



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ikram Asry

”Inga kommentarer” är inget bevis på skuld

En analys av tillämpning av förklaringsbörda i brottmål och dess förhållande till tilltalades rätt till tystnad

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak

Termin för examen: Period 1 HT2020

Innehåll

SUMMARY	4
SAMMANFATTNING	6
FÖRKORTNINGAR	8
1 INLEDNING	9
1.1 Bakgrund	9
1.2 Syfte & frågeställningar	12
1.3 Perspektiv & teori	12
1.4 Avgränsningar	14
1.5 Metod	15
1.6 Material	17
1.7 Forskningsöversikt	18
1.8 Disposition	19
2 ÅKLAGARENS BEVISBÖRDA & BEVISKRAVET	
I BROTTMÅL	21
2.1 Bevisbördan	21
2.2 Beviskravet	23
2.2.1 Bortom rimligt tvivel	23
2.2.2 Utredningskrav	24
2.2.3 Alternativa hypoteser	27
3 BEVISPRÖVNING I BROTTMÅL	29
4 TILLTALADES PASSIVITET	32
4.1 Rätt till rättvis rättegång	32
4.2 Oskyldighetspresumtionen	33

4.3	Rätt till tystnad	35
5	FÖRKLARINGSBÖRDA	40
5.1	Definition	40
5.2	Olika förklaringsbördor	41
5.3	Balkongmålet	42
5.4	Förklaringsbördans problematik	44
6	TYSTNADENS BEVISVERKAN	46
6.1	Tystnaden som bevis för tilltalades skuld	46
6.2	Europadomstolens prejudikat	52
6.2.1	Murray mot Storbritannien	52
6.2.2	Krumpholz mot Österrike	53
6.2.3	Heaney & McGuinness mot Irland	54
6.2.4	Analys av rättsfallen	55
7	TYSTNADEN SOM PROCESSUELL GENVÄG	58
7.1	Bakgrund	58
7.2	Tingsrättens bedömning	58
7.3	Hovrättens bedömning	60
7.4	Kommentar	61
8	SAMMANFATTANDE ANALYS & SLUTORD	63
	KÄLL- & LITTERATURFÖRTECKNING	68
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	73

Summary

Article 6 in the European Convention on Human Right provides that every person under the jurisdiction of a member state has the right to a fair trial. To the rights that follow in this respect are added, among other things, the presumption of innocence, which means that every person accused of a crime is assured to be considered innocent until proven guilty and his guilt legally establishes. The implementation of the presumption of innocence presupposes that the prosecutor bears the burden of proof, which has the consequence that the defendant has a right to remain completely passive in a criminal proceeding. Despite these legal principles, a legal figure has been developed and applied in practice, the so called burden of explanation. Burden of explanation means that an explanation is demanded by the defendant on which refusal or inability to provide a statement consequently places the defendant in charge of evidence.

The court's legal right to apply an explanatory burden and consequently to impose silence on the negative evidentiary effect is supported in part by chapter 35 § 1 RB, according to which the right to freely evaluate evidence that has occurred in the case, partly in the evidence evaluation rule in chapter 35 § 4 RB, which emphasizes that the court shall examine the evidentiary effect that can be attributed to the fact that a defendant refuses to answer a question presented to the inquiry.

A consequence of an explanatory burden imposed on the defendant may thus mean that he or she is punished for exercising his right to remain passive, even though there is no requirement for activity. However, there has been strong criticism in the legal literature against the application of a burden of explanation due to the fact that such a burden can result in relief of evidence for the prosecutor regarding the burden of proof and entail an illegal reversal of the burden of proof. In addition, it can be stated that the rate of experience that usually justifies the application of an explanatory burden is that innocents usually have no reason to refrain from making a statement and that such a failure therefore indicates guilt.

It is according to this background that this presentation takes its starting point. The aim of the presentation is to examine how the burden of explanation can be perceived and handled from

an evidentiary context. Thus, the aim is to create a better understanding of the legal figure that the burden of explanation entails and for which legal and practical effects the burden has.

The presentation's case analysis shows examples of how the application of an explanatory burden can also lead to procedural shortcuts, despite the fact that the defendant's silence is not directly and explicitly given any evidential value.

Due to the court's incomplete and concise reasons for judgment, it is a difficult task to establish an unitary and clear definition and methodology for when the burden of explanation may be applied or what actual significance it has for the defendant in terms of evidence. The uncertainty surrounding the content of the explanatory burden has a negative effect on legal certainty. In order for these principles of criminal procedure and the fundamental rights of the accused in the criminal proceedings not to be perceived as apparent, it is necessary for the court to apply the burden of explanation extremely restrictively.

Sammanfattning

Av artikel 6 Europakonventionen¹ följer att varje person som befinner sig under en medlemsstats jurisdiktion har rätt till en rättvis rättegång. Till de rättigheter som i detta avseende följer tillkommer bland annat oskyldighetspresumtionen som medför att varje person som står anklagad för brott försäkras att betraktas som oskyldig till att motsatsen bevisas och dennes skuld lagligen fastställs. Oskyldighetspresumtionens genomförande förutsätter att åklagaren bär bevisbördan, vilket har till följd att den tilltalade har en rätt att förhålla sig fullständigt passiv i ett straffrättsligt förfarande. Trots dessa rättsliga utgångspunkter har en rättsfigur utvecklats och tillämpats i praxis, den så kallade förklaringsbördan. Förklaringsbörda innebär att en förklaring utkrävs av den tilltalade på vilken vägran eller oförmåga att lämna en förklaring följaktligen läggs den tilltalade till last i bevishänseende.

Domstolens laga rätt att tillämpa en förklaringsbörda och följaktligen tillmäta tystnaden negativ bevisverkan stöds av dels 35 kap. 1 § RB, enligt vilken rätten har att fritt bevisvärdera vad som har förekommit i målet, vilket uttrycks bland annat i bevisvärderingsregeln i 35 kap. 4 § RB som framhåller att domstolen ska pröva vilken bevisverkan som kan tillmätas det förhållande att en tilltalad vägrar att besvara en för utredningen framställd fråga.

En följd av en förklaringsbörda som påläggs den tilltalade kan således medföra att denne straffas för att bruka sin rätt att förhålla sig passiv, trots att det inte föreligger något krav på aktivitet. Det har emellertid riktats stark kritik i den juridiska litteraturen mot en tillämpning av en förklaringsbörda med anledning av att en sådan börda kan resultera i en bevislättning för åklagaren avseende beviskravet samt innebära en olovlig omkastning av bevisbördan. Härutöver kan fastställas att den erfarenhetssats som vanligtvis grundar tillämpningen av en förklaringsbörda är att oskyldiga vanligen inte har anledning att låta bli att framföra en förklaring och att en sådan underlåtenhet därför tyder på skuld.

¹ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Det är mot denna bakgrund som denna framställning tar sin utgångspunkt i. Målsättningen med förevarande framställning är att undersöka hur förklaringsbördan kan uppfattas och hanteras ur ett bevisrättslig sammanhang. Därigenom är syftet att skapa en bättre förståelse för den rättsfigur som förklaringsbördan innebär och för vilka rättsliga och praktiska verkningar börden får.

Framställningens rättsfallsanalys visar exempel på hur en tillämpning av en förklaringsbörda även kan medföra processuella genvägar trots att den tilltalades tystnad varken direkt eller uttryckligen ges något bevisvärde.

Med anledning av domstolens ofullständiga och kortfattade domskäl är det en svårbemästrad uppgift att fastställa en enhetlig och tydlig definition och metodik för när förklaringsbördan kan komma att tillämpas eller vilken faktiskt betydelse den får för den tilltalade i bevishänseende. Den osäkerhet som råder kring förklaringsbördans innehåll påverkar rättssäkerheten negativt. För att dessa straffprocessuella principer och den tilltalades grundläggande rättigheter i brottmålsförfarandet inte ska uppfattas som skenbar krävs det att domstolen tillämpar förklaringsbördan synnerligen restriktivt.

Förkortningar

EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska unionen
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
HD	Högsta domstolen
JK	Justitiekanslern
Kap.	Kapitel
NJA	Nytt juridiskt arkiv avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv avdelning II
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:720)
RF	Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform
SOU	Statens offentliga utredning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Artikel 6.1 Europakonventionen² försäkrar en rätt till en rättvis rättegång till samtliga personer som står åtalade för brott. Till denna rätt följer ytterligare förutsättningar i artikelns andra punkt som föreskriver en oskyldighetspresumtion medförande att misstänkta eller tilltalade har rätt av rättskedjans samtliga aktörer att betraktas som oskyldig fram till att dennes skuld lagligen fastställts.

En konsekvens av oskyldighetspresumtionen är att åklagaren ensamt bär bevisbördan i brottmål.³ Det förevarande beviskravet i brottmål innebär att det ska vara ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade gjort sig skyldig till den gärning som åklagaren påstår genom gärningsbeskrivningen. Kan åklagaren inte nå upp till det kravet ska åtalet ogillas.⁴ Den tilltalade är varken skyldig att medverka till utredningen mot en själv, inte heller ska denne behöva bevisa sin oskuld.⁵ Detta medför att den tilltalade har rätt att förhålla sig fullständigt passiv genom hela processen utan att sålunda lida någon rättsförlust.⁶

En prövning av beviskravets uppfyllande ska genomgå en prövning av alternativa hypoteser till åklagarens gärningspåstående. Vid prövningen av alternativa händelseförlopp ska rätten utreda om det är ställt bortom rimligt tvivel att åklagarens gärningspåstående är det som har inträffat. Prövningen av alternativa hypoteser vid bedömningen om beviskravets åstadkommande innebär att den tilltalade tillförsäkras en rätt till passivitet, som i sin tur

² Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Rom 4 november 1950.

³ Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars: *Rättegång. Fjärde häftet*, Norstedts Juridik, Stockholm 2009, s. 150.

⁴ Diesen, Christian: *Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål*, Juristförlaget, Stockholm 1993, s. 517.

⁵ NJA II 1943, s. 579.

⁶ Diesen (1993), s. 260.

medför en rätt till tystnad. Det är domstolens skyldighet att pröva alternativa hypoteser som är till förmån för den tilltalade. Denna prövning medför en ökning av rättssäkerheten i och med att risken för materiellt oriktiga domar minskar.

Samtidigt som rätten till tystnad föreligger så råder även principen om fri bevisvärdering enligt 35 kap. 1 § RB. Utifrån principen om fri bevisvärdering har domstolen att fritt värdera allt som förekommit i målet.⁷ Ett förbud mot att tillmäta passiviteten någon betydelse skulle i princip innebära en inskränkning av principen om fri bevisvärdering.⁸ Å andra sidan innebär den fria bevisvärderingen en inskränkning av rätten till tystnad. Detta innebär att det måste göras en avvägning mellan två motstridiga intressen.

Domstolens möjlighet att fritt värdera omständigheter omfattar även den tilltalades passivitet under förfarandet. Enligt 35 kap. 4 § RB ska domstolen pröva vilken bevisverkan som kan tillmätas det förhållandet att den tilltalade vägrat att besvara en för utredningen framställd fråga. Även om det utifrån oskyldighetspresumtionen och åklagarens bevisbörda inte råder något krav på aktivitet från den tilltalades sida, kan tystnaden komma att straffa sig. I dessa fall brukar man tala om en så kallad förklaringsbörda.

Den fria bevisvärderingen innebär inte att den tilltalades tystnad får användas som bevis för dennes skuld, snarare att domstolen måste ta hänsyn till dennes tystnad. Detta framhölls även av Högsta domstolen i det så kallade balkongfallet.⁹ I fallet framgår att mot bakgrund av Europadomstolens praxis får den tilltalades tystnad tillmätas bevisverkan vid bevisvärderingen i situationer som uppenbarligen kräver en förklaring.¹⁰ Den tilltalade kan således åläggas en förklaringsbörda med konsekvensen att en utebliven förklaring riskerar leda till fällande dom.¹¹

Den utformade rätten att tåga anses utgöra en reaktion på tidigare inkvisitorisk processordning.¹² Domaren ansvarade tidigare för att få fram "sanningen", likt åklagarens

⁷ Lindell, Bengt, Eklund, Hans, Asp, Petter & Andersson, Torbjörn: *Straffprocessen*, Iustus, Uppsala 2005, s. 397.

⁸ Nowak, Karol: *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik. Stockholm 2003, s. 415; Schelin, Lena: *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm 2007, s. 55.

⁹ NJA 2015 s. 702.

¹⁰ *Ibid.* s. 24.

¹¹ Ekelöf m.fl. (2009) s. 35.

¹² Träskman, Per Ole: "Rätten att förbli tyst". I: *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1993, s. 596-602.

rådande skyldighet. Domaren kunde genom kraftiga påtryckningar förmå tilltalade till medgivande. Starkaste beviset för den tilltalades skuld bestod av dennes eget erkännande. Frivilliga erkännanden var närmare bestämt fullt bevis enligt 17 kap. 29 § 1734 års rättegångsbalk.¹³ I 1948 års RB övergick processordningen till ett partstyrkt förfarande och fri bevisprövning lagfästes. Som följd av denna övergång fick misstänkta och tilltalade rätt att tåga. Att tillämpa tvångsmedel i syfte att förvärva erkännanden ansågs därmed inte längre vara tillåtna.¹⁴

Inom doktrinen ter sig oenighet råda avseende hur förklaringsbördan ska uppfattas och tillämpas. Det förefaller delade uppfattningar huruvida den tilltalades underlåtenhet att framföra en förklaring ska kategoriseras processuellt. Beaktat att förklaringsbördan är en börda som åläggs den tilltalade och därmed utgör en metod som är till nackdel för den tilltalade finns det skäl att undersöka förklaringsbördan djupare.

Vilka situationer som uppenbarligen fordrar en förklaring är inte närmare definierat och kan därmed tydas olika av underrätterna. Det väcker frågan om rättsläget faktiskt kan anses vara godtagbart ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Fråga som uppstår är om det följaktligen är fördelaktigt för den tilltalade att förhålla sig fullständigt passiv i ett brottmålsförfarande.

Under föregående termin genomförde jag praktik på en humanjuridisk advokatbyrå där jag bland annat deltog i en rättegång där den tilltalade stod åtalad för mord. Den tilltalade förhöll sig helt passiv under hela förfarandet och åklagarens bevisning omfattade även bevis till förmån för den tilltalade som aktualiserade en alternativ hypotes. Vår uppfattning på försvararsidan var att målet säkerligen skulle ogillas mot bakgrund av den alternativa gärningsmannen, vilket inte var fallet. Den tilltalade dömdes av tingsrätten för mordet utan nästan någon som helst hänsyn till den friande alternativa hypotesen trots uppmaningar från försvaret om det bristande underlaget. Mot bakgrund av detta uppstod mitt intresse för framställningens ämne.

Förklaringsbördan är en komplicerad rättsfigur som medför vissa svårigheter sett till de grundläggande rättigheterna som ska tillförsäkras den tilltalade. En tillämpning av

¹³ Inger, Göran: *Svensk rättshistoria*, Liber, Malmö 2011, s. 65-67 och 193.

¹⁴ *Ibid.* s. 367.

förklaringsbördan torde medföra att dessa rättigheter inskränks och att det således kan betvivlas huruvida man inom svensk rätt beaktar dessa rättigheter i stor utsträckning. Av den anledningen är det av särskild betydelse att bevisvärderingen sker på ett rättssäkert och förutsebart sätt i domstolarna. Riskerar den tilltalades tystnad, passivitet eller beteende att värderas, på ett utifrån oskyldighetspresumtionen eller rättssäkerheten stridigt sätt, kan rättslig förändring vara nödvändigt.

1.2 Syfte & frågeställningar

Framställningen syftar till att utreda det rättsliga utrymme domstolarna har att tillämpa förklaringsbördan, när den aktualiseras och hur den tillämpas inom en bevisrättslig kontext. Även huruvida underrätternas olika tillämpningar på ett grundläggande plan kan inverka på den tilltalades chanser i brottmålsprocessen belyses. En undersökning har gjorts, grundat på resultaten, huruvida underrätternas utrymme för tolkning och tillämpning av bördan kan medföra svårigheter för den tilltalade ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

Att skapa en bättre förståelse för förklaringsbördans innebörd samt dennes processuella och praktiska konsekvenser har gjorts genom att systematisera doktrin samt exemplifiera med rättsfall. Med detta innefattas undersökning och analys av i vilken utsträckning den tilltalades tystnad kan tillmätas negativ bevisverkan till förmån för åklagaren. Detta görs i ljuset av det starka rättsskydd och rättighetsgarantier som den tilltalade erhåller enligt artikel 6.1-2 EKMR.

Framställningens syfte kan konkretiseras genom följande frågeställningar:

- Hur omfattande är den tilltalades rätt till tystnad?
- Vad innebär förklaringsbördan och vilken rättsverkan har bördan?
- Hur förhåller sig en tillämpning av förklaringsbördan till de rättssäkerhetskrav som följer av artikel 6.1-2 EKMR?

1.3 Perspektiv & teori

De grundläggande principerna inom straffrätten kan delas i två olika ytterligheter. Ena sidan består av en rättssäkerhetsfunktion, den så kallade skyddsprincipen, medan den andra sidan utgörs av den brottsbekämpande funktionen, även kallat förverkligandeprincipen.¹⁵

Brottsbekämpande funktionen bygger på samhällets icke tolerans av vissa handlingar som betraktas som farliga eller skadliga, och därav måste undersökas och sanktioneras rättsligt. Förverkligandeprincipen ger således uttryck för en straffprocess med fokus på effektiv brottsbekämpning.¹⁶ Rättssäkerhetsfunktionen eftersträvar att minimera eller rentutav eliminera antalet felaktiga fällande domar och ger således uttryck för skyddet för enskilda även om det kan innebära svårigheter att få till en fällande dom.¹⁷

Begreppet rättssäkerhet är ett väletablerat begrepp men det föreligger ändå tveksamhet kring innebörden. Troligtvis råder det enighet om att den grundläggande betydelsen innebär förutsebarhet hos rättsliga beslut, allas likhet inför lagen samt enskildas skydd mot övergrepp och misstag från staten. Dessa processuella rättigheter synes i de grundläggande mänskliga rättigheterna.¹⁸ Mot bakgrund av en sådan tolkning av begreppet rättssäkerhet är det av stor betydelse att brottmålsprocesser leder till materiellt riktiga domar, det vill säga att utredningen sker på ett korrekt sätt samt dömer rätt person.¹⁹

Ett uppställande av ett krav på rättssäkerhet medför inskränkning i de brottsbekämpande myndigheternas effektivitet. Att göra undantag i rättssäkerheten innebär att fler personer kan lagföras och ökar brottspreventionen. Inom straffprocessen råder det alltså en tvist mellan effektivitet och rättssäkerhet och dessa måste vägas mot varandra. Inom doktrin diskuteras om ett så kallat differentierat funktionstänkande som innebär att de två motstridiga intressen väger olika mycket under olika delar av processen. Funktionen om brottsbekämpning bedöms få ett uppenbart större betydelse under förundersökningen. Rättssäkerhetsfunktionen får istället ett större genomslag efter huvudförhandlingen under domstolens överläggning och bevisvärdering. Under huvudförhandlingen samverkar de båda funktionerna.²⁰

¹⁵ Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars och Pauli, Mikael: *Rättegång. Första häftet*, Wolters Kluwer, Stockholm 2016, s. 30 ff; Frände, Dan: *Finsk straffprocessrätt I*, Forum Iuris, Helsingfors 1999, s. 8.

¹⁶ Lindell m.fl. (2005), s. 20.

¹⁷ Ekelöf m.fl. (2016), s. 31.

¹⁸ Zila, Josef: Om rättssäkerhet, *Svensk Juristtidning*, 1990, s. 284.

¹⁹ *Ibid.* s. 288.

²⁰ Ekelöf m.fl. (2016), s. 31; Lindell m.fl. (2005), s. 22 f.

Ur skyddsprincipen bör 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. I denna framställning har perspektivet om rättssäkerhet anlagts där utgångspunkten är att rättsordningen ska vara förutsebar för den tilltalade, att den tilltalade skyddas mot övergrepp, egenmäktighet och misstag från staten samt att den offentliga makten ska utövas efter lagarna.²¹ Det innebär alltså att rättstillämpningen bör vara förenlig med oskyldighetspresumtionen och rätten till tystnad.²²

1.4 Avgränsningar

Framställningen påstår sig inte för att ge en komplett beskrivning av tillämpningen av förklaringsbördan. Detta med anledning av att det råder tvivelaktighet avseende utförbarheten av en sådan undersökning med beaktande av att en personlig övertygelse kring den tilltalades skuld motiverat utifrån den tilltalades vägran att besvara en fråga kan förväxlas och döljas av en objektiv motivering i domskälen.²³

För att klargöra innehållet av denna rättighet har avgöranden från Europakonventionen och Europadomstolen varit vägledande. Den praxis som omnämns är de som upprepat återkommer i doktrin²⁴ och därav förefaller ha störst inflytande för tydningen av oskyldighetspresumtionen och rätten till tystnad. Ändamålet med framställningen är emellertid inte att reda upp huruvida svensk rätt förhåller sig till Europakonventionen och dess uppfyllande av konventionsåtagandet. Det ges därav inget helhetsintryck av Europadomstolens ståndpunkt avseende alla frågor som är aktuella i framställningen. Fokus har främst lagts på artikel 6 i Europakonventionen och Europadomstolens avgöranden i avsnitten där innehållet av rätten att vara tyst undersöks mot bakgrund av att det på detta område saknas nationella regler. Framställningen syftar inte heller att utge en hel redogörelse

²¹ Zila (1990), s. 284.

²² Se lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

²³ Heuman, Lars: *Domarens och åklagarens skyldighet att vara objektiva*, Juridisk Tidskrift, 2004/05, s. 44.

²⁴ Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Norstedts juridik, Stockholm 2015 och Nowak (2003).

för innebörden av rätten att vara tyst eftersom att en sådan redogörelse är omfattande och fordrar en egen framställning.

För ökad förståelse av förklaringsbördan och dess problematik har angränsande företeelser undersökts såsom beviskravet, bevisbördan, bevisvärdering. Dessa ämnen behandlas emellertid enbart i den omfattning som kan anses vara motiverat för utredningen av förklaringsbördan och rätten till tystnad. Informationskyldigheten, det vill säga när, hur och vem som är skyldig att informera den misstänkte och tilltalade om sin rätt till tystnad har även lämnats utanför framställningen.

Framställningen är likaledes begränsad till att enbart beröra den förklaringsbörda som uppträder i brottmål. Tvistemålets förklaringsbörda samt juridiska personernas rättighet att vara tyst lämnas därför utanför denna framställning.

Förklaringsbördan uppenbarar sig även vid situationer där den tilltalade lämnat en misslyckad förklaring, som kan bestå av lögn, ej trovärdiga och osannolika förklaringar som i sig kan få olika bevisverkan, vilket har bortsetts från i denna framställning.

Oskyldighetspresumtionen och rätten att vara tyst utgör straffprocessuella grundläggande rättigheter som är aktuella under hela förfarandet och ska således tas hänsyn till från att förundersökning inleds till dess att en fällande dom avkunnats. I denna framställning har fokus lagts på den bevisverkan som den tilltalades tystnad kan tillmätas under huvudförhandlingen.

Huruvida ett avgörande från Europadomstolen där det klarlagts att rätten till tystnad har kränkts påverkar den nationella domen är en ytterst intressant följdfråga som dessvärre faller utanför framställningens syfte och frågeställningar.

1.5 Metod

Ett genomförande av en grundlig analys av rättsläget inom framställningens frågeställningar kräver inledningsvis en beskrivning, systematisering och tolkning av gällande rätt på

bevisrättens område. Metoden i framställningen är därför företrädesvis rättsdogmatisk.²⁵ Den sedvanliga rättsdogmatiska metoden grundar sig i att rättskällorna är auktoritativa och medför att lösningar på juridiska problemställningar finnes i de allmänt godtagna rättskällorna i egenskap av lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin. Den rättsdogmatiska metoden kännetecknas av bundenheten till rättskällorna. När lag tolkas kan även olika hjälpregler användas såsom exempelvis olika tolkningar, motsatsslut och lagkommentarer.²⁶

Med grund i att framställningen till även behandlar europarättsligt material är det av betydelse att uppmärksamma europarättens genomslag i Sverige, vilket har breddat den svenska rättskälleläran. Således innebär det att tolkning av lag och prejudikat i detta sammanhang även innefattar en tolkning av europarättsligt och unionsrättsligt material.²⁷ För tolkning av Europakonventionen fästes hänseende vid Europadomstolens praxis, av den orsaken att dess avgöranden bedöms sätta den europeiska standarden vad gäller skyddet för mänskliga fri- och rättigheter.²⁸

En utredning av huruvida rådande rättsläge och praxis ger utrymme för domstolarna att tillämpa förklaringsbördan kan anses rättssäkert eller inte kräver analys av nationell praxis, vilket även omfattar underrättspraxis.²⁹ I detta avseende är metoden rättsanalytisk i framställningen. Denna metod exponerar och analyserar gällande rätt snarare än att fastställa vad som är gällande rätt.³⁰

Bevisvärderingen i Sverige är fri och klassas i allmänhet som en sakfråga. Det innebär att bevisvärderingsfrågor ter sig vara avhängigt av omständigheter i det enskilda fallet, vilket inte kan besvaras med hjälp av rättskällorna. Det blir därtill behövt att använda sig av den rättsdogmatiska metoden i anslutning till rättsanalys i detta sammanhang.

Avsikten är att via rättsfallen illustrera hur tillämpningen av förklaringsbördan kan se ut i

²⁵ Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för författare: Ämne, material, metod och argumentation*, Norstedts juridik, Stockholm 2015, s. 43 ff.

²⁶ Kleineman, Jan: *"Rättsdogmatisk metod"*, I: (red. Korling, Fredric och Zamboni, Mauro), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund 2013, s. 21.

²⁷ Sandgren (2015) s. 40, s. 43.

²⁸ Bernitz, Ulf och Anders, Kjellgren: *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm 2014, s. 149; Nowak (2003), s. 335.

²⁹ Sandgren (2015), s. 725 f.

³⁰ Ibid. s. 45.

domstolarna för att kunna få till stånd en analys av tillämpningsutrymmet som finns och huruvida det är att anse som rättssäkert eller inte.

1.6 Material

Avseende utredningen av det bevisrättsliga området har lagtext och förarbeten enbart delvis används med anledning av att regleringen i det hänseendet är återhållsam. I processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk SOU 1938:44. finns dock vissa väsentliga uttalanden som är av betydelse för att redogöra för rättsläget på bevisrättens område. Bevisrätten är ett omskrivet ämne och någon fullständig konsensus om en idealistisk prövning för bevisning finns inte. Eftersträvandet att eliminera eller minimera felaktighet vid bevisprövningen är bevisrättsdoktrинens främsta uppgift. Juridisk doktrin har därför används i stor omfattning när bevisrätten utreds.

Oskyldighetspresumtionen och rätten till tystnad preciseras framförallt genom lagtext och praxis, men doktrin och andra källor kan också vara av vikt. Rätten till tystnad är emellertid inte lagreglerad i svensk rätt och har istället ansetts kunna härledas från oskyldighetspresumtionen i artikel 6 EKMR. Europadomstolens avgöranden har följaktligen analyserats för att undersöka innehållet i rätten att vara tyst. Urvalet av rättsfallen har främst skett efter hänvisningar i juridisk litteratur. Inom svensk rätt anses Nowak och Träskman vara de två framstående och erkända namn för utredning av oskyldighetspresumtionen och rätten att vara tyst. Deras verk har därför fått ett visst utrymme i uppsatsen.

Förklaringsbördan är inte lagstadgad i svensk rätt, vilket leder mig vidare till andra rättskällor. I syfte att undersöka förklaringsbördan har i första hand rättsfall från Högsta domstolen och doktrin används och utretts. Valet av rättsfallen har även i detta sammanhang skett efter hänvisningar i juridisk litteratur. Inom detta ämne kan doktrin vara något föråldrad men med anledning av begränsat material och att området inte får anses genomgå stora förändringar har litteraturen ändå valts att uppmärksammas i uppsatsen.

I avsnittet för granskningen huruvida den tilltalades tystnad kan användas som bevis för dennes skuld har utgångspunkten varit 35 kap. 4 § RB samt Europadomstolens prejudikat

eftersom domstolen agerar som högsta instans inom ramen för EKMR:s tillämpningsområde.. I syfte att tolka innehållet i nämnda lagrum har doktrin används.

Det rättsfall som valts ut för analysen är nyligen meddelade domar där förklaringsbördan berörts direkt eller indirekt i både tingsrätt och hovrätt. Bevisningen är i stort sett densamma i båda instanser, vilket gör att en värdefull analys kan göras om hur bevisläget kan tolkas och vilka konsekvenser olika synsätt på förklaringsbördan kan få. Fallen har inte valts ut för att på något sätt redogöra för gällande rätt utan endast för att ge exempel på hur förklaringsbördan tillämpas och påverkar bevisläget och därmed rättssäkerheten.

Det ska även tilläggas att det inom ramen för denna framställning inte har varit möjligt att genomföra en heltäckande undersökning för tillämpningen av förklaringsbördan i svensk rätt. Detta sätt till mängden underrättspraxis som finns på området. Syftet med de domar som lyfts från underrätterna har varit att belysa problematiken kring förklaringsbördan och de processuella genvägar bördan kan öppna upp för.

1.7 Forskningsöversikt

Inom juridisk doktrin har oskyldighetspresumtionen och tilltalades rätt till tystnad diskuterats och behandlats i relativt stor utsträckning. På området avseende oskyldighetspresumtionen utgör den grundliga avhandling som Nowak framställt år 2003 vid namn *Oskyldighetspresumtionen* ännu den mest genomgripande och ingående analys som finns tillgänglig. Nowak har däri gjort en fördjupad granskning av Europadomstolens avgöranden kring rätten till tystnad och även sammanfört rättsfallen till svensk rätt.

Även inom process- och bevisrättens område har det i Sverige forskats en hel del. Bevisprövning i brottmål av Christian Diesens samt Ekelöfs bokserie Rättegång utmärker sig på området och har under en lång tid haft en utmärkande status och använts både som undervisningsmaterial samt underlag för författandet av ett flertal rättsvetenskapliga verk.

Forskningsläget beträffande tillämpningen av förklaringsbördor på tilltalade i brottmål får emellertid sägas vara tämligen begränsat. Viss diskussion om förklaringsbördan har förts i

doktrinen, vilken däremot till stor del hänförs till början av 1990-talet. Mot bakgrund av det kan dess aktualitet potentiellt ifrågasättas. Innebörden av förklaringsbördan synes emellertid fortfarande anses vara oklart, särskilt på grund av de varierande ståndpunkterna om bördan inom doktrin. Följden av att en tilltalad förhåller sig passiv i något hänseende i den straffprocessuella processen är dock enligt min uppfattning begränsat behandlat i doktrinen. Trots vittgående diskussioner föreligger det splittring avseende förhållandet mellan tillämpningen av förklaringsbördor och den tilltalades rätt till tystnad.

Det kan i denna kontext tilläggas att författare visserligen behandlat förklaringsbördan och delvis dess problematik men detta har enbart skett i kortare avsnitt och i anknytning till allmänna debatter angående bevisprövning i brottmål. Det föreligger således främst en akademisk diskussion om förklaringsbördan.

1.8 Disposition

För att på ett så pedagogiskt sätt som möjligt ge en redogörelse för rättsläget kring framställningens syfte och frågeställningar ser framställningens disposition ut på följande sätt. Framställningen inleds med en redogörelse för de rättsliga yttre gränserna som bevisvärderingen verkar inom. Avsnittet inleds med en redogörelse för åklagarens bevis- och utredningsbörda samt beviskravet som råder inom straffprocessrätten. Syftet med detta kapitel är att förse läsaren med en förståelse för de grundläggande regler och principer, inom ramarna för framställningens frågeställningar, som styr bevisvärderingen som det sedan redogörs för i nästkommande kapitel.

Därpå följer en presentation av Europakonventionen och de för framställningen relevanta krav som ställs på en rättvis rättegång enligt artikel 6 Europakonventionen. Till avsnittet hör även en beskrivning av relevanta straffprocessuella utgångspunkter som följer av rätten till en rättvis rättegång. Syftet med detta kapitel är redogöra för den grundläggande bakgrunden som de behandlade nationella rättigheterna bygger på med anledning av Sveriges ratificering av EKMR. I detta avsnitt behandlas till viss del prejudicerande rättsfall från Europadomstolen i förhållande till rätten till tystnad, en del av rättsfallen berörs sedan återigen i avsnittet avseende tystnadens bevisverkan.

Kapitlet som följer beskriver förklaringsbördans innebörd och tillämpning, bland annat mot bakgrund av ett rättsfall som fått stort gehör i svensk straffprocess vad gäller bevisvärdering av tilltalades tystnad. Detta kapitel belyser även förklaringsbördans problematik i förhållande till den föregående redogjorda rätten till tystnad.

Nästa avsnitt utgörs av vad som kan kallas framställningens huvudavsnitt. Där utreds hur tystnaden kan användas som bevis, först i förhållande till regleringen kring tystnadens bevisverkan i svensk rätt och sedan Europadomstolens praxis inom området. I detta avsnitt behandlas viss europarättslig praxis till viss del på nytt men i relation till omständigheter som rör tystnadens bevisverkan.

Därpå följer ett avsnitt med ytterligare en rättsfallsanalys. Detta avsnitt ämnar att ge läsaren en fördjupad förståelse för och upplysa om bland annat hur bevisvärderingen fungerar i praktiken hos nationella domstolar. I denna del kopplas förklaringsbördan som sådan den uppfattas i teorin till hur den hanteras i praxis och ger exempel på dess långtgående konsekvenser genom rättsfallsanalysen.

Förutom löpande analyser i de tidigare kapitlen avslutas uppsatsen med en övergripande analys med slutord. Utefter vad som framkommit i uppsatsen deskriptiva delar besvaras uppsatsens frågeställningar här sammanfattningsvis.

2 Åklagarens bevisbörda & beviskravet i brottmål

2.1 Bevisbördan

En bevisbörderegeln innebär att domstolen inte kan lägga ett åberopat rättsfaktum till grund för en doms avgörande, om inte den beviskyldige parten lyckats bevisa detta faktum. Den part som innehar bevisbördan för ett rättsfaktums föreliggande bär risken för att domstolen inte övertygas om rättsfaktumet.³¹ Regeln om bevisbörda fastställer vilken av parterna i en process som ska lida nackdel av att det föreligger tvivelaktighet med avseende på ett visst relevant rättsfaktum i form av bristande bevisning. Om rätten således inte kan nå en övertygelse gällande en viss omständighet, utgör bevisbördan ett förhållningssätt som anger vilken av parterna detta förhållande ska gå utöver.³²

I brottmål åligger det enbart åklagaren att föra den åtalade gärningen i bevis, vilket är en konsekvens av och förutsättning för oskyldighetspresumtionen, som behandlas i avsnitt 4.2.³³ Principen om åklagarens bevisbörda består av en viktig rättsstatlig grundsats som är tillämnad att hindra materiellt felaktiga domar, likasom att frambringa trygghet för laglydiga medborgare.³⁴ Trots att detta kan inverka på rättsskipningens effektivitet anses avvägningen vara oundviklig med hänsyn till angelägenheten av oskyldigas rättsskydd.³⁵

Enligt 23 kap. 4 § 1 st. RB ska förundersökningen bedrivas objektivt. Utredningen ska således innefatta omständigheter och bevis oavsett huruvida det är till den misstänktes nackdel eller fördel. Objektivitetsplikten har likaså ansetts gälla för åklagaren under huvudförhandlingen utan att det uttryckligen följer av paragrafen.³⁶ Åklagaren ska i processen även ta hänsyn till

³¹ Ekelöf m.fl. (2009), s. 78-79.

³² Bolding, Per Olof: *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, Appelbergs boktryck, Uppsala 1951, s. 27.

³³ Ekelöf m.fl. (2009), s. 150.

³⁴ Diesen, Christian: *Bevisprövning i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm 2015, s. 122.

³⁵ Ekelöf m.fl. (2009), s. 150 f.

³⁶ SOU 2011:45 s. 99 och s. 105.

och betona fakta och bevis som är till förmån för den tilltalade.³⁷ Åklagarens uppdrag under huvudförhandlingen har således inte ansetts vara att enbart uppnå en fällande dom utan ett objektivt riktigt avgörande.³⁸

Åklagarens bevisbörda omfattar även förekomsten av omständigheter som uteslutandet av alternativa förklaringar till det huvudsakliga åklagarpåståendet. Åklagaren har alltså bevisbördan även för att några ansvarsbefriande grunder eller förmildrande omständigheter om den tilltalades skuld inte råder.³⁹ Åklagaren har bevisbördan både för de objektiva och subjektiva momenten, det vill säga att åklagaren både ska bevisa att gärningen är i enlighet med brottsbeskrivningen samt personligt ansvar.⁴⁰ Denna form av börda brukar betecknas negativ bevisbörda. Att denna negativa bevisbörda åvilar åklagaren innebär emellertid inte att denne i varje fall behöver bevisa bortavaron av ansvarsfrihetsgrunder. Frågan blir endast angelägen i de fall omständigheter i processen som tyder på att en ansvarsfrihetsgrund kan föreligga har uppenbarats. Detta innebär dock inte heller att den tilltalade har en åberopsbörda för förekomsten av en friande grund. Den tilltalade bör ändå ta hänsyn till att denne löper en risk att ansvarsfrihetsgrunderna inte prövas om deras tillvaro rent faktiskt inte uttalas.⁴¹

Detta medför att tilltalade varken behöver söka sig fri från åtalet eller på annat sätt bidra till utredningen.⁴² Principen om åklagarens bevisbörda uttrycks ofta genom grundsatsen *in dubio pro reo* - i tveksamma fall till förmån för den tilltalade.⁴³ Betydelsen av detta är att varje tvivel ska falla på åklagaren, med den följd att domstolen ska bedöma alla tveksamheter i bevisningen till den tilltalades förmån och fria istället för att fälla vid tvivel.⁴⁴

Att bevisbördan ligger hos åklagaren tillkännager emellertid inte vilken styrka bevisningen måste ha för att kunna fälla den tilltalade. Regeln om bevisbörda måste därför kompletteras med en noggrant bestämd angivelse om vilken grad av sannolikhet som måste uppnås för att

³⁷ Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars och Pauli, Mikael: *Rättegång. Första häftet*, Wolters Kluwer, Stockholm 2016, s. 73.

³⁸ SOU 2011:45 s. 105.

³⁹ Diesen (2015), s. 135; Heuman, Lars: *"Kringgås principen om åklagarens bevisbörda?"*, I: *Festskrift till Lars Welamson*, Stockholm 1988, s. 263.

⁴⁰ Ekelöf m.fl. (2009), s. 158.

⁴¹ Diesen (2015), s. 95.

⁴² NJA II 1943 s. 446 och 579, Diesen (1993), s. 47.

⁴³ Ekelöf (2009), s. 150.

⁴⁴ Nowak (2003), s. 61 ff.

åklagarens bevisning ska kunna läggas till grund för fällande dom.⁴⁵

2.2 Beviskravet

2.2.1 Bortom rimligt tvivel

Regeln om en bevisbörda anger vilken av parterna som är bevisskyldig. Beviskravsregeln anger istället hur stark bevisning den bevisskyldige parten måste framföra för att fullgöra sin bevisbörda.⁴⁶ Beviskravet i brottmål fastställer hur stark bevisning som åklagaren måste lägga fram för att styrka den åtalade gärningen.⁴⁷ Det beviskrav som gäller i brottmål enligt RB följer av 35 kap. 1 § där följande föreskrivs:

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

Det framgår emellertid inte direkt vad som innefattas i detta krav av RB. Uppdraget att närmare bestämma beviskravets innebörd har istället lämnats till rättskipningen. Beviskravet i brottmålsprocesser brukar uttryckas så att det ska vara *ställt utom rimligt tvivel* att den tilltalade har gjort sig skyldig till den gärning som åklagaren genom gärningsbeskrivningen klandrar den tilltalade. Med andra ord innebär det att åklagaren har ställt alla straffrättsligt relevanta rekvisit utom rimligt tvivel. Inom nationell rätt kan denna beskrivning av beviskravet återföras till ett rättsfall i början av 1980-talet.⁴⁸ Europadomstolen har även i sina domar använt sig av nämnda definition av beviskravet.⁴⁹ Det torde således inte råda något tvivel om hur beviskravet ska formuleras, vad som återstår är frågan vad ställt utom rimligt tvivel faktiskt innebär.

⁴⁵ Borgström, Peter, Rättegångsbalken (1942:740) 35 kap. 1 §, lagkommentar 1468, JUNO (besökt 11/11-2020); Ekelöf m.fl. (2009) s. 81.

⁴⁶ Ekelöf m.fl. (2009), s. 81.

⁴⁷ Ibid. s. 22.

⁴⁸ Se exempelvis NJA 1980 s. 725, 1982 s. 164, 1990 s. 40, 1990 s. 210 och 2012 s. 45; Diesen, Christian: *”Bortom allt tvivel?”*. I: *Festskrift till Per Ole Träskman (red.: Ulrika Andersson, Christoffer Wong, Helén Örnemark Hansen)*, Norstedts Juridik, Stockholm 2011, s. 148.

⁴⁹ Se exempelvis John Murray mot Storbritannien, dom 1996-02-08, p. 43 och 51; Diesen (2011), s. 148.

För att ett åtal ska bifallas krävs att domstolen finner gärningen *styrkt*. Det ska följaktligen förefalla som praktiskt sett uteslutet att den tilltalade är oskyldig.⁵⁰ För att den tilltalades skuld ska vara ställd utom rimligt tvivel fordras likaledes att friande alternativ till åklagarens gärningsbeskrivning kan exkluderas. Inte förrän inga sådana rimliga friande förklaringar kvarstår kan rätten finna brottet styrkt.⁵¹ Omfattningen av bevisningen och vilket typ av bevisning som begärs har sedan gradvist fyllts på med reellt innehåll genom avgöranden i praxis.⁵² Beviskravet kan preciseras både som ett positivt och ett negativt beviskrav.⁵³ Högsta domstolen uttrycker mestadels beviskravet på ett positivt sätt genom att ange åtalet styrkt.⁵⁴ Beviskravet kan dessutom uttryckas negativt, bortom rimligt tvivel innebär då att något rimligt tvivel kring den tilltalades skuld inte får föreligga.⁵⁵ Bevisningens säkerhet beror i vilken mån på andra alternativa förklaringar än den av åklagaren angivna förklaringen som kan uteslutas.⁵⁶ Tvivlet ska vara logiskt grundat och baserat på fakta.⁵⁷

Beviskravet har satts högt för att undvika felaktigt fällande domar. Trots att starka bevis talar för att den tilltalade har begått gärningen kan det ändå vara svårt för åklagaren att uppfylla sin bevisskyldighet. Principen om verkställandet av det straffrättsliga ansvaret kan således inte bevaras fullkomligt utan undvikandet av felaktigt fällande avgöranden har i detta avseende fått anses vägra tyngre. På så sätt minskar risken ytterligare för att oskyldiga döms till följd av sammansättningen av åklagarens bevisbörda och ett högt ställt beviskrav.⁵⁸

2.2.2 Utredningskrav

Avsikten med brottmålsprocesser är att undersöka ett påstående om brott. Det åligger domstolen att baserat på den utredning som förekommit i målet bedöma om detta påstående är riktigt, och följaktligen vilken påföljd som den tilltalade bör dömas till. Utredningen består således av rättens beslutsunderlag vid överläggning till dom. Grundtanken är att det

⁵⁰ Gregow, Torkel: *Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn*, I: Svensk Juristtidning, 1996, s. 510.

⁵¹ Diesen (1993), s. 517.

⁵² Schelin (2007), s. 59.

⁵³ Ekelöf m.fl. (2009), s. 151.

⁵⁴ Ekelöf m.fl. (2009), s. 151; Gregow (1996), s. 510; Se även NJA 1982 s. 525 och NJA 1996 s. 27.

⁵⁵ Diesen (2015), s. 147.

⁵⁶ Ibid. s. 176.

⁵⁷ Ekelöf m.fl. (2009), s. 153; Schelin (2007), s. 48 ff.

⁵⁸ Nordh, Roberth: *Praktiskt process VII: Bevisrätt B: Bevisrätt och beviskrav*, Iustus, Uppsala 2011, s. 35.

huvudsakligen är parternas uppgift att tillgodose utredningen i målet. Omfattningen av utredningen är avhängig av parternas yrkanden och innehållet av bevisningen. Detta följer bland annat av 35 kap. 6 § RB, i vilken det föreskrivs att det ankommer på parterna att svara för bevisningen. Med anledning av att det i brottmål är åklagaren som ensamt bär bevisbördan tillkommer emellertid ansvaret för utredningen i praktiken på åklagaren.⁵⁹

Denna skyldighet uppkommer redan under förundersökningen och upphör först när rättsens överläggning till dom vidtas.⁶⁰ Åklagaren kan sägas bära en utredningsbörda.⁶¹ Någon aktivitetsplikt åligger således inte hos den misstänkte, och denne kan följaktligen förhålla sig passiv under hela förfarandet utan att därigenom gå miste om sin rätt till en grundlig prövning av saken.⁶²

Det åligger emellertid rätten enligt 46 kap. 4 § 2 st. RB att tillse att målet är tillräckligt utrett, det vill säga att utredningen har nått en viss miniminivå. Om målet avgörs innan denna nivå har passerats föreligger rättegångsfel. Uppfyller utredningen däremot utredningsstandarden övergår ansvaret till åklagaren att se till att utredningen är tillräcklig för bevisvärdering. Åklagaren står således för risken att domstolen inte med säkerhet kan uttala sig angående en omständighet med anledning av bristande processmaterial. Medan beviskravet hänför sig till kvalitén av utredningen tar utredningsbördan istället sikte på kvantiteten. Innan frågan om beviskravets uppfyllelse har aktualiserats kan domstolen följaktligen ogilla åtalet på grund av bristande processmaterial. Härmed menas den omfattning som bevisningen måste ha för att medges en prövning gentemot beviskravet.⁶³

Ett bristande uppfyllande av utredningskravet innebär inte att utredningen ska fortsätta, vilket är fallet vid bristande uppfyllande av utredningsstandarden. Istället ska den tilltalade frias på grund av att andra alternativa förklaringsmöjligheter än den åklagaren fört fram i sin gärningsbeskrivning i stort sett inte kan prövas.⁶⁴ Åtalet faller alltså inte på grund av att beviskravet inte är uppfyllt, utan faller redan på den grunden att utredningen är för bristfällig.⁶⁵

⁵⁹ Diesen (1993), s. 233 ff.

⁶⁰ Ibid. s. 263.

⁶¹ Ibid. s. 268.

⁶² Ibid. s. 234 och 260.

⁶³ Diesen (2015), s. 64-65 och 102-103.

⁶⁴ Diesen (1993), s. 553 ff.

⁶⁵ Diesen (1993), s. 558; NJA 1990 s. 555 och NJA 1991 s. 56.

Vid grova brott avser bristen ofta att åklagaren antingen misskött att överhuvudtaget utreda eller införa utredning om en alternativ friande förklaring.⁶⁶ Det är endast sådana förklaringsalternativ som är konkretiserbara som avses med utredningskravet, således ankommer det inte på åklagaren att presentera en utredning som eliminerar samtliga tänkbara förklaringsalternativ. Målets beskaffenhet avgör i vilken utsträckning åklagaren är skyldig att inbegripa alternativa förklaringar.⁶⁷

Hänsyn bör även tas till hur mycket bevisning som finns som är ett mått på fullständighet, alltså hur mängden bevis förhåller sig till mängden av all relevant information. Risken för hur bevisläget kommer att ändras av ytterligare information är ytterligare en aspekt utifrån bevisningens omfattning.⁶⁸ En upptäckt av annan ny bevisning i ett mål sänker det bevisvärde som uppnåtts i målet.⁶⁹ Beviskravet kan således sägas innehålla två krav. Det inledande kravet handlar om bevisläget kring bevisningen som kommit fram under huvudförhandlingen medan det andra kravet handlar om eventuell bevisning som inte framförts, men som hade kunnat ändra bevisläget om det lagts fram.⁷⁰

I en utredning kan exempelvis ett delmoment försummas eller underlåtit att undersökas, vilket normalt sett borde ha undersökts. Den uteblivna undersökningen kan emellertid ha en ringa betydelse i det aktuella målet. Följaktligen kan utredningen betraktas som otillräcklig enligt ett krav på fullständighet eftersom en standardundersökning fattas. Parallellt är utredningen robust eftersom bevisningen är stark på så sätt att ytterligare undersökning inte skulle förändra bevisläget.⁷¹ Tolkningen av utredningskravet har således betydelse. Om kravet på utredning går ut på att utredningen i målet måste ha en viss grad av fullständighet för att bevisprövning av den tilltalades skuld ska kunna ske, så är det ett krav fritt från kravet på tillräckligt stöd. I sådant fall behöver rätten avgöra frågan om utredningen är tillräcklig innan en prövning av tillräckligt stöd kan göras. Är utredningskravet däremot ett krav på robusthet blir det förenat med ett krav på tillräckligt stöd. Rätten behöver då bedöma hur starkt stöd den

⁶⁶ Diesen (1993), s. 270.

⁶⁷ Ibid. s. 556 ff.

⁶⁸ Sahlin, Nils-Eric: *On Higher Order Beliefs, I: (red. Dubucs, J.P., Theory of Probability)*, Kluwer Academic Publishers, 1993, s. 19.

⁶⁹ Dahlman, Christian: *Beviskraft – Metod för bevisvärdering i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm 2018, s. 152.

⁷⁰ Dahlman (2018), s. 134 ff.; Se även SOU 2013:17, s. 221.

⁷¹ Dahlman (2018), s. 153.

tillgängliga bevisningen ger för åklagarens bevisstema förrän det är möjligt att avgöra om utredningen är tillräcklig.⁷²

Vid åklagarens avgörande om tillräcklig bevisning har denne två intressen att ta hänsyn till. Åklagaren måste dels tillse att behovet av utredning till förmån för den tilltalade tillgodoses, dels att det egna behovet av utredning för att styrka åtalet även tillgodoses. Det ställs således höga krav på åklagarens processföring. Även om åklagaren i praktiken i större mån kan koncentrera sig på att styrka sin gärningsbeskrivning när den tilltalade har en försvarare, är denna plikt teoretiskt densamma fränsett om den tilltalade är företrädd av en försvarare eller ej.⁷³

2.2.3 Alternativa hypoteser

Lydelsen bortom rimligt tvivel tyder på att en fällande dom förutsätter att rimligt tvivel kan uteslutas, det vill säga att det inte föreligger några rimliga tvivel om den tilltalades skuld. Eventuellt tvivel skapas till följd av att det finns någon alternativ förklaring till åklagarens påstådda händelseförloppet.⁷⁴ Processlagsberedningen har framfört att det ankommer på rätten att fästa avseende vid omständigheter som är till förmån för den tilltalade, detta oavsett vad den tilltalade har anfört.⁷⁵ Rätten ska således med hjälp av omständigheterna i målet uppställa andra potentiella förklaringar än den som följer av åklagarens gärningsbeskrivning. Om en alternativ förklaring kan konkretiseras ska rätten dessutom avgöra om den är rimlig. Om rätten inte kan avfärda denna alternativa förklaring ska den tilltalade frias. Det innebär att det således inte kan anses vara bevisat att den tilltalade har begått det av åklagaren påstådda brottet.⁷⁶ En fällande dom kan inte meddelas förrän alla rimliga förklaringar för den tilltalades oskuld har eliminerats genom prövning av alternativa hypoteser.⁷⁷

I praktiken innebär förhållandet mellan beviskravet och alternativa hypoteser att åklagaren måste försöka bedöma vilka andra rimliga förklaringar som kan finnas och framlägga

⁷² Dahlman (2018), s. 152 ff.

⁷³ Diesen (1993), s. 264

⁷⁴ Diesen (2015), s. 82.

⁷⁵ SOU 1938:44, s. 479.

⁷⁶ Diesen (2015), s. 120.

⁷⁷ Ibid. s. 83 och 120.

information, i form av bevisning, för att de ska kunna uteslutas.⁷⁸ Det åligger inte den tilltalade att behöva presentera andra möjliga förklaringar utan rätten är skyldig att på egen hand granska vilka tänkbara alternativ utöver åklagarens som kan råda.⁷⁹

En alternativ förklaring kräver att denna utgör ett förhållande till gärningspåståendet friande eller lindrigare alternativ. Såsom alternativa hypoteser räknas därför alla andra förklaringar än det som förts fram genom gärningspåståendet. För att den alternativa förklaringen ska tillerkännas någon betydelse krävs att den kan motiveras utifrån rationella grunder samt framstår som rimlig. Detta innebär vidare att den ska vara förenlig med och kunna konkretiseras med hjälp av befintliga fakta i målet.⁸⁰

En variant av bevisning som kan begränsa utrymmet för alternativa hypoteser är *eliminationsbevisning*. Eliminationsbevisning grundar sig i förhållandet att sannolikheten för att ett händelseförlopp utspelat sig på så sätt som åklagaren uppger ökar om åklagaren kan bevisa att andra förklaringar är uteslutna. Om varje alternativ förklaring kan elimineras är således beviset styrkt. Vikten av eliminationsbevisningen är sammanhängande med hur många tänkbara alternativa förklaringar som erfaras. Om endast en minoritet av ett stort antal möjliga förklaringar kan elimineras blir värdet av bevisningen lågt. Motsatsvis blir värdet högt om eliminationsbevisningen utesluter ett av två tänkbara alternativ.⁸¹

För att en prövning av alternativa hypoteser ska vara utförbart krävs att tillräcklig utredning föreligger. Åklagarens utredningsbörda omfattar således även dessa alternativa händelseförlopp. Ifall utredningsmaterialet är så bristfälligt att domstolen inte kan pröva en möjlig friande förklaring ska åtalet ogillas. Åklagaren bär således risken för att ett alternativt händelseförlopp inte är möjligt att pröva.⁸² Sammanfattningsvis kan åtalet alltså ogillas dels på grund av att rimliga alternativa friande förklaringar inte kan elimineras, dels med anledning av att utredningen är så otillräcklig att de alternativa hypoteserna inte kan prövas.

⁷⁸ Lambertz, Göran: "Kvalitetssäkring av bevisprövningen i brottmål". I: Svensk Juristtidning, 2009, s. 8.

⁷⁹ SOU 1938:44, s. 479; Dahlman (2018), s. 321 och Diesen (2015), s. 245 ff.

⁸⁰ Diesen (1993), s. 598 ff.

⁸¹ Ekelöf m.fl. (2009), s. 208.

⁸² Diesen (2015), s. 103-105.

3 Bevisprövning i brottmål

Risken för att bevisningen uppfyller beviskravet efter en prövning åligger åklagaren.

Bevisvärdering avser processen då domaren bildar sig en uppfattning av bevisningens styrka för att därefter ta ställning till om beviskravet är uppfyllt.⁸³ Bevisvärdering, att värdera fakta, är ett av rättskipningens mest väsentliga element. Den dominerande uppfattningen kring bevisvärderingen är att domstolen genom bevisvärderingen ska utreda vad som faktiskt har inträffat. Avsikten med domarens frihet vid bevisvärderingen är att nå det eftersträfvansvärda målet, vilket är en materiellt riktig dom.⁸⁴

Intentionen med bevisningen blir härigenom att till rätten tillhandahålla en övertygelse om att de omständigheter som parterna åberopar verkligen föreligger. Huruvida övertygelse om det ska anses vara för handen beror i regel inte av några rättsregler utan istället av domarens fria prövning.⁸⁵

Enligt 35 kap. 1 § RB ska rätten efter en samvetsgrann prövning av allt som förekommit i målet fritt avgöra vad som är bevisat. Motsatsen till detta är en legal bevisprövning som går ut på att det i lag regleras hur bevisning ska värderas.⁸⁶ Bevisvärderingen är emellertid inte helt fri. I förarbetena finns riktlinjer som domare har att rätta sig efter.⁸⁷ Även somliga bindande lagrum begränsar den fria bevisvärderingen. Regleringen är dock vag och de flesta regler är dock sådana att de överlåter åt domstolen att slutgiltigt bestämma vilket bevisvärde beviset ska tillskrivas.⁸⁸ Vägledning och begränsningar kan påverka hur en förklaringsbörda får inverka vid bevisvärderingen. En distinkt inskränkning inom den fria bevisvärderingen och som därmed påverkar förklaringsbördans tillämpningsutrymme är rätten till tystnad som härstammar från oskyldighetspresumtionen, som behandlas i avsnitt 4.2.

⁸³ Ekelöf m.fl. (2009), s. 160.

⁸⁴ Diesen (1993), s. 381.

⁸⁵ Gärde, Natanael, Engströmer, Thore, Strandberg, Tore & Söderlund, Erik: *Nya rättegångsbalken*, Norstedts Juridik, Stockholm 1994, s. 472.

⁸⁶ Nordh, Roberth: *Praktisk process VIII: Bevisrätt C: Bevisvärdering*, Iustus, Uppsala 2013, s. 38.

⁸⁷ Se SOU 1926:32, s. 255 och SOU 1938:44, s. 377 ff.

⁸⁸ Nordh (2013), s. 38; Se även 35 kap. 3 § och 4 § RB.

I förarbetena till rättegångsbalken följer att rätten vid sin bevisprövning inte får basera beslutet på subjektiva värden. Övertygelsen måste vara objektivt motiverad och baseras på motiv som kan godtas av andra förståndiga personer. En helhetsbedömning av bevisningen får inte utföras utan en värdering av varje enskilt bevis bör göras.⁸⁹ Att tillåta helhetsintrycket leda bevisprövningen medför en konkret risk för att inkorrekta slutsatser dras eftersom styrkor och svagheter hos de enskilda bevisen riskerar att förbises.⁹⁰ Domaren ska för sig själv och i domskälen klargöra grunderna som avgörandet åvilar.⁹¹ Fri bevisvärdering går således inte ut på att domaren kan utföra bevisvärderingen efter eget tycke utan innebär endast att lagregler i stort sett inte får inverka i processen.⁹²

Även om det ligger i sakens beskaffenhet att särskilda bevismedel, exempelvis DNA och fingeravtryck, i allmänhet borde tillmätas ett högre värde än andra indirekta bevis så finns det ingen rättsligt fastslagen rangordning.⁹³ Flertalet tillvägagångssätt har lagts fram i syfte att göra prövningen så objektiv som möjligt men har haft begränsad praktisk relevans och är dessutom inte heller bindande för rätten.⁹⁴ Istället är domaren i stort sett fri att bestämma själv vilket bevisvärde ett visst bevis ska tillmätas.⁹⁵ Utifrån formuleringen ”allt som i målet förekommit” får det enligt motiven dels inte göras någon inskränkning beträffande de kunskapskällor som rätten tillåts använda vid sitt sökande efter sanningen, dels får domaren inte bindas av lagregler vid värdering av bevis.⁹⁶

Vid bevisvärderingen ska rätten uteslutande begränsa prövningen till material som framkommit under huvudförhandlingen. Annat material som inte tagits upp får inte beaktas vid prövningen, vilket följer av 35 kap. 1 § samt 30 kap. 2 § RB. Detta är ett uttryck för den så kallade *omedelbarhetsprincipen*.⁹⁷ En konsekvens av denna princip är ett förbud för domare att använda sin privata kännedom. Med detta avses sådan kunskap om väsentliga omständigheter som domaren kan ha fått vetskap om utanför sin utövning av befattningen.⁹⁸ Enligt motiven ska denna princip dock inte tolkas på så vis att domaren är hindrad att fästa

⁸⁹ SOU 1938:44, s. 377 ff.

⁹⁰ Nordh (2013), s. 40.

⁹¹ SOU 1938:44, s. 378 ff.

⁹² Ekelöf m.fl. (2009), s. 163 ff.; Gregow (1996), s. 511; Schelin (2007), s. 23.

⁹³ Schelin (2007) s. 23.

⁹⁴ Diesen (2015), s. 30 ff.

⁹⁵ Schelin (2007), s. 23.

⁹⁶ SOU 1938:44, s. 377.

⁹⁷ Ekelöf m.fl. (2009), s. 44.

⁹⁸ Ibid. s. 29.

avseende vid erfarenhetssatser eller förhållanden som är allmänt kända, i den utsträckningen dessa faller inom ämnet för allmänbildning och livserfarenhet.⁹⁹ För att det ska vara möjligt för domaren att värdera den föreliggande bevisningen med allmänt acceptabla resultat behöver domaren en uppfattning om verkligheten som bevisningen kan relateras till. Mot bakgrund av det är det därför nödvändigt att använda bland annat erfarenhetssatser för att bedöma sambandet mellan olika omständigheter.

Högsta domstolen har tagit upp frågor om bevisvärdering upprepade gånger, vilket indikerar att domstolens praxis har normerande verkan även inom bevisvärdering.¹⁰⁰ Domstolen fastställde i *balkongmålet*¹⁰¹ att principen om den fria bevisprövningen åvilar svensk rätt men att det emellertid inte betyder att domstolen får vara godtycklig i sin bedömning. Domstolen framhöll i målet att prövning av bevisvärderingsfrågor kan ske och att den fria bevisvärderingen inte hindrar att vissa principer för bevisvärdering får utvecklas i praxis. Att ange ett tillämpningsmönster i samtliga typer av mål är dock inte rimligt. Bevisfrågor är så generella att de inte kan underkastas allmänna anvisningar för prövning. Det utesluter emellertid inte att det för en typ av fall kan finnas en värderingsmetod som är bättre lämpad än andra för att garantera en noggrann värdering av bevisning.¹⁰² HD har emellertid vid flertal tillfällen uttalat att sådana riktlinjer måste behandlas med försiktighet.¹⁰³

Det bör betonas att vid bevisvärderingen är det inte domstolens uppgift att fastställa vad som verkligen har hänt, utan att värdera åklagarens bevisning mot beviskravet.¹⁰⁴ När bevisningen inte upp till beviskravet, eller om det föreligger tvivel kring bevisvärdets tillräcklighet, ska åtalet ogillas.¹⁰⁵ Det är utifrån dessa grunder, men utan någon bestämd metodik, som rätten har att undersöka om åklagarens gärningspåstående stämmer överens med verkligheten.¹⁰⁶

⁹⁹ Se NJA II 1943, s. 445.

¹⁰⁰ Se t.ex. NJA 2005 s. 712; NJA 2010 s. 671; NJA 2015 s. 702 och NJA 2017 s. 316.

¹⁰¹ NJA 2015 s. 702.

¹⁰² NJA 2015 s. 702, p. 20 och 21.

¹⁰³ NJA 2004 s. 176 och NJA 2015 s. 702, p. 21.

¹⁰⁴ Lindell m.fl. (2005), s. 399.

¹⁰⁵ Lindell m.fl. (2005), s. 399 och NJA 2015 s. 702, p. 23.

¹⁰⁶ Diesen (1993), s. 383.

4 Tilltalades passivitet

4.1 Rätt till rättvis rättegång

Europakonventionen har ratificerats av EU:s samtliga medlemsstater, vilket främst medför folkrättsliga förbindelser som staterna har att fullfölja de fastslagna mänskliga rättigheterna i konventionen.¹⁰⁷ EKMR har i Sverige dessutom implementerats i svensk rätt i egenskap av gällande rätt genom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. 2 kap. 19 § RF föreskriver att lag eller föreskrift inte får meddelas i strid med Europakonventionen. Detta medför att EKMR grundlagsfästes genom införandet i RF som är en av Sveriges grundlagar i syfte att garantera att konventionens rättigheter inte försummas genom nationell lag.¹⁰⁸ Konventionens avsikt är att tillförsäkra enskildas rättigheter i förhållande till staten. Europadomstolen är den internationella instans som tillämpar konventionen och domstolens praxis är direkt bindande för samtliga medlemsstater.¹⁰⁹ Rätten till rättvis rättegång uttrycks även i svensk grundlag där domstolarnas verksamhet bland annat är underställt likhet inför lagen samt opartiskhet.¹¹⁰

Av artikel 6.1 EKMR följer att alla som befinner sig under en konventionsstats jurisdiktion tillförsäkras rätten till en rättvis rättegång. Konceptet ”rättvis rättegång” är utomordentligt omfattande och nyansrikt men det övergripande syftet är att tillhandahålla ett tillfredsställande processuellt skydd för misstänkta och tilltalade personer.¹¹¹ Artikel 6 har återupats flest gånger än någon annan artikel i Europakonventionen, vilket belyser dess fundamentala betydelse. Rättighetens omfattande innehåll kan koncentreras till att inrymma två väsentliga beståndsdelar.¹¹² Dels ställs krav på förekomst av nationella domstolar vilka prövar tvister om rättigheter och anklagelser för brott, dels krävs att förfarandet vid den nationella domstolen ska vara utformat i enlighet med vissa grundläggande rättssäkerhetsgarantier.¹¹³

¹⁰⁷ Bernitz och Kjellgren (2014), s. 170.

¹⁰⁸ Jfr prop. 1993/94:117, s. 32-33 och 36.

¹⁰⁹ Bernitz och Kjellgren (2014), s. 147-150; Danelius (2015), s. 146-147.

¹¹⁰ 1 kap. 9 § och 2 kap. 11 § 2 st. RF.

¹¹¹ Nowak (2003), s. 108.

¹¹² Danelius (2015), s. 158.

¹¹³ Mellqvist, Mikael: *Processrätt - Grunderna för domstolsprocessen*, Iustus, Uppsala 2015, s. 45-46.

Framställningens utredning inriktar sig i det följande på rättigheter inneslutna i det sistnämnda.

Vid en bedömning om en kränkning har skett av rätten till en rättvis rättegång ska ske med beaktande av processen i dess helhet.¹¹⁴ Om konventionsrättigheten har upprätthållits kan således avgöras först efter det att rättegången avslutats. Motiven som anförts för detta tillvägagångssätt är att det först vid detta tillfälle går att avgöra om den tilltalade har förorsakats skada med anledning av en överträdelse av artikel 6 EKMR. Om åtalet ogillas och den tilltalade frikänns från anklagelserna kan den tilltalade inte betraktas vara ett offer för kränkning av artikeln. Den tilltalade har därmed inte rätt att väcka talan vid Europadomstolen beträffande statens agerande i förhållande till artikeln.¹¹⁵ Det bör således innebära att en kränkning av rätten att tåga kan förekomma men samtidigt inte anses vara ett brott mot artikel 6 EKMR eftersom att det vägs upp av andra förfoganden i processen, såsom frikännande från åtalet.

4.2 Oskyldighetspresumtionen

En utförligare definition av betydelsen av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR görs i artikelns andra punkt.¹¹⁶ Bestämmelsen ger uttryck för den så kallade *oskyldighetspresumtionen* som lyder enligt följande:

”Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.”

Presumtionen går ut på att den som är åtalad för brott ska betraktas som oskyldig genom hela det straffprocessuella förfarandet, där den misstänkte tillförsäkrats en rättvis rättegång och fått tillfälle att försvara sig mot anklagelserna.¹¹⁷ Artikelns tillämplighet aktualiseras när den misstänkte underrättas om att det föreligger skälig brottsmisstanke. Från denna tidpunkt har

¹¹⁴ Se exempelvis Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05, p. 42.

¹¹⁵ Danelius (2015), s. 246.

¹¹⁶ Nowak (2003), s. 35 och 109; Danelius (2015), s. 327.

¹¹⁷ Danelius (2015), s. 159 och 327; Träskman, Per Ole: *”Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet”. I: Festskrift till Lars Welamson (red.: Olle Höglund m.fl.)*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1988, s. 469.

samtliga aktörer i rättskedjan att presumera att den tilltalade är oskyldig, vilket är en uppfattning som inte får frångås förrän åklagarbevisning starkt motbevisat det motsatta.¹¹⁸ Det är först vid en lagakraftvunnen dom som presumptionen upphör att gälla.¹¹⁹

Oskyldighetspresumtionen har som avsikt att tillförsäkra att ingen oskyldig döms för felaktigt baserade anklagelser, vilket utgör ett processuellt skydd för den enskilde i dennes straffrättsliga tvist mot staten.¹²⁰ Presumtionen ger därmed uttryck för viktiga humanistiska ideal där budskapet är att stämd inte innebär dömd.

Presumtionen har en stor inverkan på straffprocessens uppbyggnad. Den medför höga krav på åklagarens bevisning så att det därmed är rätt gärningsperson som ställs till ansvar för gärningen.¹²¹ Den innebär inte enbart grundläggande rättigheter för den tilltalade, utan medför även skyldigheter för de allmänna. Oskyldighetspresumtionen ska beaktas inte enbart vid rättstillämpningen, utan också vid lagstiftningen och utformningen av straffprocessens väsentliga bestämmelser för att säkerställa att dessa rättigheter tillfredsställs.¹²²

Oskyldighetspresumtionen tillämpas inte som en konkret bestämmelse vid ett avgörande, utan tydliggörs genom olika förfarandenormer som styr processen.¹²³

För att presumptionen ska upprätthållas krävs det följaktligen att domstolen agerar objektivt vid fullgörande av sina uppgifter och inte utgår från att den tilltalade är skyldig till den gärning denne har blivit anklagad för. Detta synes bland annat vid bevisfördelningen mellan tilltalad och åklagare där placeringen av bevisbördan åvilar åklagaren, som i sin tur innebär att tveksamheter i gärningsbeskrivningen eller bevisningen som åklagaren framfört ska förefalla till förmån för den tilltalade. Den tilltalades möjlighet att anföra motbevisning är en rättighet som rätten även måste säkerställa att den tillgodoses.¹²⁴

Oskyldighetspresumtionen har även en påverkan på domstolens bevisvärdering, som kan konkretiseras genom den straffprocessuella gyllene regeln för prövning av skuld i brottmål, nämligen principen *in dubio pro reo* – vid tvivel, för den anklagade. Principen gäller utan

¹¹⁸ Mikolajová mot Slovakien, dom 2011-01-18, nr. 4479/03, p. 40-44; Nowak (2003), s. 19 och 32; Träskman (1988), s. 478.

¹¹⁹ Nowak (2003), s. 19.

¹²⁰ Nowak (2003), s. 19; Mellqvist (2015), s. 111-112.

¹²¹ Nowak (2003), s. 19 ff.

¹²² SOU 2017:17, s. 61; Nowak (2003), s. 31; Träskman (1988), s. 472.

¹²³ Nowak (2003), s. 32.

¹²⁴ Danelius (2015), s. 328; Träskman (1988), s. 595.

uttryckligt lagstöd och får störst betydelse vid rättens bevisvärdering då alla tveksamheter i brottmål ska dömas till förmån för den tilltalade.¹²⁵ Denna princip har även en stor relevans för beviskravet i brottmål. För att placeringen av bevisbördan ska vara funktionell krävs det att det ställs höga krav på att åklagarens bevisning ska ha uppnått en viss styrka för att en fällande dom ska kunna utdömas, vilket medför att fällande domar inte får grundas på alltför lösa grunder.¹²⁶ Att den tilltalade vid sådana situationer i brottmålsprocessen kan anses få en förmånligare ställning i jämförelse med åklagaren utgör ett ofrånkomligt krav för att minimera risken att oskyldiga människor döms för brott.¹²⁷

Förbindelsen mellan oskyldighetspresumtionen och principen *in dubio pro reo* består av det gemensamma kärnvärdet att felaktigt fällande domar i brottmål inte godtas i en rättsstat.¹²⁸ Förhållandet kan uttryckas med den välkända frasen *hellre fria än fälla*. För att undvika att oskyldiga människor felaktigt döms måste det sättas höga krav på åklagarbevisningen, vilket följaktligen innebär att friande domar måste meddelas varje gång bevisningen inte når beviskravet. Tillämpningen av principen *in dubio pro reo* kan medföra att flertal brottslingar inte kan dömas för brott, vilket tyder på att intresset av en effektiv rättsskipning i detta avseende har fått ge efter för den oskyldiges rättsskydd.¹²⁹

Oskyldighetspresumtionen innebär emellertid inte ett förbud att misstänka personer för brott. Åklagaren bör vidta alla nödvändiga åtgärder som fordras för att kunna fälla den brottsmisstänkte. Presumtionen innebär snarare ett förbud mot att utsätta den misstänkte för ett förfarande så att denne åläggs att självständigt röja undan misstankar om sig själv för att undkomma eventuella påföljder.¹³⁰

4.3 Rätt till tystnad

Ett viktigt element i konceptet om en rättvis rättegång är att den som står straffrättsligt anklagad ska kunna förhålla sig fullständigt passiv och överlämna åt åklagaren att försöka

¹²⁵ SOU 1996:185, s. 367, Nowak (2003), s. 32 ff.

¹²⁶ Nowak (2003), s. 32 och 409 ff.

¹²⁷ Danelius (2015), s. 260.

¹²⁸ Nowak (2003), s. 33; Ekelöf m.fl. (2009), s. 150.

¹²⁹ Ekelöf m.fl. (2009), s. 150.

¹³⁰ Träskman (1988), s. 472.

bevisa brottet. Den tilltalade har nämligen dels rätt att vara tyst under hela processen, dels rätt att inte belasta sig själv genom att tillhandahålla belastande material som talar mot den tilltalade för att underlätta åklagarens arbete.¹³¹ Att den tilltalade har rätt att anföra all motbevisning som denne finner nödvändig, får emellertid inte betraktas som en skyldighet att göra detsamma.¹³² Den tilltalade kan välja att förhålla sig helt passiv inför åklagarens anklagelser och passiviteten ska följaktligen respekteras. Vid en ovillkorlig tolkning av oskyldighetspresumtionen ska den tilltalades val att förhålla sig fullständigt passiv inte tillmätas någon negativ bevisverkan.¹³³

Rent systematiskt kan rätten till tystnad i princip härledas ur oskyldighetspresumtionen då den anses vara nära sammankopplad därtill.¹³⁴ Rätten att tåga är emellertid inte lagreglerad i svensk rätt. Europadomstolen har däremot framhållit att rätten att tåga omfattas av rätten till en rättvis rättegång i artikel 6 EKMR.¹³⁵ Europadomstolen har prövat rätten till tystnad både enligt artikel 6.1, vilket är de allmänna förutsättningar för en rättvis rättegång, och enligt artikel 6.2 EKMR, som ger uttryck för oskyldighetspresumtionen.¹³⁶ Domstolen har genom detta valt att inte konstruera en metodisk systematik för rättighetens placering, domstolen har istället enbart konstaterat att den utgör en del av kärnpunkten till en rättvis rättegång.¹³⁷ Inom den juridiska litteraturen har rätten att tåga ofta behandlas som ett element av oskyldighetspresumtionen.¹³⁸

Tystnadsrätten underbyggs av respekt för den tilltalades personliga integritet och frihet att välja mellan att vara aktiv eller passiv, men motiveras även av krav på rättssäkerhet då den tilltalade av principiella skäl inte ska behöva göra någonting för att bevisa sin oskuld.¹³⁹ Det åligger åklagaren att bevisa den tilltalades skuld. Misstänkta och tilltalade behöver därmed inte bidra till utredningen genom medgivande av sakförhållanden eller genom tillhandahållande av bevismaterial.¹⁴⁰ Misstänkta har inte en skyldighet att bevisa sin oskuld

¹³¹ Danelius (2015), s. 299; Nowak (2003), s. 411.

¹³² Träskman (1988), s. 475 ff.

¹³³ Ibid. s. 474.

¹³⁴ Nowak (2003), s. 195 och 411; Träskman (1993), s. 610.

¹³⁵ Se exempelvis Heaney och McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21; Quinn mot Irland, dom 2000-12-21, nr. 34520/97; Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05.

¹³⁶ Se exempelvis Heaney och McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21 där prövningen skedde enligt både artikel 6.1 och 6.2 EKMR.

¹³⁷ Nowak (2003), s. 195.

¹³⁸ Nowak (2003), s. 195; Träskman (1993), s. 595-596.

¹³⁹ Nowak (2003), s. 32 och 411-413; Träskman (1993), s. 610.

¹⁴⁰ Danelius (2015), s. 282.

och behöver således inte aktivt verka för sitt försvar och kan därmed välja att förbli passiv under hela brottmålsförfarandet.¹⁴¹

Rätten till tystnad kan sägas grunda sig på två huvuddelar. Den första komponenten är den misstänktes rätt att förbli tyst under hela brottmålsförfarandet, från det att förundersökning inleds till dess att målet är avgjort. Den andra delen går ut på ett förbud att använda den tilltalades tystnad som bevis för att styrka dennes skuld eller på annat sätt användas emot den tilltalade.¹⁴²

Europadomstolens praxis har klarlagt att myndigheter inte, under några omständigheter, får använda tvång i syfte att förmå den misstänkte att lämna uppgifter. Med tvång avses inte enbart tortyrliknande förhållanden, utan även att straffsanktionera en vägran att lämna uppgifter kan innebära sådant tvång som står i strid med rätten att vara tyst.¹⁴³ Inte heller indirekt tvång får myndigheter använda sig utav för att få den tilltalade att yttra sig. Att utföra olika listiga metoder för att få den misstänkte att, mot sin vilja, lämna uppgifter för utredningen kan stå i strid med rätten att vara tyst. Om den misstänkte klarlagt sin vilja att förhålla sig tyst tydligt, men myndigheterna ändå använder olika knep för att få den misstänkte att yttra sig, ökar risken för att rätten till tystnad överträds.¹⁴⁴

I målet *Allan mot Storbritannien*¹⁴⁵ placerades en informatör, utan misstänktes vetskap, i Allans cell i syfte att få information från Allan om det mord som han var misstänkt för. Allan hade tydliggjort under upprepade förhör att han inte ville besvara frågor. Utanför förhören medgav emellertid Allan till informatören att han hade befunnits sig på platsen för mordet, vilket utgjorde grunden för att Allan sedan dömdes för mordet. Europadomstolen framhöll inledningsvis att det är upp till varje medlemsstat att på egen hand bestämma vilken bevisning som får tillåtas så länge det inte påverkar förfarandets rättvisa i dess helhet. Vid bedömningen om bevarandet av förfarandets rättvisa ska det även beaktas hur bevisningen anskaffats. Rätten att tala förutsätter enligt målet att åklagaren inte har tillägnat sig bevisningen genom tvång eller genom att den misstänkte otillbörligt pressats till medgivande mot sin vilja. Allan hade inte tvingats till att tala vid polisförhör men Europadomstolen påpekade att kränkning av

¹⁴¹ Träskman (1993), s. 610.

¹⁴² Träskman (1993), s. 609; Nowak (2003), s. 420.

¹⁴³ Se Heaney och McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21 och Quinn mot Irland, dom 2000-12-21.

¹⁴⁴ Se Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05.

¹⁴⁵ Ibid.

rätten att vara tyst inte enbart omfattar direkt tvång. Det föreligger även en risk att rätten att vara tyst kränks om den misstänkte gjort klart att denne inte vill uttala sig och således nyttja sin rätt att tåga, men myndigheterna ändå använder olika knep för att få den misstänkte att uttala sig. Uppgifter som erhållits på detta sätt och sedan används som bevis ökar risken för att försvaga rätten till tystnad. Eftersom informatören givits anvisningar att få ut så mycket information som möjligt från Allan framhöll domstolen att det får anses likna ett polisförhör utan de rättssäkerhetsgarantier som följer av ett regelrätt förhör. Allans situation som arresterad för mord ansågs öka hans mottaglighet för informatörens frågor. Europadomstolen fann således att uppgifterna i målet hade införskaffats mot Allans vilja och utgjorde en kränkning av artikel 6 EKMR.¹⁴⁶ I fallet tycks Europadomstolen dra en gräns för vad som kan anses utgöra godtagbara förhörsmetoder och dess påverkan på rätten till tystnad.

I fallet *Heaney och McGuinness mot Irland*¹⁴⁷ var de tilltalade misstänkta för medverkan i en terrorgrupp samt delaktighet i ett attentat. Enligt irländsk lag åläggs den åtalade vid allvarlig brottslighet mot staten att redogöra för sin sysselsättning vid den aktuella tidpunkten. Tilltalade vägrade trots bestämmelsen att lämna uppgifter om vart denne befann sig och ägnade sig åt och dömdes i båda fallen till sex månaders fängelse för sin vägran. Europadomstolen framhöll i fallet att hot om straffrättslig påföljd i händelse av att misstänkta inte tillhandahöll efterfrågad information utgjorde sådant tvång att det stred mot rätten till tystnad. Att målet gällde allvarlig brottslighet mot allmänhetens säkerhet befogade inte undantag från rättigheten. Domstolen framhöll att Irland i fallet hade brutit i sina skyldigheter enligt både artikel 6.1 och 6.2 EKMR.¹⁴⁸ Rätten att vara tyst gäller för samtliga fall och är således inte begränsat till mindre allvarliga brott. Av fallet får det således anses gå att utläsa att det första elementet i rätten till tystnad innehåller ett skydd för misstänkta mot otillbörligt tvång från allmänhetens sida. Rättigheten medverkar därmed till att rättsövergrepp undviks och att rätten till en rättvis rättegång säkerställs.¹⁴⁹

Dessa två fall visar tydligt exempel på situationer när förverkligandeprincipen får stå tillbaka till förmån för skyddsprincipen. Det går däremot inte att fastslå var gränsen går för att ett förfogande ska anses innebära ett sådant indirekt tvång som strider mot artikel 6 EKMR. Det

¹⁴⁶ Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05, p. 42, 44, 50-53.

¹⁴⁷ Heaney och McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21.

¹⁴⁸ Ibid. p. 57-59.

¹⁴⁹ Nowak (2003), s. 233.

står fortfarande oklart om användandet av en informatör hade ansetts vara förenligt med rätten till tystnad om Allan inte hade varit frihetsberövad. Troligtvis kan situationen som den misstänkte befinner sig i och graden av press vara avgörande för frågan om förenligheten med rätten till tystnad vid användande av informatör. Kännedomen om att vara misstänkt för mord, vilket är ett grovt brott, utgör enligt min mening en sådan pressad situation som bör ha inverkan på den bedömningen. Även i vilken mån myndigheter får använda sig av metoder i syfte att erhålla information från den misstänkte står oklart. Under en förhandling har den tilltalade en fullbordad rätt att uttala sig och framföra motbevisning utan att denne ska lida förlust med anledning av det. Om den tilltalade väljer att yttra sig men misslyckas och därav tillmäts ofördelaktig bevisverkan för denne medför det således att den tilltalade indirekt klandras för att ha försökt försvara sig i processen. Det finns en risk för att detta skulle få en besvärande verkan bestående av att tilltalade i brottmål inte kommer våga uttala sig med risk för att sätta sig själva i ett sämre utgångsläge. Ett sådant förfarande skulle således strida mot artikel 6 EKMR.

5 Förklaringsbördan

5.1 Definition

Förklaringsbördan för den tilltalade utgör en rättslig företeelse som inte finns reglerad i lag. Denna rättsfigur har kommit att utvecklas i HD:s rättspraxis och är följaktligen inte helt obekant i den juridiska litteraturen. Att negativt värdera en brist på förklaring torde vara ett uttryck för den fria bevisvärderingsregeln i 35 kap. 4 §RB. Precis som ovan konstaterats ska rätten pröva vilken verkan tystnaden kan tillmätas med hänsyn till omständigheterna som förekommit i målet. Mot bakgrund i de grundläggande rättigheterna som den tilltalade ska tillförsäkras enligt EKMR och med hänsyn till uppbyggnaden av de straffprocessuella regelverket, där åklagaren uteslutande bär på bevisbördan, kan det betvivlas om det alls bör vara rättsligt möjligt att tala om en förklaringsbördan inom brottmål. Bakgrunden för denna diskussion bygger på yttranden i olika domskäl där rätten förefaller ålägga den tilltalade att lämna en rimlig förklaring över en omständighet i målet om att annars eventuellt mötas av en fällande dom. NJA 2013 s. 931 är ett exempel där Högsta domstolen i ett avgörande avseende resning till nackdel för den tilltalade anförde följande:

”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 en rimlig förklaring till de åtgärder som han vidtog. Någon sådan förklaring har han hittills inte lämnat.”¹⁵⁰

Domstolen tycks ålägga den tilltalade en förklaringsbördan över sitt val att inte lämna en förklaring. Uttalandet tyder på en anvisning om att tilltalades möjlighet att frias från åtalet fordrar en förklaring över sina förhållanden. Tillämpandet av termen förklaringsbördan kan däremot ge en vilseledande bild av begreppets innehåll. Att den tilltalade åläggs en förklaringsbördan medför inte att denne har en skyldighet att lämna en förklaring.¹⁵¹ Med

¹⁵⁰ NJA 2013 s. 931, p. 34.

¹⁵¹ Lindell, Bengt: ”Vem förde bilen? En fråga om beviskrav i ett mål om rattfylleri”. I: Juridisk Tidskrift, 1990/91, s. 483.

förklaringsbörda avses att en underlåtenhet att förklara en besvärande omständighet för den tilltalade kan komma att läggas denne till last i bevishänseende.¹⁵² Tilltalade har således fortfarande kvar sin rätt att vara tyst och domstolen kan inte med hjälp av förklaringsbördan tvinga fram en förklaring från den tilltalade. Förklaringsbördan lär följaktligen inverka på rätten till tystnaden såsom i egenskap av användandet av tystnaden till styrkande av den tilltalades skuld.

Rätten att förhålla sig passiv får inte tolkas som ett tecken på skuld. Andra anledningar kan motivera varför den tilltalade väljer att tiga, såsom för att dölja en annan brottslig gärning eller för att inte peka ut andra inblandade.¹⁵³ Rätten ska på egen hand pröva om gärningspåståendet kan anses vara förenlig med det som faktiskt har inträffat. Detta oavhängigt från den tilltalades erkännande eller förnekelse, samt om denne framfört någon förklaring till förekomsten av åklagarens bevisning eller ej.¹⁵⁴

5.2 Olika förklaringsbördor

Det tyder råda enighet i doktrinen att förklaringsbördan kan förekomma i olika betydande former. Den inledande och mest utbredda definitionen av förklaringsbördan kan sägas bestå av en bevisbörda som påläggs den tilltalade, en så kallad bevisbördeomkastning. Med detta avses att tilltalades underlåtenhet att besvara ett av åklagarens framförda påstående anses bevisa gärningspåståendet. Denna sort av förklaringsbördan går ut på att åklagaren inte behöver framföra någon bevisning för sitt gärningspåstående. Istället åläggs åklagaren en åberopsbörda i fråga om gärningspåståendet, vilket sägs utgöra en bevislättning till förmån för åklagaren. Vid den andra formen av förklaringsbörda avkrävs åklagaren förvisso att framlägga bevisning men inte till den grad att det är ställt utom rimligt tvivel att gärningspåståendet är riktigt. Bevisningen kan vara tillräcklig för att göra gärningspåståendet sannolikt. ”Sannolikt” anses ligga mellan ”antagligt” och ”styrkt”¹⁵⁵ och den tilltalades

¹⁵² Diesens (2015), s. 70.

¹⁵³ Diesen, Christian: *Balkongfallet – ett riktigt bevisprejudikat*, I: *Juridisk Tidskrift*, 2015/16, s. 676.

¹⁵⁴ Diesen (2015), s. 130 ff.

¹⁵⁵ Nordh (2011), s. 31; Ekelöf m.fl. (2009), s. 200.

uteblivna förklaring tillmäts då utfyllande bevisverkan så att åklagarens gärningspåstående anses ställt utom rimligt tvivel, vilket leder till en bevislättning för åklagaren.¹⁵⁶

Det tredje sättet att förstå förklaringsbördan är en form av falsk bevisbördan. Åklagarens bevisning är i sig tillräckligt för att gärningspåståendet ska anses ställt utom rimligt tvivel och tilltalades underlåtenhet att lämna en förklaring innebär enbart att den inte förändrar bevisläget i någon riktning. Att den tilltalade inte framlagt några omständigheter rubbar inte domstolens intryck om att det är ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade har gjort sig skyldig till det åtalade brottet. Vid denna tolkning av förklaringsbördan bär åklagaren ensam hela bevisbördan utan bevislättning och utebliven förklaring från den tilltalade ses enbart som en form av misslyckad motbevisning.¹⁵⁷

I denna situation när åklagarens bevisning når upp till beviskravet så är sannolikheten för alternativa hypoteser mycket liten, vilket kräver att den tilltalade presenterar motbevisning eller invändningar med visst bevisvärde för att sänka sannolikheten för skuld. Den tilltalade måste då komma med en invändning eller presentera motbevisning för att sannolikheten för dennes skuld ska minska och eventuellt leda till friande dom. Den tilltalades invändning, förklaring eller motbevisning kan även påverka ett visst enskilt bevis genom att sannolikheten för bevisets om att den tilltalade är oskyldig ökar. Vilket beviskrav som ska ställas på den tilltalades bevisning är oklart, men kravet bör ställas lågt i och med att det är åklagaren som bär den äkta bevisbördan. Om den tilltalade skulle anföra motbevisning i form av en alternativhypotes så ökar alternativhypotesens sannolikhet. På så sätt minskar åklagarhypotesen i sannolikhet, vilket eventuellt skulle kunna resultera i att åklagarhypotesen hamnar under beviskravet.

5.3 Balkongmålet

I balkongfallet¹⁵⁸ åtalades B.B. för försök till mord där domstolen framställde ett utkast på en bevisvärderingsmetod som berör hanteringen av en förklaringsbördan. Enligt målet ska den

¹⁵⁶ Westberg, Peter: "Förklaringsbördan och knölargument i brottmål - den moderne domarens vapen i kampen mot brottsligheten?", Juridisk Tidskrift, 1992/93, s. 884 ff.

¹⁵⁷ Ibid. s. 884 ff.

¹⁵⁸ NJA 2015 s. 702.

tilltalades uttalanden och bevisning inte granskas förrän åklagarbevisningen uppfyller beviskravet så att den tilltalades skuld ställs utom rimligt tvivel. Domstolen framhävde tilltalades rätt att tåga och uttalade att endast i situationer som uppenbarligen kräver en förklaring kan den tilltalades tystnad tillmätas betydelse.¹⁵⁹

Den tilltalade ska frias om det samlade värdet av åklagarens bevisning inte styrker åtalet, vid dessa situationer ska det således betraktas som att bevisning saknas. Om domstolen däremot finner att åklagarens bevisning är tillräckligt starkt för att brottet ska anses styrkt, ska den tilltalades uttalanden och bevisning prövas. Det innebär att en granskning och värdering av den tilltalades tystnad inte kan aktualiseras förrän domstolen funnit att åklagarens bevisning uppfyllt beviskravet.¹⁶⁰ Denna utformning av förklaringsbörda är praktiskt taget likvärdig som den ovan berörda falska bevisbörda.¹⁶¹ Det innebär att det krävs av den tilltalade att framställa invändningar med särskilt bevisläge för att frikännas eftersom att åklagaren uppfyllt beviskravet, vilket kan motsvara en övergående falsk bevisbörda på den tilltalade medan den äkta bevisbörda ligger på åklagaren.¹⁶² En utgångspunkt för att åklagarens bevisbörda inte ska bli överklaglig bör åklagaren först uppfylla beviskravet innan en förklaringsbörda åläggs den tilltalade. Åklagare kan i annat fall lockas att utföra mindre detaljerade utredningar om fällande domar fattas med bristfällig bevisning som grundar sig i avsaknad av tilltalades förklaring.¹⁶³

Av balkongmålet följer däremot att den tilltalades tystnad kan tillmätas betydelse vid bevisvärderingen om den tilltalade underlåter att lämna en förklaring om en situation som uppenbarligen kräver en förklaring.¹⁶⁴ Det framstår därmed som att domstolen är av uppfattningen att en förklaringsbörda kan få betydelse innan åklagaren uppfyllt beviskravet. Att den tilltalade alltigenom inte vill svara på frågor bör inte tillmätas något bevisvärde till stöd för åklagarens gärningspåstående. Vägrar däremot den tilltalade att besvara en särskild fråga kan bedömningen bli annorlunda om den tilltalade rimligen borde ha kunnat besvara frågan.¹⁶⁵

¹⁵⁹ NJA 2015 s. 702, p. 24.

¹⁶⁰ Ibid. p. 22-23.

¹⁶¹ Se t.ex. Schelin (2007), s. 56; Ekelöf m.fl. (2009), s. 87 ff. och Westberg (1992/93), s. 884.

¹⁶² Schelin (2007), s. 56; Diesen (2015), s. 133; Dahlman (2018), s. 64 och Ekelöf m.fl. (2009), s. 88.

¹⁶³ Lindell (1990/91), s. 483; Nordh (2013), s. 54.

¹⁶⁴ NJA 2015 s. 702, p. 24.

¹⁶⁵ Ekelöf m.fl. (2009), s. 35.

5.4 Förklaringsbördans problematik

Det är alltså inte helt tydligt vad som menas med en förklaringsbörda. Uppfattningen av förklaringsbördans innebörd och tidpunkt när den aktualiseras skiljer sig även mellan författare i doktrin. De flesta kan nog åtminstone sägas vara överens om att förklaringsbördan innebär att den tilltalades underlåtelse att förklara en bevisomständighet kan läggas denne till last. Det framgår inte att förklaringsbördan är begränsad till vissa typer av mål, utan kan tillämpas på samtliga däribland även mål gällande mord.¹⁶⁶

Begreppet förklaringsbörda förekommer vid sällsynta fall uttryckligen i domstolens praxis, men det uppträder både indikationer och resonemang i rättens domskäl som tyder på att den tilltalade kan åläggas en sådan börda och tillmätas oförmånlig bevisverkan vid misslyckandet av att uppfylla denna. Senare fall från Högsta domstolen talar för att det finns utrymme att tillämpa förklaringsbördan redan innan åklagaren uppfyllt beviskravet.¹⁶⁷ I vilken omfattning en sådan bevisvärdering betraktas som försvarlig och tillåten i brottmål kan ifrågasättas mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som den tilltalade ska tillförsäkras genom artikel 6.1-2 EKMR.

Kritik har riktats mot ett förfarande där avsaknad av förklaringar tillerkänns negativ bevisverkan. Detta motiveras dels med utgångspunkt i att den tilltalade inte har någon aktivitetsplikt, dels med hänsyn till att friande förklaringar inte kan anses uteslutna bara för att den tilltalade inte vill lämna en förklaring. Mot bakgrund av rättens skyldighet att, oberoende av parternas yrkande, pröva åklagarens gärningspåstående mot de faktiska förhållandena bör förutsättningarna för bevisprövningen principiellt vara likadan vare sig den tilltalade erkänt, ljugit, förnekat, talat eller förhållit sig passiv.¹⁶⁸ Bruket av förklaringsbördor riskerar även att strida mot oskyldighetspresumtionen och öppna upp eventualitet för en bevisvärdering byggd på kriminalpolitiska eller moraliska motiv.¹⁶⁹ Ett ytterligare troligt resonemang till varför

¹⁶⁶ Se NJA 1984 s. 520 om vårdslös skatteuppgift; NJA 2001 s. 570 gällande narkotikabrott; NJA 2001 s. 551 angående brott mot privatinförsellagen; NJA 2013 s. 931 och NJA 2015 s. 702 gällande mord och försök till mord.

¹⁶⁷ Se NJA 2015 s. 702, p. 24 som hänvisar till Murray mot Storbritannien, dom 1996-02-08 och NJA 2017 s. 316 I och II.

¹⁶⁸ Diesen (2015), s. 130-134.

¹⁶⁹ Westberg (1992/93), s. 881.

domstolar försöker kringgå den grundläggande principen om åklagarens bevisbörda, vare sig det är medvetet eller omedvetet, kan förklaras i att flertal domare har svårt att gå med på att starkt misstänkta personer måste frikännas.¹⁷⁰

Vid bevisvärdering ska domstolen försöka utreda vad som faktiskt har hänt genom analys av omständigheter som kan tala om något angående det verkliga händelseförloppet. Det innebär således att tystanden enbart kan ges bevisvärde om förhållanden i målet medför att en vägran att yttra sig santförklarar åklagarens påstående. Det är svårt att tyda om underlåtelser att komma med en förklaring vägs in i bevisningen så att beviskravet därmed uppfyllts eller om underlåtelser endast medför att värdet av åklagarens bevisning inte reduceras. Bevislättnad hos åklagaren befaras om dennes bevisning fylls ut genom att bevisvärde tillmäts det förhållandet att den tilltalade vägrar eller misslyckas med att ge en rimlig förklaring till åklagarens bevisning.

Att tillmäta tystnad ett bevisvärde uppfattas enligt min mening som ofattbart med hänsyn till bevisets icke existens. Tystnad är inget svar och ska istället betraktas som avsaknad på bevis vid en sådan situation när den tilltalade väljer att inte besvara en viss fråga, eller i stort sett vid konsekvent vägran att uttala sig. Bristande förklaring har i princip inget positivt värde för åklagarens gärningspåstående. Att den tilltalade underlåter att förklara betyder inte i sig att friande förklaringar är uteslutna. Detta leder även till ett utbyte av grundtanken från att hellre fria än fälla, till att hellre fälla några oskyldiga för att möjligtvis fälla fler skyldiga.

¹⁷⁰ Heuman (1988), s. 252.

6 Tystnadens bevisverkan

6.1 Tystnaden som bevis för tilltalades skuld

Enligt 35 kap. 4 § RB kan den tilltalades vägran att besvara frågor ges betydelse i bevishänseende. Bestämmelsen föreskriver följande:

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

Av lagrummet fastslås att domstolen ska pröva vilken bevisverkan tilltalades frånvaro ska tillmätas, dennes underlåtenhet att fullgöra något i rättegången eller dennes underlåtenhet att besvara för utredningen framställda frågor. Bestämmelsen innehåller emellertid inga vidare förutsättningar för när eller hur tystnaden kan användas som bevis. Det indikeras följaktligen att bevisverkan av passivitet kan förekomma som en verkan för att den tilltalade väljer att inte förklara sig.¹⁷¹ Skälen bakom regleringen kan troligtvis motiveras utifrån tillförsäkrandet av den fria bevisvärderingens fulla genombrott.¹⁷² Lagstiftarens intention är emellertid svår att utläsa. Visserligen framhålls att den tilltalades underlåtenhet inte ska läggas denne till last i enlighet med principen om åklagarens bevisbörda, samtidigt som det anförs att det inte kan bortses från att en tilltalads underlåtenhet att besvara framställda frågor ska tillmätas betydelse i bevishänseende.¹⁷³

Det visar således på att bevisverkan av passivitet kan förekomma som en verkan för att den tilltalade väljer att inte förklara sig.¹⁷⁴ Skälen bakom regleringen kan troligtvis motiveras utifrån tillförsäkrandet av den fria bevisvärderingens fulla genombrott.¹⁷⁵ Med utgångspunkt i en strikt tillämpning av oskyldighetspresumtionen ska tystnaden inte kunna få någon

¹⁷¹ Ekelöf m.fl. (2009), s. 34 ff.

¹⁷² Nowak (2003), s. 415.

¹⁷³ SOU 1938:44, s. 381.

¹⁷⁴ Ekelöf m.fl. (2009), s. 34 ff.

¹⁷⁵ Nowak (2003), s. 415.

bevisverkan överhuvudtaget. Tilltalade ska ha möjlighet att förhålla sig helt passiva under hela processen och en bevisverkan av deras passivitet torde kunna urholka denna rätt. Lagrummet skapar således ett tryck för tilltalade att yttra sig under förfarandet.¹⁷⁶

Vid utarbetningen av RB förelåg velighet avseende om 35 kap. 4 § RB skulle gälla även i brottmål. Det var ingen självklarhet enligt processlagsberedningen att tilltalades underlåtelse att bidra till utredningen skulle kunna ligga denne till last när hela bevisbördan lagts på åklagaren. Bedömningen gjordes ändock att hur den tilltalade förhåller sig under huvudförhandlingen inte går att lämna utan avseende och att passivitet följaktligen bör kunna få relevans vid bevisvärderingen.¹⁷⁷

Mycket tyder på att lagstiftaren torde ha utgått från en grundläggande uppfattning om att en oskyldig person aktivt agerar i avsikt att befria sig, och att det motsatsvis enbart är skyldiga personer som har något att vinna på att vara tyst under processen.¹⁷⁸ En invändning till detta utgör att sociala och pragmatiska skäl motiverar rätten till tystnad. Med sociala skäl åsyftas skyddet som rätten till tystnad ger människor som inte har en förmåga att uttrycka sig strukturerat under påverkan av stress, exempelvis vid domstolsförhör.¹⁷⁹ Även vissa direkta hot liksom sociala eller andra yttre påverkningar kan föreligga mot den tilltalade, vilket inverkar på dennes agerande i ett rättegångssammanhang.¹⁸⁰ Att den misstänktes egna utsaga inte är särskilt tillförlitlig som bevis utgör pragmatiska skäl, eftersom förklaringarna kan ha lämnats i en konfliktsituation där den misstänkte ständigt måste bedöma följderna av utsagan som fällande eller friande bevis mot sig själv.¹⁸¹ Det kan dessutom vara fallet att den tilltalade helt enkelt inte kan minnas vad som har hänt. Det har därmed framhållits vara orimligt av domstolarna att ställa krav på att tilltalade alltid ska uppmärksamma, memorera och därefter kunna förklara ett händelseförlopp.¹⁸²

Bevisvärdering är en fråga för nationella domstolar men de måste trots det beakta EKMR:s bestämmelser som har ett stort genomslag i svensk rätt.¹⁸³ I flertalet domar har

¹⁷⁶ Nowak (2003), s. 411 och 423.

¹⁷⁷ SOU 1938:44, s. 381 ff.; Se även Westberg (1992/93), s. 885 ff.

¹⁷⁸ Nowak (2003), s. 415.

¹⁷⁹ Träskman (1993), s. 611.

¹⁸⁰ Mellqvist (2015), s. 133.

¹⁸¹ Träskman (1993), s. 611.

¹⁸² Heuman (1988), s. 279.

¹⁸³ Danelius (2015), s. 44; Nordh (2013), s. 54.

Europadomstolen visat på att rätten att tåga inte är fullständig. Den tilltalade har en rätt att förhålla sig passiv under hela förfarandet, men det innebär inte att rättigheten är helt oinskränkt. Den tilltalades underlåtenhet att lämna en förklaring kan under vissa omständigheter sammanlagt med annan bevisning ligga till grund för fällande dom.¹⁸⁴ De nationella domstolarna har således inte full frihet att lägga den tilltalades tystnad till grund för avgörandet. Europadomstolen har satt vissa krav som begränsar möjligheten att beakta den tilltalades tystnad som bevis för skuld.¹⁸⁵

En fällande dom får inte uteslutande eller huvudsakligen grundas på den tilltalades tystnad.¹⁸⁶ Åklagarens bevisning måste nå en viss styrka och lagt fram ett trovärdigt åtal, ett så kallat *prima faciemål*, för att kunna begära att den tilltalade förklarar sig för att dennes tystnad ska få ligga till grund för fällande dom.¹⁸⁷ Denna ståndpunkt grundas på att åklagaren bär bevisbördan och skulle den tilltalade vara tvungen att lämna en förklaring utan att åklagarens bevisning nått en viss styrka förflyttas bevisbördan från åklagaren till försvaret. Tilltalades vägran att lämna en förklaring får inte läggas denne till last om bevisningen är av ringa styrka. I varje enskilt fall ska således bevisningens tillräcklighet beaktas innan en förklaring kan krävas av den tilltalade.¹⁸⁸

Såvida förhållandena i målet föreligger den tilltalade att besvara åklagarens påstående bör det även tas hänsyn till om det föreligger en rimlig anledning till att den tilltalade inte har kunnat lämna en förklaring. Tystnaden bör således endast ha negativ bevisverkan om en påkallad förklaring som den tilltalade borde kunnat ställa till förfogande.¹⁸⁹ Vidare förutsätter tillmätande ofördelaktiga slutsatser för den tilltalade avseende dennes tystnad att den tilltalade rimligen borde ha kunnat förklara sin tystnad.¹⁹⁰

Om föregående förutsättningar är uppfyllda finns det möjlighet att använda den tilltalades tystnad som bevis för dennes skuld. Europadomstolen har däremot framhållit att det råder begränsningar för vilka konklusioner som kan dras av tystnaden. Den slutsats som dras från

¹⁸⁴ Se exempelvis, John Murray mot Storbritannien, dom 1996-02-08, p. 47; Averill mot Storbritannien, dom 2000-06-06, p. 44.

¹⁸⁵ Nowak (2003), s. 234.

¹⁸⁶ Murray mot Storbritannien, p. 47; Averill mot Storbritannien, p. 45; Krumpholz mot Österrike, dom 2010-03-18, p. 32 och 40.

¹⁸⁷ Murray mot Storbritannien, p. 51.

¹⁸⁸ Ibid. p. 51 och 54.

¹⁸⁹ Condron mot Storbritannien, dom 2000-02-05, nr. 35718/97, p. 61.

¹⁹⁰ Ibid. p. 61.

tystnaden måste vara den enda rimliga slutsats som kan dras med sunt förnuft. Kan även andra slutsatser dras av tystnaden kan den tilltalades utövande av rätten till tystnad inte användas till stöd för att åklagarens påstående är riktigt.¹⁹¹

Innebörden av sunt förnuft har hänskjutits till de nationella domstolarna att förtydliga. Att slutsatsen måste vara den enda som kan dras med sunt förnuft bör hindra att allt för långtgående och orimliga slutsatser dras av den tilltalades tystnad. Att den tilltalade väljer att vara tyst vid tillfällena då denne inte haft tillgång till advokat är exempel på en omständighet som kan innebära att rimliga slutsatser kan dras av att den tilltalade valt att vara tyst. Europadomstolen framhöll att det därmed var tvunget att iaktta extra stor försiktighet när tystnaden vägdes in i bevisvärderingen.¹⁹²

I sina bedömningar förefaller Europadomstolen vilja förhindra att misstänkta missbrukar sin rätt till tystnad. Tilltalade kan ha som avsikt att med sin tystnad fördröja eller försvåra genom att först under huvudförhandlingen komma med en förklaring till sitt handlande. Rätten till tystnad bidrar emellertid till materiellt riktiga avgöranden eftersom rättigheten förhindrar att oriktiga erkännanden och falska utsagor pressas ur de som är misstänkta för brott.¹⁹³

Möjligheten att beakta den tilltalades tystnad som bevis ger uttryck för förverkligandepincipens starka ställning i straffprocessen. För att realisera målet om att aktualisera det straffrättsliga ansvaret begränsas skyddet för den tilltalades rätt att förbli tyst. Intresset att angripa och bestraffa rättsstridiga gärningar anses väga tyngre än att den tilltalades rätt till tystnad upprätthålls fullt ut. Den tilltalades rätt till tystnad har således fått stå tillbaka för att undvika onödigt utdragna och komplicerade processer.

Består domstolen av nämndemän är det betydelsefullt att lekmännen är underrättade om hur och när den tilltalades tystnad kan användas som bevis. I målet *Condron mot Storbritannien*¹⁹⁴ anmärkte Europadomstolen att den nationella domstolen inte hade tydliggjort för nämnden under vilka förutsättningar som tystnaden kan fästas avseende vid som stöd för åtalet. Europadomstolen påpekade att domarens underlåtenhet att inskränka

¹⁹¹ Murray mot Storbritannien, p. 51; Krumpholz mot Österrike, p. 33 och 40; Telfner mot Österrike, dom 2001-03-20, p. 17.

¹⁹² Averill mot Storbritannien, p. 49.

¹⁹³ Nowak (2003), s. 234 ff.

¹⁹⁴ Condron mot Storbritannien, dom 2000-02-05.

nämndens bestämmanderätt inte var förenligt med rätten till tystnad.¹⁹⁵

Nämndemannasystemet i svensk straffprocess borde därmed kräva att nämndemännen tydligt informeras om hur den tilltalades tystnad kan tydas till dennes nackdel. I annat fall är det möjligt att tystnaden används på ett sätt som inte vore förenligt med artikel 6 EKMR. Mot bakgrund av Europadomstolens dom borde viss förpliktelse åligga domaren att säkerställa att nämndemännen är väl medvetna om hur och i vilken omfattning de kan använda den tilltalades tystnad som bevis för dennes skuld.

Rätten har som ovan nämnts i avsnitt 2.2.3 en skyldighet att pröva alla rimliga alternativa händelseförlopp till åklagarens påstående oavsett om den tilltalade lämnat en förklaring eller ej. Det innebär inte att det inte finns någon friande förklaring till hands för att den tilltalade inte lämnar en förklaring. Domstolen kan meddela en fällande dom först när dessa alternativa händelseförlopp har kunnat uteslutas. Tystnaden ska därmed inte tillmätas någon betydelse i form av motbevis i bevisvärderingen, mer än att det saknas motbevisning. En utebliven förklaring från tilltalade varken santförklarar åklagarens påstående eller utesluter att det finns fler tänkbara alternativ scenarion som det kan ha gått till på. Förklaringar såsom ”den tilltalade har inte kommit med en rimlig förklaring över sina förevaranden” tyder på ett feltänkande från domstolens sida. Detta eftersom att det egentligen inte tillkommer försvaret att framkomma med någon alternativ förklaring.¹⁹⁶

Vid bevisvärderingen är domstolens uppgift att utreda huruvida åklagarens gärningspåstående är riktigt. Tilltalades osannolika och innehållslösa förklaringar kan följaktligen komma att tolkas negativt som ett tecken på skuld eller indirekt förstärkning av huvudbevisningen i målet. Emellertid utesluter en sådan misslyckande förklaring inte att det finns andra friande alternativ eller att åklagaren styrkt sitt gärningspåstående med grund i detta. Den tilltalades bristande förklaring ska inte kunna användas som stöd för huvudbevisningen som åklagaren fört fram, inte heller kunna fylla ut eventuell brist i denna, mer än att uppgifterna saknar motbevisvärde.¹⁹⁷ Själva misslyckandet innebär inte en förstärkning av åklagarens

¹⁹⁵ Condron mot Storbritannien, p. 62.

¹⁹⁶ *Rättssäkerheten i brottmål: rapport från JK:s andra rättssäkerhetsprojekt*, JK:s rättssäkerhetsprojekt, Stockholm 2009, s. 75; Se även Lambertz, s. 8.

¹⁹⁷ Diesen (2015), s. 82 och s. 130 ff.

beskrivning av händelseförloppet eller att några alternativa förklaringar, endast på grund av den tilltalades spruckna försvarshypotes, blivit färre till antalet.¹⁹⁸

Om en domare vid situationer när tilltalade misslyckas med att komma med en sannolik förklaring beaktar misslyckandet till förmån för åklagarens framförda bevisning skulle detta innebära att den tilltalade, ur ett bevisrättsligt perspektiv, straffas för att ha försökt försvara sig i processen.¹⁹⁹ Att tillmäta utsagan ett bevisvärde skulle därtill urholka de skyddsintressen som ligger till grund för den tilltalades rätt att varken behöva medverka eller bidra till utredningen för det brott som denne är misstänkt för.²⁰⁰ Omständigheten att både tilltalades förklaring och uteblivna förklaring har negativa effekter för denne skapar en förvirring vid avgörandet om vilket tillvägagångssätt som är mest fördelaktigt för denne. Å ena sidan försvårar en utebliven förklaring för domstolen att finna en friande förklaring och kan dessutom tolkas mot denne. Å andra sidan minskar en ogrundad förklaring tilltalades trovärdighet och stärker åklagarens utsikt. Mot bakgrund av det är en osannolik förklaring bättre än ingen förklaring alls. Men en förklaring som inte håller är dock sämre än en utesluten förklaring.²⁰¹ Den tilltalade ska alltså efter dessa faktorer ha möjlighet att välja ifall denne vill avge en förklaring eller ej. Ett förhållande som enligt min mening bör betraktas som nästintill ohållbart.

Jag menar att det kan betvivlas om det i själva verket förekommer en förklaringsbörda med ett konkret innehåll. När åklagaren har styrkt gärningen och domstolen inte funnit någon alternativ förklaring bör det kunna anses vara ställt bortom rimligt tvivel att den tilltalade är skyldig. En sådan tolkning innebär att en absolut rätt till tystnad kan upprätthållas. I annat fall medför det att tystnaden kan tillmätas betydelse redan innan det kan fastställas att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda. Att den tilltalade inte lämnat någon förklaring bör ses som att denne bara valt att inte försöka motbevisa åklagarens påstående. På så sätt verkar den uteblivna förklaringen inte som bevis för gärningspåståendet. I samband med att åklagare redan styrkt åtalet borde det inte finnas behov av ytterligare bevisning. Sammanfattningsvis kan det sålunda konstateras att den tilltalades misslyckade försök att motbevisa inte bör medföra att åklagarens framförda bevisning förblir sann eller sannolikare, inte heller att den

¹⁹⁸ Diesen (2015), s. 82; Heuman (1988), s. 278; Westberg (1992/93), s. 889; se NJA 1980 s. 725 och NJA 1994 s. 268.

¹⁹⁹ Heuman (1988), s. 278.

²⁰⁰ Nordh (2013), s. 55.

²⁰¹ Diesen (2015), s. 71.

tilltalades avsaknad av motbevisning höjer värdet av åklagarens bevisning och saknar därmed ett gynnsamt värde för gärningspåståendet.²⁰²

Det är av vikt att domstolen är försiktiga med att dra alltför hastade slutsatser trots att det kan förväntas att en person som är misstänkt för ett allvarligt brott också försöker bevisa sin oskuld genom att bemöta anklagelserna från åklagarsidan. Detta med grund i att ett sådant argument inte platsar in i ett rättsligt ramverk. Det finns inget rättsligt stöd för att det endast är oskyldiga personer som uttalar sig och försöker bevisa sin oskuld, genom att framföra bevisning, och att det bara är skyldiga personer som väljer att vara tysta. Det är viktigt att ha i åtanke att det kan finnas andra betydelsefulla orsaker och omständigheter som förmår en person att förhålla sig passiv under en rättegång. Det kan inte uteslutas att passiviteten rättfärdigas av andra förhållanden som domstolen inte har insyn i. Oavsett vad passiviteten beror på är det alltför osäkert att dra några säkra slutsatser av vad som anses vara förnuftigt i sådana situationer. Lika lite finns det något stöd för att den tilltalades tystnad kan likställas med skuld.

Trots att den tilltalade, sett till oskyldighetspresumtionen och rätten till rättvis rättegång samt de straffprocessuella bestämmelserna som följer av dessa, har en rätt att förhålla sig fullständigt passiv kan det följaktligen ifrågasättas om det är det mest fördelaktiga för den tilltalade.²⁰³

6.2 Europadomstolens prejudikat

6.2.1 Murray mot Storbritannien

Europadomstolen har bedömt att det i vissa lägen är berättigat att dra slutsatser av den brottsanklagades tystnad, vilket illustreras i *John Murray mot Storbritannien*²⁰⁴. Målet har vunnit stort gehör och är ett av de mest väsentliga och omdiskuterade fallen i den rättspolitiska debatten vad gäller diskussionerna kring den tilltalades rätt till tystnad och rätt

²⁰² Westberg (1992/93), s. 888.

²⁰³ Schelin (2007), s. 55 ff.

²⁰⁴ John Murray mot Storbritannien, dom 1996-02-08 8, nr. 18731/91.

att betraktas som oskyldig i brottmålsrättegången. Vid den nationella domstolen gällde åtalet förberedelse till mord och medverkan till olaga frihetsberövande. John Murray, den tilltalade, vägrade både i rättegången och under förhör, att berätta varför han anträffats i ett hus i Nordirland där en person hållits inspärrad. Enligt särskilda regler på Nordirland var det tillåtet att dra negativa slutsatser av en tilltalads vägran att uttala sig. Murray dömdes av den nationella domstolen för medverkan till olaga frihetsberövande mot bakgrund av att han bland annat vägrat att uttala sig om varför han befann sig i huset. När målet togs upp vid Europadomstolen uppstod frågeställningen huruvida det förelåg en kränkning av artikel 6 EKMR med anledning av att den nationella domstolen inte respekterat Murrays rätt till tystnad att inte avslöja besvärande omständigheter. Europadomstolen framhöll att Murray varken hade tvingats att uttala sig eller bestraffats för sin vägran att uttala sig. Murray hade dessutom informerats om att hans tystnad kunde komma att tillmätas negativ bevisvärde. Domstolen framhöll att det kolliderar med tystnadsrätten att *ensamt* eller *huvudsakligen* grunda en dom på en tilltalads tystnad. Europadomstolen menade att indikationerna mot Murray, framförallt förhållandet att han befunnit sig på brottsplatsen, var så starka att det inte var orimligt att tolka hans tystnad som ytterligare tecken för att han varit involverad i brottet. Enligt Europadomstolen förelåg således inte någon kränkning av artikel 6 EKMR.²⁰⁵

6.2.2 Krumpholz mot Österrike

I *Krumpholz mot Österrike*²⁰⁶ var Krumpholz, den tilltalade, åtalad för fortkörning. Krumpholz nekade till brott och framhöll att det inte var han som körde bilen vid gärningstillfället, men angav ingen förklaring om vem som i stället hade kört bilen som var registrerad på honom. Krumpholz ålades att avslöja identiteten på föraren och på grund av sin bristande förklaring presumerade de österrikiska myndigheterna att Krumpholz var gärningsmannen.²⁰⁷

²⁰⁵ Murray mot Storbritannien, p. 47-48; Jfr även Averill mot The United Storbritannien, p. 51-52 där domstolen ännu en gång bedömer att kränkning av artikel 6 EKMR inte föreligger om tystnaden endast utgör en av flera besvärande omständigheter.

²⁰⁶ Krumpholz mot Österrike, dom 2010-03-18, nr. 13201/05.

²⁰⁷ Ibid. p. 40.

Krumpholz dömdes således inte för att ha underlåtit att ange förarens identitet, utan dömdes för den hastighetsöverträdelse som uppstått.²⁰⁸ Europadomstolen ansåg att bevisningen i målet inte var tillräckligt stark så att myndigheterna hade skäl att begära en förklaring av Krumpholz, varför förfarandet inneburit en omkastning av bevisbördan till nackdel för Krumpholz i strid med oskyldighetspresumtionen.²⁰⁹ Europadomstolen fastställde att det förelåg en kränkning av artikel 6.1 och 6.2 EK.MR med utgångspunkt i att den tilltalade hade ålagts att avge en förklaring i en situation där omständigheterna i fallet inte varit sådana som tydligt påkallade en förklaring.²¹⁰

6.2.3 Heaney & McGuinness mot Irland

I *Heaney och McGuinness mot Irland*²¹¹ arresterades de tilltalade misstänkta för att ha deltagit i ett attentat i Nordirland utfört av en olaglig organisation.²¹² De tilltalade ålades att uppge var de befunnit sig vid den aktuella tidpunkten för attentatet, men varken Heaney eller McGuinness yttrade sig eller lämnade någon förklaring. De dömdes följaktligen till 6 månaders fängelse för att ha underlåtit att besvara polisens frågor.²¹³ De tilltalade fick således en straffrättslig påföljd för att de inte bidragit i utredningen av det brott de själva var misstänkta för. Tvångskravet som de tilltalade utsatts för, att lämna uppgifter som i sig kunde drabba de själva, framhöll domstolen att det förstörde huvuddragen i rätten till tystnad och att inte behöva belasta sig själv.²¹⁴

Domstolen konstaterade att rätten till tystnad inte är absolut men att det förvisso krävs att det föreligger särskilda omständigheter för att motivera att dessa rättighetsgarantier reduceras.²¹⁵ Europadomstolen fastslog att även viktigare utredning utifrån allmänintresset inte bedöms som tillräckligt för att myndigheterna skulle bortse från de grundläggande rättigheterna som den tilltalade ska garanteras. Domstolen underströk att artikel 6.1 EKMR om en rätten till en rättvis rättegång ska tillämpas på straffrättsliga processer i fråga om alla olika typer av brott,

²⁰⁸ Krumpholz mot Österrike, p. 27.

²⁰⁹ Krumpholz mot Österrike, punkt 40-43; Jfr även Telfner mot Österrike, dom 2001-03-20, p. 18 och 12-20.

²¹⁰ Krumpholz mot Österrike, p. 42-43.

²¹¹ Heaney & McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21, nr. 34720/97.

²¹² Ibid. p. 8-9.

²¹³ Ibid. p. 10 och 12.

²¹⁴ Ibid. p. 49 och 55.

²¹⁵ Ibid. p. 47 och 48.

från de mest enkla till de mest komplicerade brotten. Dessa rättssäkerhetsgarantier kan enbart inskränkas i en begränsad utsträckning och att åberopa allmänintresset, såsom säkerhets- och ordningsåtgärder, som grund för att inskränka de grundläggande rättighetsgarantierna enligt artikel 6.1 ansågs därför inte vara berättigat.²¹⁶ Europadomstolen konstaterade att artikel 6.1 och 6.2 EKMR, med grund i det nära samband artiklarna emellan, hade kränkts.²¹⁷

6.2.4 Analys av rättsfallen

Beträffande utövandet av artikel 6.1-2 EKMR har Europadomstolen fastställt att artikeln har ett brett tillämpningsområde och tillämpas vid alla typer av brott, frånsatt brottets svårighetsgrad. Såsom konstaterats i målet Heaney och McGuinness mot Irland kan dessa grundläggande rättigheter inte inskränkas med grund i att skydda den allmänna ordningen i samhället. Dessa rättigheter ska samtliga som ställs till svars vid en rättegång tillförsäkras utan någon proportionalitetsbedömning.

I fallet Murray mot Storbritannien satte domstolen upp tydliga ramar och hållningssätt för vilka förhållanden som ska beaktas när en negativ bedömning av tilltalades tystnad görs. Bedömningen ska göras med grund i omständigheterna i varje enskilt fall, beaktat de situationer där slutsatser kan dras, vilken relevans tystnaden kan tillmätas samt vilken grad av tvång som inträffat i fallet. Bedömningen vid tillmätandet av tilltalades tystnad ska även göras inom gränsen för vad de nationella domstolarna anser vara förnuftigt. Europadomstolen tar varken ställning till vad förnuft innebär eller hur en sådan bedömning bör gå till. Domstolen framhäver även att en fällande dom vare sig huvudsakligen eller uteslutande får grundas på den tilltalades tystnad, varför bedömningen av den tilltalades tystnad ska göras med särskild försiktighet mot bakgrund av rättigheternas grundläggande prägel.

Att den tilltalades passivitet enbart får tillskrivas bevisvärde i lägen som tydligt påkallar en förklaring, samt att tystnaden inte ensamt får grunda en fällande dom har ett starkt samband med resonemanget avseende åklagarens bevisbörda. Enligt Europadomstolen krävs det att åklagarens bevisning ska uppnått en särskild styrka för att en förklaring från den tilltalade

²¹⁶ Heaney & McGuinness mot Irland, p. 57.

²¹⁷ Ibid. p. 58 och 59.

överhuvudtaget ska kunna påkallas. Vid bevisning av ringa värde mot den tilltalade kan den tilltalades vägran att uttala sig inte läggas denne till last. Vilket preciserat värde åklagarens bevisning emellertid ska nå upp till för att det ska anses vara berättigat att tillmäta tystnaden bevisvärde har domstolen emellertid inte tagit ställning till.

I fallet fastställdes det att det räcker att åklagarens bevisning är tillräcklig. Huruvida begreppet "tillräcklig" ska tolkas som att åklagarens bevisning måste nå upp till beviskravet, det vill säga ställa tilltalades skuld utom rimligt tvivel innan tystnaden kan tillmätas ett visst bevisvärde, framgår inte. Ett konstaterande utan ytterligare innehåll från Europadomstolen betraktas som problematiskt dels med grund i att detta kan få viss betydelse för det höga beviskravet och den bevisbörda som ställs på åklagaren i brottmål, dels att det inte går att finna någon annan vägledning från högre instans. Det kan inte uteslutas att begreppet "tillräcklig" indikerar att åklagarens bevisning inte behöver nå en särskild hög styrka för att en förklaring ska kunna påkallas av den tilltalade och där dennes underlåtenhet att avge en förklaring läggs denne till last i bevishänseende. Ett sådant yttrande från Europadomstolen kan således äventyra det höga krav som ställs på åklagaren i brottmål som ska ställa den tilltalades skuld bortom rimligt tvivel för att domstolen ska kunna utfärda en fällande dom.

När en domstol överskattar värdet av åklagarens bevisning eller värderar försvarets bevisning för högt kan det resultera i att domstolen anses ha sänkt beviskravet eller kastat om bevisbördan, vilket kan innebära att oskyldighetspresumtionen överskrids.²¹⁸ Principen om fri bevisvärdering kan således inte dras nytta av för vilka slut som helst.²¹⁹

Oskyldighetspresumtionen har dessutom en utjämnande funktion som planar ut maktobalans som med anledning av statens stora utredningsresurser annars föreligger mellan parterna.²²⁰

Med grund i ovan redogjorda praxis från Europadomstolen kan det följaktligen konstateras att det finns situationer där den tilltalades tystnad kan komma att tillmätas ett visst bevisvärde till stöd för åklagarsidan. Detta kan likställas med att tystnaden kan komma att anses som ett indirekt bevis till stöd för åtalet. Det kan därför inte uteslutas att tystnadens bevisverkan kan få någon form av avgörande relevans i fallet, som utöver att stärka misstankarna mot den

²¹⁸ Ekelöf m.fl. (2009), s. 157.

²¹⁹ Nowak (2003), s. 326.

²²⁰ Ibid. s. 50 ff.

tilltalade, även fyller ut brister i åklagarens bevisning.

7 Tystnaden som processuell genväg

7.1 Bakgrund

I följande avsnitt behandlas ett mål som jag närvarade vid som väckte mitt intresse för uppsatsens frågeställningar. Dessa domar²²¹ berör frågan om huruvida tilltalades tystnad kan läggas denne till last och under vilka omständigheter förklaringsbördan tillämpas. Rättsfallet är ett tydligt exempel på problematiken med förklaringsbördans praktiska konsekvens vid prövning och värdering av åklagarens framförda bevisning i förhållande till tilltalades bristande motbevisning, samt rättens hantering av friande alternativa händelseförlopp. Nedan behandlas endast morddelen, varför domens övriga åtalspunkter har bortsetts från.

7.2 Tingsrättens bedömning

R.S. sköts på kvällen när han var ute med sin hund i anslutning till sin bostad. R.S. träffades av sju skott och avled på platsen. F.A. åtalades ensamt för att ha utfört gärningen. Det är ostridigt hur, när och var RS blev dödad, men den huvudsakliga frågan i fallet är om det var F.A. som sköt R.S..²²²

Åklagaren åberopade omfattande bevisning i form av exempelvis fotografier, övervakningsfilmer, telefonanalyser och vapenundersökning.²²³ R.S. mamma, som personligen bevittnade en del av skjutningen, lämnade skiljaktiga uppgifter om skyttens utseende under förundersökningen och huvudförhandlingen, däribland beskrivningar av skytten i nära anslutning till mordet som direkt inte stämde överens med den tilltalade. Senare

²²¹ B 6175-19; B 3550-20.

²²² B 6175-19, s. 8.

²²³ Ibid. s. 11.

i processen ändrade hon sin beskrivning i enlighet med den tilltalades karaktärisering.²²⁴

F.A. förhöll sig genomgående under hela processen helt passiv och besvarade inte några frågor eller på annat sätt varit behjälplig i utredningen mot honom. F.A. valde således att utnyttja sin rätt att tåga i enlighet med artikel 6.1-2 EKMR. Hans försvarare förklarade dock att hans inställning var att han nekar att det är han som syns på övervakningsfilmerna, haft något med mordet eller vapnet att göra samt att han inte har varit på mordplatsen.²²⁵

En del av åklagarens återopade bevisning visar starkt stöd för en ytterligare och alternativ gärningsman som försvaret tydligt påpekade i sin framställning. Även vittnen lämnade uppgifter i början av utredningen som stämmer överens med den alternativa gärningsmannen som likaledes var misstänk för gärningen men misstanken om att det var han som höll i mordvapnet avskrevs. Detta trots starka bevis som direkt förband honom till mordvapnet och gärningsplatsen samt vittnesuppgifter om att R.S. hade stämt träff med den alternativa gärningsmannen.²²⁶ Upphittat material visar följaktligen starkt DNA från både den tilltalade och den alternativa gärningsmannen men som tingsrätten har valt att lämna utan avseende med anledning av den avskrivna misstanken av den alternativa gärningsmannen.

Tingsrätten har i sina domskäl redogjort att de senare angivna uppgifterna från R.S:s mamma om gärningsmannens utseende som stämmer överens med den tilltalade utgör skäl för att utesluta den alternativa gärningsmannen.²²⁷ Hennes motstridiga uppgifter har ursäktats av tingsrätten med anledning av hennes främsta fokus på sin son, den chockartade upplevelse det måste ha inneburit för henne, missförstånd, språkförbistring samt en kombination av dessa eller av annan ej angiven anledning.²²⁸

Tingsrätten framhöll i sina domskäl att tilltalade har rätt att tåga och att de inte kan tillmätas något värde som bevisning till stöd för åklagarens gärningspåstående. Domstolen konstaterade även att den tilltalades förklaring och bevisning ska granskas först när åklagarens bevisning i sig är tillräckligt stark för en fällande dom. Rätten framhöll vidare att en förklaringsbörda vid den tidpunkten läggs på den tilltalade att framföra bevisning

²²⁴ B 6175-19, s. 13.

²²⁵ Ibid. s. 25.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid. s. 28.

²²⁸ Ibid. s. 13.

alternativt bevis som minskar eller häver styrkan i åklagarens bevisning som uppfyllt beviskravet.²²⁹

Tingsrätten hävdar att åklagaren lyckats förebringa en så stark bevisning att det i sig är tillräckligt för att uppfylla beviskravet, varför en förklaringsbörda har lagts på F.A.²³⁰ F.A lämnade inga förklaringar till att hans DNA påträffats på en del av de material som används vid gärningstillfället, som hittats i nära anslutning till mordplatsen, och varför han befann sig i ett område intill under tiden för gärningen. Åklagarens bevisning har därmed inte i något avseende försvagats varför tingsrättens ansåg det vara ställt utom rimligt tvivel att det var F.A som sköt R.S. och dömdes för mordet.²³¹

7.3 Hovrättens bedömning

Tingsrättens dom överklagades och togs följaktligen upp för prövning i hovrätten. Hovrätten ansåg att F.A:s inblandning i gärningen var ostridig, frågan som återstod att utredas var om det var han som sköt R.S. eller den alternativa gärningsmannen.²³² Domstolen utredde den alternativa hypotesen som innebar att någon annan sköt R.S, vilket förutsatte, utifrån vad som annars är utrett om F.A:s vistelse i anslutning till brottsplatsen och DNA på material, att F.A. mötte, tog emot material och hanterade det från den alternativa gärningsmannen. Hovrätten konstaterade att detta händelseförlopp visserligen inte var osannolikt och bör således inte ha avfärdats omedelbart. Domstolen framhöll att detta alternativa scenario fodrar noggrann planering och koordinering av tidpunkt och flyktväg, vilket troligtvis förutsätter viss kontakt mellan F.A. och den alternativa skytten i anslutning till gärningen. Mot bakgrund i utredningen, avseende tidpunkten för gärningen, när och vart F.A. befann sig, ges inget stöd för att detta kan ha varit fallet. Alternativa händelseförloppet om en annan skytt som F.A. senare mötte upp ansågs således vara nästintill obefintligt.²³³

²²⁹ B 6175-19, s. 12 som hänvisar till NJA 2015 s. 702 och NJA 2013 s. 931.

²³⁰ Ibid. s. 24.

²³¹ Ibid. s. 29.

²³² B 3550-20, s. 6.

²³³ Ibid. s. 7.

Att någon annan person skulle ha varit inblandad i något skede av gärningen fick dock stöd i utredningen, dels genom DNA som påträffats på brottsplatsen och de föremål som använts vid gärningstillfället. Hovrätten bedömde R.S:s uppgifter med större försiktighet än vad tingsrätten gjort med hänsyn till mammans varierande minnesbilder och ansåg att dessa uppgifter för sig inte var tillräckliga för att utesluta den alternativa gärningsmannen som skytt, men var inte behäftade med sådana tveksamheter att de fanns skäl att helt bortse från dem.²³⁴

Hovrätten framhöll att R.S:s mammas uppgifter inte utan annat stöd kunde utesluta den alternativa gärningsmannen med grund i de bevis som hittats från honom på föremål från gärningen. Hovrätten påpekade att detta var en brist i utredningens robusthet genom att mer omfattande åtgärder inte har vidtagits och istället obetänksamt avskrivit misstanken om den alternativa gärningsmannen, vilket ska falla tillbaka på åklagaren. Detta hade kunnat undvikits genom att bland annat kontrollera den alternativa gärningsmannens telefontrafik eller uppkopplingar för att lokalisera vart han har befunnit sig. Istället nöjde sig polisen med ett inledande förhör varpå misstankarna lades ned. Den utredning som trots allt har genomförts och redogjorts för, samt de uppgifter som de som bevittnat skytten fly från brottsplatsen visar däremot inga överensstämmelser om att han kunnat vara den alternativa skytten mer än en inblandning.²³⁵

Mot den angivna bakgrunden ansåg hovrätten att det var ställt bortom rimligt tvivel att skytten var F.A., även om det prövas mot hypotesen att det skulle ha varit den alternativa hypotesen, varpå F.A. även dömdes för mordet i hovrätten.²³⁶

7.4 Kommentar

Att delvis grunda en fällande dom på osäkra uppgifter genom motstridiga utsagor innebär att de omständigheter som talar till förmån för den tilltalade nonchalant förbises. Detta indikerar att tingsrätten har haft en förutbestämd uppfattning och redan avgjort målet på förhand, vilket visas genom sina ohållbara resonemang om varför de fördelaktiga uppgifterna ska uteslutas.

²³⁴ B 3550-20, s. 7.

²³⁵ Ibid. s. 8.

²³⁶ Ibid. s. 9.

Tingsrätten motiverar endast i sina domskäl utifrån de uppgifter som talar för den tilltalades inblandning i mordet, men lämnar övrigt bevis som talar för en alternativ gärningsman utan avseende och behandlas nästintill inte alls.

Enligt min uppfattning ger detta intrycket av att uppgiften att söka friande eller lindrigare alternativ än de åklagaren gör gällande åvilar den tilltalade, vilket inte är fallet. Denna uppgift ankommer på rätten, som ex officio har att söka sådana alternativ. Med formuleringar av detta slag, avseende bevisningen om den alternativa gärningsmannen, skapas en bild av att rätten inte självmant söker sådana alternativa förklaringar, utan att denna uppgift påläggs den tilltalade som vid en underlåtenhet att fullgöra denna kommer att lida rättsförlust.

Att man inte längre är misstänkt innebär inte att polisen inte kan ha begått ett misstag i sin utredning och därmed döma den enda misstänkte som är kvar. Denna miss och brist i utredningen ska falla på åklagarsidan. Vid utredning som tydligt visar på en alternativ gärningsman bör det ringa en varningsklocka hos rätten att pröva dessa alternativa händelseförlopp och inte utesluta dessa på osäkra uppgifter. Detta är ett väsentligt moment i bevisvärderingen som inte får hoppas över av rättssäkra skäl. Att domstolen vill ställa någon till ansvar för en förskräcklig handling rättfärdigar inte genvägar i bevisprövningen. En passiv tilltalad medför inte mindre utrymme för prövning av alternativa händelseförlopp.

F.A:s tystnad har visserligen inte använts som utfyllnad av åklagarens bevisning i samband med att en förklaringsbörd har tilldelats den tilltalade. Avsaknaden av en förklaring från tilltalade har istället inneburit en bevislättning på så sätt att beviskravet inte kan ha ansetts uppfyllts om inte alternativa hypoteser har uteslutits, vilket tingsrätten har lämnat oprövat.

Hovrättens domskäl tyder å andra sidan på en korrekt och utförlig bevisprövning som uppfyller sina skyldigheter att utröna möjligheten om en alternativ gärningsman, vilket tingsrättens dom i stora delar brister i. Hovrätten har följaktligen korrigerat tingsrättens stora brister.

8 Sammanfattande analys & slutord

Den tilltalades fundamentala rätt att förhålla sig fullkomligt passiv och betraktas som oskyldig i ett straffprocessuellt förfarande fram till en eventuellt fällande dom framstår vid det första intrycket bestå av principfasta rättigheter som den tilltalade ska garanteras i alla situationer. Den uppfattningen förefaller sig inte som märklig mot bakgrund av att dessa grundläggande människorättsföreskrifterna hittas i ett av de mest internationellt betydelsefulla konventionen för skydd av mänskliga fri- och rättigheter. Vid en närmare anblick och analys sett till Europadomstolens praxis kan det följaktligen fastställas att dessa grundläggande rättigheter, som fyller en synnerligen betydelsefull funktion för att försäkra att oskyldiga människor inte döms, kan begränsas på olika grunder.

Framställningen visar på att en motsägelsefull rättsfigur, den så kallade förklaringsbördan, har utvecklats genom praxis inom ett oreglerat rättsområde. Att fastställa en korrekt och övergripande definition för förklaringsbördan inom brottmål är svårbemästrat. Mot bakgrund av doktrin tycks ändå en gemensam uppfattning av förklaringsbördan formuleras som en samlad benämning för de situationer när domstolen begär en förklaring från den tilltalade, på vilken dennes underlåtenhet att lämna en förklaring tillmäts negativ bevisverkan. Till följd av att den tilltalades förfaringsätt i processen får rättsliga effekter bildas en börda.

I enlighet med principen om fri bevisvärdering i 35 kap. 1 § och värderingsregeln i 35 kap. 4 § RB som uttryckligen tillåter bevisverkan av en parts tystnad, kan domstolen således tillmäta den tilltalades tystnad bevisverkan. Varken av lagrummen eller förarbetena framgår det vilka omedelbara begränsningar av hur stor vikt som får tillmätas den tilltalades passivitet.

Europadomstolen har emellertid satt upp yttre ramar som begränsar de nationella domstolarnas förmåga att tillämpa bestämmelsen efter eget tycke. Inte heller går det att tyda en systematik för förutsättningar samt vilka situationer som domstolen ska kunna tillämpa förklaringsbördan. Detta kan sålunda ifrågasättas med utgångspunkt i ett rättssäkerhetsperspektiv och utifrån kravet på förutsebarhet som ställs i brottmålsprocessen. Problematiken med denna börda är dels den varierande innebörden domstolarna tycks ha gett förklaringsbördan i olika situationer, dels att olika typer av förklaringsbördor förekommer, där denna problematik medför olika följder och innehåll för den tilltalade.

I *Murray*-fallet konstaterade Europadomstolen att den tilltalades passivitet enbart får tolkas som ett ytterligare tecken skuld vid situationer då starka bevis mot den tilltalade redan föreligger. Det strider motsatsvis mot oskyldighetspresumtionen, rätt till tystnad och rätt till rättvis rättegång om tystnaden däremot ensamt eller huvudsakligen grundar en dom. I *Krumpholz*-fallet framhöll Europadomstolen ytterligare att negativ bevisverkan inte får tillmätas efter tillämpning och misslyckad uppfyllnad av en förklaringsbörda förrän starkt besvärande omständigheter talar mot den tilltalade. I *Heaney & McGuinness*-fallet konstaterade Europadomstolen att dessa grundläggande rättigheter innefattar samtliga mål, alltifrån de enklaste till de mest komplicerade, och att en inskränkning inte kan motiveras utifrån brottets svårighetsgrad. Dessa fall synes utforma den av Europadomstolen och artikel 6 EKMR fastslagna yttre ramen för förklaringsbördans tillämpningsområde. Förfaranden som ligger inom denna ram strider följaktligen som utgångspunkt inte mot rätten till en rättvis rättegång.

Trots dessa förutsättningar har domstolen i balkongfallet konstaterat att den tilltalades passivitet kan tillmätas bevisverkan vid situationer som uppenbarligen kräver en förklaring. Vid första anblick synes detta uttalande innebära att domstolen applicerar en återhållsam inställning för när förklaringsbördan ska kunna göras aktuell. Vid en djupare analys kan det emellertid inte uteslutas att utlåtandet kan få motsatt effekt. Problematiken grundar sig i att domstolen i domskälen inte har fastställt vad begreppet ”uppenbarligen” innebär, vilket orsakar att förklaringsbördan kan aktualiseras i avsevärt fler fall än vad domstolen avsett. Huruvida det krävs av åklagaren att presentera någon form av bevisning av viss styrka framgår inte heller av domstolens resonemang, vilket kan medföra att förklaringsbördan kan komma att tillämpas som en omkastad bevisbörda i dessa situationer. Utgångspunkten inom brottmål är visserligen att bevisvärderingen ska vara fri och obestämd varför domstolen inte har som uppgift att skapa prejudikat inom bevisvärderingen.

Förklaringsbördor som tillämpas efter att åklagaren har uppfyllt bevisbördan och beviskravet kan anses vara okontroversiell med anledning av att den tilltalade därav inte lider någon rättsförlust. Förhåller sig den tilltalade passiv vid situationer när åklagaren uppfyllt beviskravet ska det betraktas som ett misslyckat försök att motbevisa som saknar något bevisvärde. Närmare bestämt ett misslyckande från den tilltalades sida i att rubba domstolens uppfattning om att åtalet är ställt utom rimligt tvivel och ska därmed inte anses höja värdet på

åklagarens bevisning. På så vis läggs den tilltalades tystnad inte till grund för domen vid bevisprövningen. Vid situationer när den tilltalades passivitet tillmäts bevisverkan innan åklagarens bevis nått upp till beviskravet och uppfyllt sin utredningsbörda, innebär en tillämpning av förklaringsbördan en omkastad bevisbörda eller utfyllnad av åklagarens bevisbörda. Den tilltalade påläggs då nackdelar och mister sin rätt att förhålla sig passiv.

Det jag ställer mig tveksam till är om tilltalades tystnad verkligen används som bevis för att styrka den tilltalades skuld då åklagaren har uppfyllt bevisbördan utan den tilltalades uteblivna förklaring. I samband med att beviskravet är uppfyllt kan det inte anses finnas behov av ytterligare bevisning. Jag ifrågasätter därmed tillvaron av en förklaringsbörda med följderna att den tilltalades tystnad inverkar på värdet av åklagarens bevisning. Förklaringsbördan ska istället ses som ett sista försök av rätten att hitta en friande förklaring.

Rättsfallsanalysen i det föregående kapitlet tyder på situationer när den tilltalades tystnad medför processuella genvägar hos domstolen. Tingsrättens formulering avseende förklaringsbördan kan uppfattas som att den tilltalades tystnads inte överhuvudtaget har beaktats, varför det vid en snabb överblick framstår som att tingsrätten förhållit sig korrekt i förhållande till artikel 6 EKMR. Vid en närmare anblick tydliggörs domstolens processuella missar i form av utförandet av enklare och snabbare bevisvärderingar vid brist på förklaring från tilltalade. Detta förenklade förfarandesätt föranleds dessutom till följd av åklagarens brist i sitt utredningsansvar i syfte att kunna tillrättavisa någon för ett allvarligt brott och slippa fria den tilltalade som ett resultat av åklagarens brist. Utgångspunkten är att alla tveksamheter och osäkerheter alltid ska dömas till förmån för den tilltalade, inte tvärtom.

Tilltalades tystnad påverkas således negativt till följd av att utrymmet för alternativa hypoteser minskar genom att motbevisning inte tillförs målet. Misstanken om den tilltalade stärks indirekt och åklagaren kan således lättare uppfylla sin bevisbörda. Frånvaron av uppgifter från en tilltalad bör inte fylla ut luckor i utredningen beträffande objektiva omständigheter när rimliga alternativa händelseförlopp föreligger.

Trots att den tilltalade inte är tvungen att vara aktiv i utredningen mot sig själv kan det, på grund av den mänskliga faktorn hos domarna, inte utelämnas att den tilltalade äventyrar att rätten förbiser friande omständigheter om den tilltalade inte på egen hand framför dem. Det innebär alltså en viss risk för den tilltalade när denne väljer att inte förse rätten med uppgifter

även om det är åklagaren som bär hela bevisbördan. Om den tilltalade väljer att tillföra uppgifter under förfarandet kan utredningen bli mer robust, men förklaringsbördan får av den anledningen inte användas för att öka utredningens robusthet. Domstolen borde inte räkna med att den tilltalade lämnar uppgifter trots att det kan uppfattas som självklart att tilltalade som är oskyldiga borde kunna bidra med det. En utredning som är så bristfällig i sin robusthet att domstolen inte kan pröva en rimlig friande förklaring ska leda till att åtalet ogillas. Detta fränsett att den tilltalade har möjlighet att lämna en förklaring eller inte. Detta sammanhänger med att den tilltalade inte har några förpliktelser i brottmålsprocessen.

Risken att tystnad, som är en så pass svag bevisning eller ingen bevisning överhuvudtaget, berättigar en fällande dom som inte kunnat stödjas av bevis frambringad genom en noggrann utredning kan locka åklagaren att utföra mindre grundliga undersökningar, eftersom utredningen vid ett tidigare tillfälle kan bedömas uppfylla robusthetskravet.

En tolkning av förklaringsbördan som innebär att tystnad kan ges bevisvärde i sig strider mot oskyldighetspresumtionen och rätten till tystnad, vilket negativt påverkar den tilltalades rättssäkerhet. Av den orsaken är det av särskild betydelse att domstolarnas bevisvärdering genomförs korrekt och rättssäkert, samt att det förs en diskussion kring hur den tvetydiga förklaringsbördan ska tillåtas påverka bevisvärderingen.

Förklaringsbördan berör rätten till en rättvis rättegång, oskyldighetspresumtionen samt rätten till tystnad, vilka är värdegrunder i en rättsstat varför tillämpningen av förklaringsbördan kräver stor försiktighet. Dessa rättsgrundprinciper opererar i syfte att försäkra att ingen oskyldig döms på grund av klandervärda anklagelser så att materiellt riktig domar åstadkommes. En urholkning av dessa regler kan i annat fall orsaka en risk för att motsatsen blir fallet. Huruvida en tillämpning av förklaringsbördan medför att denna målsättning uppnås kan enligt min mening betvivlas och dessutom besvaras nekande. Det krävs därför att rättsväsendet håller hårt vid de straffprocessuella kärnvärden som formar straffrätten.

Kännedomen om att ens passivitet kan komma att användas mot en kan förorsaka att den tilltalade känner sig tvingad eller pressad att tala. Denna inskränkning i rätten till tystnad kan följaktligen anses undergräva rättighetens effekt och kan ge uttryck för ett indirekt tvång att yttra sig. Uppfattningen att ingen oskyldig måste förklara sig men att de då riskerar att mötas

av en fällande dom, är en uppfattning som enligt mig är oklar och medför dessutom svårigheter för tilltalade att begripa innebörden av rättigheten.

Att tystnad kan tillerkännas bevisverkan innebär en acceptans i begränsning i ändamålet att motverka felaktigt fällande avgöranden. Detta tyder på att förverkligandeprincipen har bedömts väga tyngre än skyddsprincipen för att kunna öka möjligheterna att aktualisera det straffrättsliga ansvaret på bekostnad av enskildas rättssäkerhet.

En viktig omständighet som bör beaktas är att ett straffrättsligt förfarande innebär att två ojämlika parter ställs mot varandra där åklagaren representerar staten och där den tilltalade representerar sig själv som enskild individ, vilket uppenbarligen förefaller vara den svagare parten. Utifrån denna obalans är det därför av stor vikt att den tilltalade tillförsäkras ett omfattande skydd mot påtryckningar och rättsövergrepp som denne kan komma att utsättas för från sin motpart.

Sammanfattningsvis kan det fastställas att en tillämpning av förklaringsbördas enlighet med art 6 EKMR är beroende av den bevisstyrka som domstolen kräver av åklagarbevisningen innan de läggs en förklaringsbörda på den tilltalade, samt vilken bevisverkan som tillmäts av den tilltalades passivitet utifrån förklaringsbördan.

Käll- & litteraturförteckning

Europarättsliga källor

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Rom 4 november 1950

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 1926:32	Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning
SOU 1938:44	Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk
SOU 1996:185	Straffansvarets gränser
SOU 2011:45	Förundersökning – objektivitet, beslag och dokumentation m.m.
SOU 2013:17	Brottmålsprocessen
SOU 2017:17	Om oskuldpresumtionen och rätten att närvara vid rättegång – Genomförande av EU:s oskuldspresumtionsdirektiv

Propositioner

Prop. 1993/94:117	Inkorporeringen av Europakonventionen och andra fri- och rättigheter
-------------------	--

Övrigt offentligt tryck

Rättssäkerheten i brottmål: rapport från JK:s andra rättssäkerhetsprojekt, JK:s

rättssäkerhetsprojekt, Stockholm 2009

Litteratur

Bernitz, Ulf och Anders, Kjellgren: *Europarättens grunder*, 5 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2014

Bolding , Per Olof: *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, 1 uppl., Appelbergs boktryck, Uppsala 1951

Dahlman, Christian: *Beviskraft – Metod för bevisvärdering i brottmål*, 1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2018

Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2015

Diesen, Christian: *Balkongfallet – ett riktigt bevisprejudikat*, I: *Juridisk Tidskrift*, 2015/16

Diesen, Christian: *Bevisprövning i brottmål*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2015

Diesen, Christian: *"Bortom allt tvivel?". I: Festskrift till Per Ole Träskman (red.: Ulrika Andersson, Christoffer Wong, Helén Örnemark Hansen)*, 1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2011

Diesen, Christian: *Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål*, 1 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1993

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars och Pauli, Mikael: *Rättegång. Första häftet*, 9 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm 2016

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars: *Rättegång. Fjärde häftet*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2009

Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik: *Rättegång första häftet*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2002

Frände, Dan: *Finsk straffprocessrätt I*, Forum Iuris, Helsingfors 1999

Gregow, Torkel: *Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn*, I: Svensk Juristtidning, 1996

Gärde, Natanael, Engströmer, Thore, Strandberg, Tore och Söderlund, Erik: *Nya rättegångsbalken*, Norstedts Juridik, Stockholm 1994

Heuman, Lars: *"Domarens och åklagarens skyldighet att vara objektiva"*, Juridisk Tidskrift, 2004/05

Heuman, Lars: *"Kringgås principen om åklagarens bevisbörda?"*, I: *Festskrift till Lars Welamson*, Stockholm 1988

Inger, Göran: *Svensk rättshistoria*, 5 uppl., Liber, Malmö 2011

Kleineman, Jan: *"Rättsdogmatisk metod"*, I: (red. Korling, Fredric och Zamboni, Mauro), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund 2013

Lambertz, Göran: *"Kvalitetssäkring av bevisprövningen i brottmål"*. I: Svensk Juristtidning, 2009

Lindell, Bengt, Eklund, Hans, Asp, Petter & Andersson, Torbjörn: *Straffprocessen*, 1 uppl., Iustus, Uppsala 2005

Lindell, Bengt: *"Vem förde bilen? En fråga om beviskrav i ett mål om rattfylleri"*. I: Juridisk Tidskrift, 1990/91

Mellqvist, Mikael: *Processrätt - Grunderna för domstolsprocessen*, 3 uppl., Iustus, Uppsala 2015

Nordh, Roberth: *Praktiskt process VII: Bevisrätt B: Bevisrätt och beviskrav*, 2 uppl., Iustus, Uppsala 2011

Nordh, Roberth: *Praktisk process VIII: Bevisrätt C: Bevisvärdering*, 1 uppl., Iustus, Uppsala 2013

Nowak, Karol: *Oskyldighetspresumtionen*, 1 uppl., Norstedts Juridik. Stockholm 2003

Sahlin, Nils-Eric: *On Higher Order Beliefs, I: (red. Dubucs, J.P, Theory of Probability)*, Kluwer Academic Publishers, 1993

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för författare: Ämne, material, metod och argumentation*, 3 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2015

Schelin, Lena: *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, 1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007

Träskman, Per Ole: *"Rätten att förbli tyst". I: Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1993

Träskman, Per Ole: *"Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet". I: Festskrift till Lars Welamson (red.: Olle Höglund m.fl.)*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1988

Westberg, Peter: *"Förklaringsbörda och knölargument i brottmål - den moderne domarens vapen i kampen mot brottsligheten?"*, Juridisk Tidskrift, 1992/93

Zila, Josef: *Om rättssäkerhet*, Svensk Juristtidning, 1990

Elektroniska källor

Borgström, Peter, Rättegångsbalken (1942:740) 35 kap. 1 §, lagkommentar 1468, JUNO

(besökt 11/11-2020)

Rättsfallsförteckning

Nationella domstolar

Tingsrätt

B 6175-19

Hovrätt

B 3550-20

Högsta domstolen

NJA II 1943 s. 446

NJA II 1943 s. 445

NJA II 1943 s. 579

NJA 1980 s. 725

NJA 1982 s. 164

NJA 1982 s. 525

NJA 1984 s. 520

NJA 1990 s. 40

NJA 1990 s. 210

NJA 1990 s. 555

NJA 1991 s. 56

NJA 1994 s. 268

NJA 1996 s. 27

NJA 2001 s. 551

NJA 2001 s. 570

NJA 2004 s. 176

NJA 2005 s. 712

NJA 2010 s. 671

NJA 2012 s. 45

NJA 2013 s. 931

NJA 2015 s. 702

Europadomstolen

Allan mot Storbritannien, dom 2002-11-05, nr. 48539/99

Averill mot Storbritannien, dom 2000-06-06, nr. 36408/97

Condron mot Storbritannien, dom 2000-02-05, nr. 35718/97

Funke mot Frankrike, dom 1993-02-25, nr. 10828/84

Heaney och McGuinness mot Irland, dom 2000-12-21, nr. 34720/97

Murray mot Storbritannien, dom 1996-02-08, nr. 18731/91

Krumpholz mot Österrike, dom 2010-03-18, nr. 13201/05

Mikolajová mot Slovakien, dom 2011-01-18, nr. 4479/03

Quinn mot Irland, dom 2000-12-21, nr. 34520/97

Telfner mot Österrike, dom 2001-03-20, nr. 33501/96