening får detta förhållande anses försvaga rätten till tystnad och då till förmån för att kunna aktualisera det straffrättsliga ansvaret. Möjligheten att anskaffa bevisning har ansett väga tyngre än att den tilltalade ska kunna förlita sig på sin rätt till tystnad. Att tillåta bevisning som erhållits i strid med rätten till tystnad skapar inga incitament för åklagarsidan att verka för att rätten att tiga upprätthålls. Enligt min mening bör det införas en form av processuell sanktionsåtgärd för bevisning som anskaffats i strid med rätten till tystnad, främst för att denna rättighet inte ska bli illusorisk.

Domstolarnas möjlighet att med stöd av 35 kap. 7 § 3 p. RB avvisa bevisning som tillkommit i strid med rätten till tystnad får anses vara relativt begränsad. Paragrafen har erhållit ett snävt tillämpningsområde och domstolarna har varit restriktiva i sin användning av avvissningsgrunden. För att en tillämpning av regeln ska kunna bli aktuell har det ansetts att bevisningen måste kunna fränkännas allt sitt värde. I de mål som behandlades i uppsatsen har bevisning som anskaffats på ett otillåtet sätt tillmätts bevisvärde om än i något fall ett begränsat värde. Det har således i fallen inte bedömts att bevisningen helt saknar värde. Om 35 kap. 7 § 3 p. RB ska kunna användas för att avvisa bevisning som tillkommit i strid med rätten att tiga måste tolkningen och tillämpningen av regeln troligtvis genomgå en förändring. Det torde enligt min mening finnas utrymme i lagtextens ordalydelse att avvisa bevisning som tillerkänns en mycket begränsat värde, frågan är dock i fall det kan anses vara önskvärt att justera dagens tolkning av regeln. En förändring i denna riktning skulle kunna innebära att parternas möjlighet till sam-

manläggning av flera svaga bevis för att styrka ett faktum förgås eftersom bevisen har avvisat på grund av att de var för sig anses ha ett begränsat värde. Att tillåta användningen av 35 kap. 7 § 3 p. RB för att avvisa bevis med lågt bevisvärde kan således anses vara mer riskfyllt i det stora hela än vad det kanske skulle kunna gynna ett enskilt fall där en överträdelse av rätten att vara tyst har skett.

En annan möjlighet att förhindra användningen av bevis som tillkommit i strid med rätten till tystnad är att införa ett bevisförbud i svensk rätt. Det finns i nuläget vissa undantag till den fria bevisföringen och att införa ännu ett borde rent lagtekniskt inte vara vålla några problem. Frågan är dock ifall det är önskvärt att begränsa den fria bevisföringen på detta sätt? På flera håll har det framförts motstånd till en inskränkning av den fria bevisföringen. Ahlstrand har bland annat framhållit att syftet med rättegången är att erhålla en materiellt riktigt dom och för att uppnå detta mål bör det inte råda några begränsningar i användningen av kunskapskällor. Lundqvist är däremot för ett bevisförbud och menar att det måste värnas om enskildas rättssäkerhet i processen.

Ett avgörande i frågan om ett bevisförbud ska införas borde till viss grad bero på hur stark skydd det anses vara ändamålsenligt att enskilda ska erhålla mot ingrepp från det allmänna. Ska en materiellt riktigt dom kunna erhållas med vilka medel som helst eller bör det finnas en gräns? Skulle en överträdelse av en rättsregel eller rättsgrundsats kunna anses vara ett sådant övertramp som kan medföra att målet, att nå ett materiellt riktigt avgörande, får stå tillbaka till förmån för skyddsintressena bakom rättsregeln eller rättsgrundsatsen? Återigen tycks alltså svaret på frågan hamnar i en avvägning mellan förverkligande- och skyddsprincipen.

Enligt min mening bör bevisning som erhållits i strid med artikel 6 Europakonventionen inte kunna rättfärdigas genom att bevisningen tillmäts ett lägre bevisvärde eller genom strafflindring. Det rådande synsättet torde i sitt yttersta innebära att det indirekt tillåts att rätten till tystnad överträds. För att rättigheten ska kunna få fullt genomslag bör det vara möjligt att avvisa bevisning som tillkommit i strid med rätten att tåga. Mitt förslag är att det införs ett bevisförbud innehållande att bevis som tillkommit i strid med oskuldspresumtionen och därifrån härledda rättigheter ska avvisas. Ett tydligt förbud kan verka både för att skapa incitament för att inte begå överträdelser av rättigheten samt för att skapa trygghet för enskilda. Enligt min mening får misstänkta och tilltalades skydd mot oberättigade ingrepp från det allmänna anses väga över en ovillkorlig strävan efter den materiellt riktiga domen.

## **5.4 Förhållandet till EU-kommissionens förslag**

I syfte att stärka misstänkta och tilltalades rättigheter i det straffrättsliga förfarandet har EU-kommissionen utformat ett direktivförslag innehållande

krav på minimirättigheter som medlemsstaterna ska vara tvungna att tillförsäkra misstänkta och tilltalade. Artikel 7 i förslaget innehåller föreskrifter om rätten till tystnad i flera aspekter. Av artikel 7.3 framgår att misstänkta och tilltalades utövande av rätten till tystnad inte får användas emot dem i ett senare skede av förfarandet samt att tystnaden inte får tolkas som styrkande av sakförhållanden. Detta stadgande borde välla vissa problem för svensk rätt framförallt med fokus på 35 kap. 4 § RB. Paragrafen tillåter nämligen att tystnaden kan erhålla bevisverkan. I denna utredning har det dock inte gått att utröna hur paragrafen tillämpas i praktiken eller vilka förutsättningar som krävs för att tystnaden ska kunna användas som bevis. Den möjlighet som 35 kap. 4 § RB tycks skapa för användningen av den tilltalades tystnad till dennes nackdel kan emellertid vara svår att förena med EU-kommissionens förslag. Men eftersom att användningen av regeln i svensk rätt inte har kunnat utredas närmare får rättsläget på denna punkt anses vara osäkert.

Hur förklaringsbördan i svensk rätt förhåller sig till artikel 7.3 i förslaget borde bero på vilket innehåll som ges förklaringsbördan. Efter vad som har framkommit i denna utredning kan förklaringsbördans existens ifrågasättas och enligt min mening verkar denna börda inte kunna användas för att styrka den tilltalades skuld. Utrymmet för att tillämpa en förklaringsbörda får i svensk rätt anses vara relativt snävt. Det har i uppsatsen funnits att en utebliven förklaring enbart synes vara att anse som ett misslyckat försök att rubba domstolens övertygelse om att målet är ställt utom rimligt tvivel. Är detta synsätt av förklaringsbördan korrekt borde en tillämpning av denna börda i svensk rätt inte vara oförenlig med EU-kommissionens förslag.

Av artikel 7.2 i EU-kommissionens förslag följer en informationsplikt om rätten till tystnad. Denna informationsskyldighet skapar enligt min mening flera frågetecken för svensk rätt. Misstänkta och tilltalade ska enligt artikeln underrättas om sin rätt till tystnad, innehållet i denna rättighet samt följderna av att avstå ifrån rätten eller att återropa den. Den information som ges misstänkta enligt svensk rätt innehåller enbart en förklaring om existens av rätten att vara tyst. Enligt ordalydelsen i artikel 7.2 i förslaget borde detta inte vara tillräckligt för att uppfylla förslagens krav. Den svenska informationen borde bland annat även innefatta vilka konsekvenser som tystnaden kan innebära och framförallt tystnadens bevisverkan enligt 35 kap. 4 § RB för att informationsplikten i artikel 7.2 ska kunna anses vara uppfylld.

Även tidpunkten för när informationen ska lämnas enligt svensk rätt kan vara tvungen att regleras ifall förslaget antas. Enligt motiveringen till förslaget gäller förslaget från första början av det straffrättsliga förfarandet och även innan dess att underrättelse om misstanke lämnats. 12 § FUK föreskriver att informationen ska lämnas i samband med underrättelse om misstanke, vilket sker vid det första förhör som hålls med den misstänkta efter det att misstankegraden skäligen misstänkt har uppnåtts. Tidpunkten för rättighetsinformationen kan således behöva tidigareläggas för att uppfylla direktivförslagens krav. Avgörande för frågan är dock vad som åsyftas med begreppet misstänkt i förslaget. Faller de som kan misstänkta inom begreppet

pet kan tidpunkten för rättighetsinformationen i svensk rätt behöva tidigare läggas. Åsyftas enbart de som minst är skäligen misstänkta kanske tidpunkten för informationen i svensk rätt enbart behöver förflyttas på så sätt att underrättelse sker när denna misstankegrad har uppnåtts och att det inte väntas till nästkommande förhör. EU-kommissionens förslag ger ingen ledning för vilken av tolkningarna som är korrekt. Det bör dock uppmärksammas att förslaget enbart föreskriver minimirättigheter och att förlägga tidpunkten för informationen tidigare än vad som föreskrivs i förslaget bör således inte kunna anses strida mot förslaget.

Artikel 7.4 i förslaget föreskriver att bevisning som erhållits i strid med artikel 7 inte är tillåten om inte en användning av bevisningen inte skulle påverka den övergripande rättvisan i förfarandet. Inom svensk rätt tillämpas principen om fri bevisföring och bevisning som erhållits på ett otillåtet sätt hanteras inom ramen för bevisvärderingen och påföljdsbestämningen. Att avvisa bevisning som tillkommit i strid med rätten att vara tyst är således främmande för svensk rätt och medför en inskränkning i den fria bevisföringen. Gällande svensk rätt får således anses vara svår att förena med ett krav på avvisning av bevisning. Artikel 7.4 i förslaget innehåller dock ett undantag till avvisning ifall användningen av bevisningen inte påverkar den övergripande rättvisa av förfarandet. Av motiveringen till förslaget tycks följa att stadgandet tar sikte på att processen ska bedömas i dess helhet. Om användningen av bevisningen inte skulle inverka på rättvisan i rättegången efter en helhetsbedömning av förfarandet bör bevisning således vara tillåten att använda. Ett synsätt som överensstämmer med Europadomstolens avgöranden. Om denna tolkning är korrekt kanske en avvisningsregel inte behöver införas i svensk rätt så länge som bevisningen hanteras på ett sådant sätt att förfarandet i en samlad bedömning är att anse som rättvist.

## 5.5 Slutkommentar

Rätten att vara tyst tycks vid en första anblick vara en stark rättssäkerhetsgaranti för enskilda. Vid en djupare analys återfinns dock olika inskränkningar och faktorer som påverkar att rättigheten inte kan få fullt genomslag. Det pågår en ständig avvägning mellan förverkligande- och skyddsprincipen där den ena ibland får väga över den andra. Rätten till tystnad begränsas i vissa avseenden av intresset av att det straffrättsliga ansvaret ska aktualiseras. I vilken grad denna begränsning är accepterad får anses bero på vilket intresse som i förevarande situation är berättigat att väga över. Avgörande för denna bedömning bör vara i vilken mån inskränkningen sker i rättigheten och vilka fördel det ger för ett genomslag av förverkligandeprincipen. Jag förespråkar således en form av proportionalitetsbedömning. Det får dock enligt min mening aldrig anses berättigat att rättigheten begränsas i sådan grad att den i realitet enbart bli illusorisk. De avvägningar som gjorts i svensk rätt får enligt min mening i vissa fall anses ha givit ett lite för stort utrymme för förverkligandeprincipen. Ifall vi vill värna om enskildas rättssäkerhet bör vi låta skyddsprincipen ta tillbaka lite av det utrymmet. Jag välkomnar således EU-kommissionens förslag för att stärka misstänkta och tilltalades rätt till tystnad.

# Bilaga A

## **John Murray mot Storbritannien, dom 1996-02-08**

### *Omständigheterna i fallet*

John Murray påträffades i ett hus där en kidnappad person hölls inspärrad. Ifrågavarande person misstänktes för att ha lämnat uppgifter om terrorgruppen IRA till polisen. Murray greps misstänkt för delaktighet i terrororganisationen och kidnappningen. I samband med att Murray arresterades under rättades han om rätten att tåga enligt följande:

*You do not have to say anything unless you wish to do so but I must warn you that if you fail to mention any fact which you rely on in your defence in court, your failure to take this opportunity to mention it may be treated in court as supporting any relevant evidence against you. If you do wish to say anything, what you say may be given in evidence.*

Murray vägrade dock att yttra sig vid samtliga polisförhör. Han åtalades sedan för bland annat kidnappningen och för att tillhöra terrorgruppen. Murray försökte inte någon gång under rättegången eller i sin tid i häktet förklara varför han befunnit sig i huset. Vid rättegången uppmanade domaren Murray att försvara sig och upplyste honom om att hans vägran att yttra sig kunde användas som bevis mot honom. Trots denna varning valde Murray att tåga. Hans dömdes sedan till fängelse för kidnappningen. Domaren lade vid sin bevisvärdering vikt vid att Murray vägrat förklara sin närvaro i huset samt att han i rätten inte avgett vittnesmål. Möjligheten att beakta dessa omständigheter som indicier för Murrays skuld fann domstolen i nationella lagregler. Reglerna ansågs nämligen tillåta att negativa slutsatser för den tilltalade kunde dra av dennes vägran att yttra sig. Murray klagade till Europadomstolen och framhöll att det faktum att hans tystnad hade använts som bevis stred mot artikel 6 Europakonventionen.

### *Europadomstolens dom*

Domstolen konstaterade inledningsvis att misstänkta rätt att tåga utgör kärnan i en rättvis rättegång och omfattas således av artikel 6 Europakonventionen. För att upprätthålla nämnda rättighet ansåg domstolen att det inte vara tillåtet att grunda en fällande dom enbart eller huvudsakligen på den tilltalades tystnad. Däremot anförde domstolen att tystnaden kunde beaktas som en relevant omständighet inom ramen för bevisvärderingen i situationer där det är uppenbart påkallat att den tilltalade lämnar en förklaring. Domstolen framhöll att frågan som måste ställas i varje enskilt fall är om åklagarens bevisning är tillräckligt stark för att kunna kräva ett bemötande. Om åklagarens bevisning enbart är av ringa värde utgör den misstänkta underlåtenhet att lämna en förklaring inte grund för att anse den tilltalade som skyldig. Det är således enbart om bevisningen påkallar en förklaring som den tilltalades tystnad kan läggas denne till last. Domstolen menade att de enda slutsatser som kan dras av tystnaden är de som rätten genom sunt förnuft anser vara lämpliga i ljuset av bevisningen i målet. I det aktuella fallet begränsade den

nationella lagen vilka slutsatser som kunde dras av tystnaden. Murray hade även upplysts om att vissa för honom negativa slutsatser kunde följa av hans tystnad. Vidare krävde det inhemska förfarandet att åklagaren först hade etablerat ett prima face mål mot den tilltalade innan den misstänktes tystnad kunde inverka på avgörandet. Domstolen ansåg med bakgrund av omständigheterna i målet att de slutsatser som hade dragits av Murrays tystnad inte gick emot sunt förnuft och därmed var förenliga med artikel 6 Europakonventionen.

### **Condron mot Storbritannien, dom 2000-02-05**

#### *Omständigheterna i fallet*

Makarna Condron var heroinmissbrukare och stod åtalade för dels narkotikainnehav, dels narkotikaförsäljning. Under förundersökningen hade de på inrådan av sin advokat vägrat att yttra sig. Rekommendationen hade lämnats till dem på grund av att advokaten ansåg att de led av sådan abstinens att de vara ur stånd att besvara frågor. Som bevis för makarnas skuld åberopades förpackningar innehållande heroin som hittats i deras gemensamma lägenhet samt en video där makarnas sågs överlämna ett föremål. Under rättegången förklarade makarna att heroinet var till för deras privata bruk och att föremålet som överräcktes i videon inte var narkotika. De framhöll även att deras tystnad under förundersökningen enbart berodde på att de följt advokatens råd. Domaren behandlade i sin sammanfattning inför juryn frågan om användandet av makarnas tystnad som bevis. Han framhöll möjligheterna att använda tystnaden som bevis men påpekade att tystnaden inte ensam kunde utgöra bevis för skuld. Vidare framhöll han att det var upp till juryn själv att avgöra ifall det var rimligt att dra några slutsatser av makarnas tystnad under förundersökningen. Makarna dömdes till fleråriga fängelsestraff. De överklagade domarna och grundade överklagandet på att deras tystnad inte skulle kommit till juryns kännedom. Appellationsdomstolen ansåg att förfarande i stort hade gått till korrekt. Domstolen påpekade dock att domarens sammanfattning varit bristfällig. Domaren skulle ha informerat juryn om att de enbart kunde dra negativa slutsatser av tystnaden om de efter förd bevisning angående förklaringen till tystnaden ansett att bevisningen eller förklaringen fabricerats i efterhand. Appellationsdomstolen ansåg dock inte att felet påverka domarna i sådan grad att de vilade på en osäker grund varpå överklagandena ogillades. Makarna klagade hos Europadomstolen och framförde bland annat att domarens bristande summering inför juryn kunde påverka juryns användning av deras tystnad. De kunde dock inte avgöra om så var fallet på grund av att juryn inte motiverar sitt utslag. Sammantaget hävdade makarna att det nationella förfarandet hade kränkt deras rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 Europakonventionen.

#### *Europadomstolens dom*

Domstolen utgick i sin bedömning från avgörandet i Murray. Europadomstolen framhöll dock att det aktuella målet skiljde sig från fallet Murray eftersom målet avgjordes av en jury och de tilltalade hade under rättegången lämnat en förklaring till deras tystnad under förundersökningen. Europadomstolen kritiserade dock den nationella domstolens bristande sammanfattning inför juryn. Juryn skulle ha informerats om att slutsatser endast får

dras av den tilltalades tystnad om de är övertygade om att tystnaden inte har en rimlig förklaring eller att förklaringen inte skulle hålla i ett korsförhör. Till skillnad från Appellationsdomstolen ansåg Europadomstolen att bristen i informationen var allvarlig och särskilt med hänsyn till att juryn inte motiverade sin ståndpunkt. Appellationsdomstolen kunde i fallet inte reparera skadan eftersom domstolen utan motivering från juryn inte kunde avgöra vilken betydelse som tystnaden haft i avgörandet. Europadomstolen framhöll att domarens underlåtenhet att begränsa juryns bestämmanderätt inte var förenligt med rätten till tystnad. Domstolen ansåg därmed att rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 Europakonventionen hade kränkts.

### **Averill mot Storbritannien, dom 2000-06-06**

#### *Omständigheterna i fallet*

Kvällen den 24 april 1994 anhölls Averill misstänkt för två mord som hade begåtts samma kväll. Averill vägrade att under förundersökningen besvara frågan angående var han hade befunnits sig vid tidpunkten för mordet. Han åtalades sedan för bland annat mordet den 24 april. Bevisningen mot honom bestod av en rånarluva och ett par handskar innehållande samma fiber som påträffats i Averills hår. Nämda klädnader hade återfunnits i den bil som användes vid dådet. Först under huvudförhandlingen återgav Averill var han hade befunnit sig den 24 april. Han uppgav då även en förklaring till varför samma slags fiber hade återfunnits i hans hår, rånarluvan och handskarna. Enligt hans utsaga hade han dagen för mordet vid sitt arbete burit likande handskar och luva som skyddsklädsel. Averill fälldes mot sitt nekade för mordet. Förutom den tekniska bevisningen motiverades domen med att Averill inte under förundersökningen lämnat någon redogörelse för sina förehavanden den 24 april samt att han först under huvudförhandlingen framfört att han bar mask och handskar den 23 april. Averill klagade till Europadomstolen och ansåg att han inte hade tillförsäkrats rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 Europakonventionen eftersom hans tystnad hade lagts till grund för avgörandet i den nationella domstolen.

#### *Europadomstolens dom*

Domstolen hänvisade till fallet Murray och framhöll att rätten till tystnad inte är absolut utan tystnaden kan beaktas i bevisvärderingen om det är påkallat att den tilltalade ska förklara sig. Domstolen ansåg dock att möjligheten för nationella domstolar att dra för den tilltalade negativa slutsatser av dennes tystnad måste vara begränsad. Det råder enligt domstolen inget tvivel om att oskyldiga personer förutsätts att samarbeta med polis för att förklara att de inte har varit inblandade i något brott. Det kan dock finnas särskilda skäl till att oskyldiga inte väljer att redogöra för sina förehavanden. Detta förhållande kan påverkas av att den tilltalade inte hunnit rådgöra med sin försvarare innan förhören. I det aktuella målet förhördes Averill under de 24 första timmarna efter gripandet utan ombud. Europadomstolen ansåg att det därför krävdes extra stor försiktighet när tystnaden invägdes i bevisvärderingen. Avgörandet vid den nationella domstolen hade dock i huvudsak grundats på den tekniska bevisningen. Averills förklaringar hade bedömts som icke trovärdiga. Europadomstolen ansåg därmed att Averills tystnad enbart var en av flera komponenter som samverkat för att styrka Averills



skuld. Domstolen fann därmed att det nationella förfarandet inte stod i strid med artikel 6 Europakonventionen.

### **Krumpholz mot Österrike, dom 2010-03-18**

#### *Omständigheterna i fallet*

Krumpholz stod som ägare till en bil som vid en hastighetskontroll konstaterats ha framförts över den tillåtna hastigheten. Krumpholz framhöll att det inte var han som fört bilen men han kunde inte heller lämna några upplysningar om vem som vid det aktuella tillfället varit förare till bilen. Anledningen härtill var enligt Krumpholz att flera personer hade tillgång till bilen. Av förhållandet att Krumpholz inte lämnat uppgifter om vem som var förare till bilen drog den österrikiska myndigheten slutsatsen att det var Krumpholz själv som fört bilen. Krumpholz dömdes därmed för hastighetsöverträdelsen. Krumpholz klagade till Europadomstolen och menade att det inhemska avgörandet enbart grundades på att han stod som ägare på bilen och att han inte lämnat uppgifter om vem som var förare vid det aktuella tillfället. Han ansåg att det inhemska förfarandet därmed stod i strid med rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 Europakonventionen.

#### *Europadomstolens dom*

Domstolen inledd även här med en erinran om att artikel 6 Europakonventionen innefattade en rätt för misstänkta att vägra yttra sig. Rättigheten utgör dock inte hinder för att vissa slutsatser kan dras av tystnaden. Vilka slutsatser som kan dras får bedömas efter omständigheterna i varje enskilt fall. I det aktuella målet konstaterade Europadomstolen att det inte fanns någon bevisning rörande identiteten på föraren utan det enda som med säkerhet kunde fastställas var att den bil som användes vid hastighetsöverträdelse var den som Krumpholz var registrerad på. Krumpholz hade själv förnekat gärning och lämnat en förklaring till varför han inte kunde upplysa om vem som varit förare till bilen vid det aktuella tillfället. Europadomstolen framhöll att den av den nationella myndigheten dragna slutsatsen om att Krumpholz varit förare till bilen inte var den enda grundande slutsatsen som med sunt förnuft kunde dras utifrån förevarande fakta. Genom att kräva att Krumpholz lämnade en rimlig förklaring utan att ett övertygande åtal framlagts menade Europadomstolen i praktiken innebära att bevisbördan flyttats från åklagaren till försvaret. Domstolen fann således att en kränkning av artikel 6 hade skett eftersom Krumpholzs tystnad hade använts mot honom i en situation där en rimlig förklaring inte kunde anses vara påkallad.

# Bilaga B



## Information till dig som är misstänkt för brott

- Du har rätt att bli underrättad om misstanken och förändringar av denna. Du har även rätt att fortlöpande ta del av utredningen om det kan ske utan att det skadar utredningen.
- Du har rätt att inte behöva yttra dig över misstanken i förhör hos Polisen eller andra myndigheter.
- Du har rätt att på egen hand anlita en försvarare. Du har i vissa fall även rätt att få en offentlig försvarare om du själv begär det eller bedöms vara i behov av en.
- Du har rätt att vid behov få hjälp av tolk och få viktiga handlingar översätta.
- Du är skyldig att stanna kvar för förhör i högst sex timmar. I undantagsfall kan du vara skyldig att stanna kvar i ytterligare högst sex timmar. Snarast efter förhöret ska du frigges om inte åklagaren beslutar att du ska anhållas.

## Ytterligare information till dig som anhållits eller häktats

- Du har rätt att ta del av de omständigheter som ligger till grund för beslutet om anhållande eller häktning.
- Du har rätt att få någon av dina närmaste anhöriga eller någon annan person som står dig särskilt nära underrättad om frihetsberövandet så snart det kan ske utan att det skadar utredningen.
- Du som inte är svensk medborgare har rätt att begära att ditt hemlands konsulat så snart som möjligt underrättas om frihetsberövandet och att meddelanden från dig vidarebefordras dit.
- Du har rätt att vid behov få mat och vila.
- Du har rätt att vid behov få hälso- och sjukvård. Du har också rätt att på egen begäran bli undersökt av läkare, om det inte är uppenbart att en läkarundersökning är onödig. Du har därefter rätt att bli vårdad på det sätt läkaren sagt.
- Efter att åklagare beslutat att du ska vara anhållen, ska han eller hon så snart som möjligt och senast klockan tolv tredje dagen efter anhållningsbeslutet begära att en domstol prövar om du ska häktas. Domstolen ska då så snart som möjligt hålla förhandling. Sådan förhandling får aldrig hållas senare än fyra dygn efter att du greps eller annars blev frihetsberövad. Om domstolen beslutar att du ska vara häktad bestäms även när åtal ska väckas. Om åtal inte väcks inom två veckor, ska domstolen som huvudregel hålla ny förhandling varannan vecka fram till dess att åtal väcks.

- Under tiden som du är frihetsberövad kan dina kontakter med omvärlden inskränkas.
- Efter att åklagaren anhållit dig är han eller hon skyldig att hela tiden kontrollera om det finns skäl att hålla dig fortsatt frihetsberövad

**Särskild information till dig som är under 18 år**

- Du har rätt att få en offentlig försvarare om det inte är uppenbart att det inte behövs.
- Även om åklagaren beslutar att inte anhålla dig får Polisen hålla kvar dig i upp till tre timmar för att så snart som möjligt överlämna dig till dina föräldrar, annan vårdnadshavare, tjänsteman vid socialtjänsten eller annan lämplig vuxen person.

**Om du har frågor i anledning av denna information kan du vända dig till Polisen eller din försvarare.**

# Käll- och litteraturförteckning

## EU rättsakter och dokument

Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/13/EU av den 22 maj 2012 om rätten till information vid straffrättsliga förfaranden, EUT L 142/1, 1.6.2012.

Stockholmsprogrammet- ett öppet och säkert Europa i medborgarnas tjänst och för deras skydd, EUT C 115/1, 4.5.2010.

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om förstärkning av vissa aspekter av oskuldspresumtionen och av rätten att närvara vid rättegång i straffrättsliga förfarande, KOM(2013) 821 slutlig.

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om rättssäkerhetsgarantier för barn som är misstänkta eller tilltalade i straffrättsliga förfaranden, KOM(2013) 822 slutlig.

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om provisorisk rättshjälp för frihetsberövade misstänkta eller tilltalade och om rättshjälp inom ramen för förfaranden i samband med en europeisk arresteringsorder, KOM(2013) 824 slutlig.

Europeiska kommissionens rekommendation om rättssäkerhetsgarantier för särskilt utsatta misstänkta eller tilltalade i det straffrättsliga förfarandet, C(2013) 8178/2.

Europeiska kommissionens rekommendation om rätt till rättshjälp för misstänkta eller tilltalade i straffrättsliga förfaranden, C(2013) 8179/2.

Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om förstärkning av vissa aspekter av oskuldspresumtionen och av rätten att närvara vid rättegång i straffrättsliga förfaranden” COM(2013) 821 final – 2013/0407 (COD) ”Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om rättssäkerhetsgarantier för barn som är misstänkta eller tilltalade i straffrättsliga förfaranden” COM(2013) 822 final – 2013/0408 (COD) ”Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om provisorisk rättshjälp för frihetsberövade misstänkta eller tilltalade och om rättshjälp inom ramen för förfaranden i samband med en europeisk arresteringsorder” COM(2013) 824 final – 2013/0409 (COD) ”Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén – Arbetet med att främja Europeiska unionens agenda för rättssäkerhetsgarantier för misstänkta eller tilltalade och stärka grunden för det europeiska straffrättsliga området” COM(2013)820 final, EUT C 226/63, 16.7.2014.

## Offentligt tryck

### *Propositioner*

Prop. 2004/05:143 Överskottsinformation vid användning av hemliga tvångsmedel m.m.

Prop. 2013/14:157 Misstänkta rätt till insyn vid frihetsberövanden

### *Statens offentliga utredningar*

SOU 1926:32 Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning

SOU 1938:44 Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk

SOU 2011:45 Förundersökning- objektivitet, beslag, dokumentation m.m.

### *Departementsserien*

Ds 2013:18 Genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv om rätten till information vid straffrättsliga förfaranden.

### *Justitieombudsmännens ämbetsberättelse*

JO 2013/14, s. 133 Kritik mot en åklagare och mot Polismyndigheten i Jönköpings län, som inte respekterat en brottsmisstänkts försvararrättigheter m.m.

### *Faktapromemorior*

Faktapromemoria 2013/14:FPM35 Ett paket med processuella rättigheter.

## Litteratur

Ahlstrand, Thomas: ”Till frågan om fri bevisföring och bevisförbud”. I: *Svensk Juristtidning* 2002, s. 545-548.

Bernitz, Ulf och Anders, Kjellgren: *Europarättens grunder*, femte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2014.

Bernitz, Ulf, m.fl.: *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, tolfte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2012.

Blomkvist, Curt: *Försvaren*, Esselte Studium Akademiförlaget, Göteborg 1987.

Bolding, Per Olof: *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, Appelbergs boktryck, Uppsala 1951.

Bring, Thomas, och Diesen, Christian: *Förundersökning*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2009.

Bring, Thomas, Diesen, Christian och Wilton Wahren, Alexandra: *Förhör*, tredje upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2008.

Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis- en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2012.

- Diesen, Christian: *Bevisprövning i brottmål*, Juristförlaget, Stockholm 1994.
- Diesen, Christian: ”Bortom allt tvivel?”. I: *Festskrift till Per Ole Träskman (red.: Ulrika Andersson m.fl.)*, Norstedts Juridik, Stockholm 2011, s. 148-165.
- Diesen, Christian: ”Bevisprövning i skattebrottmål ur rättssäkerhetssynpunkt”. I: *Bevis 3- Prövning av skattemål (red.: Christian Diesen m.fl.)*, Norstedts Juridik, Stockholm 1999, s. 155-188.
- Diesen, Christian: *Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål*, Juristförlaget, Stockholm 1993.
- Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik: *Rättegång första häftet*, åttonde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2002.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars: *Rättegång fjärde häftet*, sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2009.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael: *Rättegång femte häftet*, åttonde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2011.
- Fitger, Peter, m.fl.: *Rättegångsbalken*, Norstedts Juridik, Stockholm 1990.
- Fitger, Peter, m.fl.: *Rättegångsbalken*, supplement 62, maj 2009, Norstedts Juridik, Stockholm 2009.
- Fitger, Peter, m.fl.: *Rättegångsbalken*, supplement 67, augusti 2010, Norstedts Juridik, Stockholm 2010.
- Fitger, Peter, m.fl.: *Rättegångsbalken*, supplement 69, mars 2011, Norstedts Juridik, Stockholm 2011.
- Fitger, Peter, m.fl.: *Rättegångsbalken*, supplement 76, maj 2014, Norstedts Juridik, Stockholm 2014.
- Frände, Dan: *Finsk straffprocessrätt I*, Forum Iuris, Helsingfors 1999.
- Gammeltoft- Hansen, Hans: ”«Aktiva» eller «passiva» medvirken i efterforskningen”. I: *Lov og frihet festskrift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen 7.september 1982 (red.: Anders Bratholm m.fl.)*, Universitet forlaget, Oslo 1982, s. 437-451.
- Hammarström, Fredrik: ”Förklarings- och konkretiseringsbörda i skattebrottmål?”. I: *Bevis 3- Prövning av skattemål (red.: Christian Diesen m.fl.)*, Norstedts Juridik, Stockholm 1999, s. 191-239.
- Heuman, Lars: ”Kan en fällande brottmålsdom grundas på polisprotokoll?”. I: *Advokaten* 1983, s. 219-222.
- Heuman, Lars: ”Kringgås principen om åklagarens bevisbörda?”. I: *Festskrift till Lars Welamson (red.: Olle Höglund m.fl.)*, Norstedts, Stockholm 1988, s. 251-279.
- Heuman, Lars: ”Ulf Lundqvist, Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegången”. I: *Juridisk Tidskrift* 1998/99, s. 228-233.

- Heuman, Maths: "Om användningen av narkotika analys inom straffprocessen". I: *Svensk Juristtidning* 1955, s. 225-244.
- Inger, Göran: *Svensk rättshistoria*, femte upplagan, Liber, Malmö 2011.
- Jareborg, Nils: "Rättsdogmatik som vetenskap". I: *Svensk Juristtidning* 2004, s. 1-10.
- Kleineman, Jan: "Rättsdogmatisk metod". I: *Juridisk metodlära (red.: Mauro Zamboni m.fl.)*, Studentlitteratur, Lund 2013, s. 21-45.
- Lambertz, Göran: "Kvalitetssäkring av bevisprövningen i brottmål". I: *Svensk Juristtidning* 2009, s. 1-14.
- Lehrberg, Bert: *Praktiskt juridisk metod*, sjätte upplagan, I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala 2010.
- Lindell, Bengt: "Vem förde bilen? En fråga om beviskrav i ett mål om rattfylleri". I: *Juridisk Tidskrift* 1990/91, s. 481-485.
- Lindell, Bengt, Eklund, Hans, Asp, Petter och Andersson, Torbjörn: *Straffprocessen*, Iustus, Uppsala 2005.
- Lundqvist, Ulf: *Bevisförbud: en undersökning av möjligheterna att avvisa oegentlig åtkommen bevisning i brottmålsrättegång*, Iustus, Uppsala 1998.
- Lundqvist, Ulf: *Bevisförbud i rättspraxis*, Bokbyrå, Knivsta 2013.
- Lundqvist, Ulf: "Frivillig samverkan i straffprocessen- Om parsrättigheter, säker information och plea agreements". I: *Svensk Juristtidning* 2009, s. 353-376.
- Nordh, Roberth: *Praktisk process VI- Bevisrätt A*, Iustus, Uppsala 2009.
- Nowak, Karol: *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm 2003.
- Peczenik, Aleksander: "Juridikens allmänna läror". I: *Svensk Juristtidning* 2005, s. 249-272.
- Reichel, Jane: "EU-rättslig metod". I: *Juridisk metodlära (red.: Mauro Zamboni m.fl.)*, Studentlitteratur, Lund 2013, s. 109-140.
- Schelin, Lena: *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm 2007.
- Sjölin, Claes: "Om rätten att hålla tyst". I: *Advokaten* 1994, s. 242-247.
- Strandbakken, Asbjørn: *Uskyldspresumtionen: "In dubio pro reo"*, Fabok forlaget, Bergen 2003.
- Thelin, Krister: "Grundlagen och blodprovets prov utan värde?". I: *Svensk Juristtidning* 1987, s. 129-133.
- Träskman, Per Ole: "Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet". I: *Festskrift till Lars Welamson (red.: Olle Höglund m.fl.)*, Norstedts, Stockholm 1988, s. 469-586.
- Träskman, Per Ole: "Rätten att förbli tyst". I: *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1993, s. 594-617.

Westberg, Peter: "Förklaringsbörda och knölargument i brottmålen - den moderne domarens vapen i kampen mot brottsligheten?". I: *Juridisk Tidskrift* 1992/93, s. 878-896.

Westberg, Peter: *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, Norstedts Juridik, Stockholm 2010.

Westberg, Peter: "Fair trial- inget för staten?- Ett rättsfall om olagligen åtkommen bevisning och överskottsinformation". I: *Juridisk Tidskrift* 2003/04, s. 660-664.

### **Remissvar**

Advokatsamfundet, R-2013/0490 (cit. Advokatsamfundets remissvar).

Domstolsverket, Synpunkter på Europeiska kommissionens förslag till ett paket med processuella rättigheter, Dnr 403-2014 (cit. Domstolsverket remissvar, paket med processuella rättigheter).

Domstolsverket, Remissyttrande över promemorian om genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv om rätten till information vid straffrättsliga förfaranden (Ds:2013:18), Dnr 743-2013 (cit. Domstolsverkets remissvar till Ds 2013:18).

Stockholms tingsrätt, Europeiska kommissionens förslag till ett paket med processuella rättigheter, Dnr TSM 2014/0067 Doss.51 (cit. Stockholms tingsrätts remissvar).

Stockholms universitet, Remiss: Europeiska kommissionens förslag till ett paket med processuella rättigheter, Dnr SU FV-1.1.3-0386-14 (cit. Stockholms universitet remissvar).

Svea Hovrätt, Yttrande över Europeiska kommissionens förslag till ett paket med processuella rättighet, Dnr 119/14 (cit. Svea Hovrätts remissvar).

Tullverket, Promemoria om genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv om rätten till information vid straffrättsliga förfaranden (Ds 2013:18) Dnr. STY 2013-213 (cit. Tullverkets remissvar).

Åklagarmyndigheten, Yttrande över Europeiska kommissionens förslag till ett paket med processuella rättighet, Dnr ÅM-A 2014/0212 (cit. Åklagarmyndighetens remissvar).

### **Övrigt material**

Polisen, Information till misstänkta och frihetsberövande (se bilaga B)

*Rättssäkerheten i brottmålen: rapport från JK:s andra rättssäkerhetsprojekt*, JK:s rättssäkerhetsprojekt, Stockholm 2009.

Åklagarmyndigheten, *Artikel 6 i Europakonventionen-Rätten till en rättvis rättegång ur ett praktiskt åklagarperspektiv*, RättsPM 2012:5, Utvecklingscentrum Malmö 2012.



# Rättsfallsförteckning

## Högsta domstolen

NJA 1980 s. 725  
NJA 1982 s. 164  
NJA 1982 s. 175 (I)  
NJA 1986 s. 489  
NJA 1990 s. 555  
NJA 1991 s. 612  
NJA 2000 c 8  
NJA 2001 s. 551  
NJA 2001 s. 570  
NJA 2003 s. 321  
NJA 2007 s. 547  
NJA 2011 s. 638  
NJA 2013 s. 931

Högsta domstolen, beslut 2010-03-05, mål Ö 3554-08

## Hovrätterna

RH 2008:54

Hovrätten för Västra Sverige, dom 2010-03-16, mål B1132-10

## Europadomstolen

Allan mot Storbritannien	ansökan nr. 48539/99 dom 2002-11-05
Averill mot Storbritannien	ansökan nr. 36408/97 dom 2000-06-06
Condron mot Storbritannien	ansökan nr. 35718/97 dom 2000-02-05
Funke mot Frankrike	ansökan nr. 10828/84 dom 1993-02-25
Heaney och McGuinness mot Irland	ansökan nr. 34720/97 dom 2000-12-21
John Murray mot Storbritannien	ansökan nr. 18731/91 dom 1996-02-08
Krumpholz mot Österrike	ansökan nr. 13201/05 dom 2010-03-18
Quinn mot Irland	ansökan nr. 36887/97 dom 2000-12-21

## **EU-domstolen**

Mål 26/62 NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos mot Nederländska skatteförvaltningen, REG 1963 svenska specialutgåvan I, s. 161

Mål C- 47/08 Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien, REU 2011, s. I-04105