



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ruben Degerman

Om sanningen ska fram

Bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg

Termin för examen: HT21

Innehåll

1	Inledning	4
1.1	Bakgrund.....	4
1.2	Syfte och frågeställningar.....	5
1.3	Metod och material.....	6
1.4	Avgränsningar.....	7
1.5	Forskningsläge.....	8
1.6	Teoretiska utgångspunkter – vad innebär ett oklart ursprung?.....	9
1.7	Disposition.....	10
2	Bevismedel med oklart ursprung i gällande rätt	11
2.1	Bakgrund till regleringen.....	11
2.2	Grundläggande utgångspunkter.....	12
2.3	Grundläggande principer och reglerade bevismedel.....	13
2.4	Sakkunnigbevisning.....	15
2.5	Kontradiktion.....	18
2.6	Avvisning och bevisförbud.....	19
2.6.1	Allmänt om avvisning.....	19
2.6.2	EKMR och rätten till en rättvis rättegång.....	21
2.6.3	NJA 2021 s. 286 ”Kroppskamerainspelningen”.....	24
2.7	Relevanta principer från EKMR.....	26
2.7.1	Kontradiktion i EKMR.....	26
2.7.2	Principen om jämbördiga vapen.....	29
2.8	Bevisvärderingen av det okända.....	31
2.8.1	Inledning.....	31
2.8.2	Tillvägagångssättet för bevisprövningen.....	31
2.8.3	Särskilt om oklarheternas betydelse för bevisvärderingen.....	32
2.8.4	Om behovet av annan utredning i målet och ”stödbevisning”.....	36
2.8.5	Bearbetning och manipulation.....	38
2.9	Bevisbörda, beviskrav och utredningsskyldighet.....	40
2.9.1	Bevisbörda i brottmål.....	40
2.9.2	Utredningsskyldighet.....	41
2.9.3	Bevisbörda i tvistemål.....	43
2.10	Sammanfattning av rättsläget.....	46
3	Bevisprövningen i underrätterna	48
3.1	Inledande ord.....	48
3.2	EncroChat-fallen.....	48
3.2.1	Bakgrund.....	48
3.2.2	EncroChat-materialet skulle inte avvisas.....	50
3.2.3	Bevisvärderingen av EncroChat-materialet.....	52
3.2.4	Generella slutsatser av bevisvärderingen.....	54
3.2.5	Behövdes det ytterligare bevismedel?.....	55
3.2.6	De tilltalades invändningar.....	59
3.2.7	Sammanfattning av underrätternas bevisprövning.....	62
3.3	Bevisprövningen av överskottsinformation.....	64
3.3.1	Överskottsinformation i gällande rätt.....	64
3.3.2	Prövningen av överskottsinformation i underrätterna.....	67
3.3.3	Avslutande reflektioner om bevisprövningen av överskottsinformation.....	71
4	Hur bör bevismedel med oklart ursprung prövas?	72
4.1	Inledande ord.....	72
4.2	Vad är en rättssäker bevisprövning?.....	72

4.3	Bör bevismedel med oklart ursprung avvisas?.....	73
4.4	Bör bevismedel med oklart ursprung kunna prövas ”fritt”?	78
4.4.1	Inledande ord	78
4.4.2	Internationell utblick – Storbritannien och legala bevisvärderingsregler	78
4.4.3	Utmaningen att fritt pröva bevismedel med oklart ursprung	82
	Käll- och litteraturförteckning	88
	Rättsfallsförteckning.....	91

Summary

This thesis examines the evaluation of evidence material of unclear origin in Swedish law. "Unclear origin" refers to that for various reasons it is not possible to account for where the evidence comes from, how it was obtained or that there is some other ambiguity about the circumstances for obtaining the evidence. The unclear origin means that the court is faced with procedural problems in the evaluation of evidence. The purpose of the thesis is to investigate how evidence of unclear origin is tried and how such evidence should be tried according to Swedish law.

Evidence of unclear origin is subject to deficiencies related to both its probative value and the possibility for the other party to bring an action. The use of evidence of unclear origin thus means that ambiguities are allowed into the legal process, which also raises issues of legal certainty. Can a free and critically examining evaluation of evidence satisfy reasonable legal certainty requirements in the evaluation of evidence of unclear origin? Or is a model of rejection or special rules of evidence better at promoting legal certainty in the evaluation of evidence of unclear origin?

According to applicable law, evidence of unclear origin shall not normally be rejected but evaluated within the framework of the court's free evaluation of evidence. There is some support to the claim that it may conflict with the right to a fair trial according to art. 6 ECHR to issue a conviction solely on the basis of evidence with an unknown source. However, neither the case law of the European Court of Justice nor that of the Swedish Supreme Court should be considered to entail a general requirement that evidence of unclear origin needs to be supported by other evidence. To investigate how evidence of unclear origin is tried in Swedish law, a case analysis of Swedish lower court decisions has been carried out where evidence in the form of EncroChat material and surplus information has been evaluated. The courts have issued convictions based mainly on EncroChat material, while some courts have applied an almost formal requirement for supporting evidence, which indicates a certain inconsistency in the examination of evidence.

The conclusions of the thesis are that evidence of unclear origin should continue to be permitted in Swedish law and be evaluated within the framework of the free evaluation of evidence. At the same time, it is important to note that evidence of unclear origin is generally uncertain which places high demands on the court to be aware of the evidence's shortcomings that a possible unknown origin can cause to minimize the risk of incorrect and legally insecure judgments.

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung i svensk rätt. Med ”oklart ursprung” avses omständigheten att det av olika skäl inte går att redogöra för var ett bevismedel kommer ifrån, hur det har anskaffats eller att det i övrigt råder oklarheter kring omständigheterna vid bevisanskaffningen. Det oklara ursprunget medför att domstolen i bevisprövningen ställs inför processrättsliga problem. Syftet i uppsatsen är att undersöka hur bevismedel med oklart ursprung prövas och hur sådana bevismedel bör prövas i svensk rätt.

Bevismedel med oklart ursprung har i normalfallet brister som anknyter till både dess bevisvärde och till möjligheten för motparten att föra sin talan. Användningen av dessa bevismedel innebär att okända omständigheter släpps in i processen vilket enligt min mening även aktualiserar frågor om rättssäkerhet. Frågan är om en fri och kritiskt granskande bevisprövning kan tillgodose rimliga rättssäkerhetskrav vid bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung, eller om en avvisningsmodell alternativt särskilda bevisregler hade kunnat främja rättssäkerheten vid bevisprövningen i dessa fall?

Bevismedel med oklart ursprung ska i normalfallet inte avvisas utan bevisvärderas genom domstolens fria bevisprövning. Det finns visst stöd för att det kan stå i strid med rätten till en rättvis rättegång enligt art. 6 EKMR att meddela en fällande dom enbart med stöd av ett bevismedel med okänd upphovsman. Varken Europadomstolens eller Högsta domstolens praxis bör dock anses medföra ett generellt krav på att bevismedel med oklart ursprung vinner stöd av annan utredning i målet. För att undersöka hur bevismedel med oklart ursprung prövas i svensk rätt har en rättsfallsanalys av svenska underrättsavgöranden genomförts där bevismedel i form av EncroChat-material och överskottsinformation bevisprövats. Domstolarna har meddelat fällande domar som huvudsakligen stödjer sig på EncroChat-material samtidigt som några domstolar har tillämpat ett närmast formellt krav på stödbevisning, vilket indikerar en viss inkonsekvens i bevisprövningen.

Uppsatsens slutsatser är att mycket talar för att bevismedel med oklart ursprung även fortsättningsvis bör tillåtas i svensk rätt och bevisvärderas inom ramen för den fria bevisprövningen. Det är samtidigt viktigt att påpeka att bevismedel med oklart ursprung i regel är osäkra och ställer höga krav på att domstolen är uppmärksam på de brister i bevismedlens bevisfakta som ett okänt ursprung kan orsaka för att minimera risken för felaktiga och rättsosäkra domar.

Förord

I en uppsats om ursprung är det lämpligt att skriva några rader om uppsatsens uppkomstbetingelser. Jag vill tacka min handledare Peter för kloka råd och stöttning under skrivandet. Tack för att du avstyrde mig från att skrota uppsatsen och börja om med knappt två månader kvar till inlämning. Det hade varit dumt.

Jag vill också rikta ett särskilt tack till Ebba, Jacob, Ellen och min mor för ovärderliga insatser vid sluttampen av skrivandet. Det är förståeligt om ni aldrig kommer att läsa dessa rader, ni har läst tillräckligt.

Frågan är om någon någonsin har haft så fel som min syster hade när hon avrådde mig från att flytta hit med motiveringen: ”i Lund bor det bara en massa snobbar”. Till alla som funnits vid min sida under dessa år: tack för en fantastiskt fin tid.

Nu är det till slut för sent att ge upp.

Lund i januari 2022

Ruben Degerman

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HAK	Hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation
HDAL	Lag (2020:62) om hemlig dataavläsning
HDA	Hemlig dataavläsning
HÖK	Hemlig övervakning av elektronisk kommunikation
LEU	Lag (2017:1000) om en europeisk utredningsorder
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NOA	Nationella operativa avdelningen
RF	Regeringsformen
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SvJT	Svensk Juristtidning
SOU	Statens Offentliga Utredningar
Prop.	Proposition

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Att avgöra vad som är som bevisat är i många mål en av domstolens allra svåraste uppgifter. Trots att värderingen av den framlagda bevisningen är avgörande för målets utgång är frågor om bevisvärdering i princip oreglerade i svensk rätt. Frågan om hur ett bevismedel bör prövas av rätten ställs på sin spets när den bevisning som åberopas har uppkommit under oklara eller till och med olagliga förhållanden. Sådana bevismedel är i normalfallet tillåtna som bevisning i svensk rätt som en följd av bland annat den fria bevisprövningen, som innebär att domstolen efter en samvetsgrann utredning av allt det som förekommit i målet ska avgöra vad som är bevisat.¹ Att bevis åberopas som uppkommit under oklara förhållanden kan dock innebära att domstolen ställs inför vissa problem. För det första kan bevisets ursprung påverka dess innehåll och därigenom domstolens möjligheter att använda beviset för att styrka ett visst händelseförlopp. Bevismedlets ursprung kan med andra ord påverka dess bevisvärde. För det andra kan möjligheterna för parterna att bemöta ett visst bevismedel påverkas av att dess ursprung inte är klarlagt. Dessutom kan rättssäkerheten ifrågasättas eftersom det bland annat släpps in ett visst mått av ovisshet i rättsprocessen.

I april 2020 fick svenska myndigheter kännedom om att franska myndigheter hade lyckats dekryptera och inhämta en stor mängd kommunikationer från användare av den (fram till dess) krypterade kommunikationstjänsten EncroChat. Kommunikationerna inhämtades av svenska brottsbekämpande myndigheter för att sedan åberopas som bevismedel i ett stort antal brottmål. Hur det egentligen hade gått till när dessa bevismedel anskaffades var och är fortfarande höljt i dunkel.²

Från försvarshåll har dessa bevismedel mötts av massiv kritik. Det har hävdats att bevisningen med all sannolikhet införskaffats på ett olagligt sätt, att den på grund av oklarheterna vid bevisanskaffningen var svår att bemöta och att den i varje fall borde ha ett så lågt bevisvärde att den knappast kunde ligga till grund för en fällande dom.³ Trots kritiken har materialet från EncroChat tillåtits och värderats inom ramen för rättens fria bevisprövning.⁴

¹ 35 kap. 1 § rättegångsbalk (1942:740) (RB).

² *EncroChat-utredningen i Frankrike*, på s. 1.

³ Se exempelvis försvarets invändningar i Solna tingsrätt dom den 16 juli 2021 i mål B 10412–20.

⁴ Se exv. Svea hovrätt, dom den 7 maj 2021 i mål B 3203–21.

Den fria bevisprövningen så som den tillämpas i Sverige kan, mot bakgrund av att den i princip helt saknar bevisförbud och bevisvärderingsregler, beskrivas som något av ett unikum i ett internationellt perspektiv. Likväl är den en grundmurad princip med lång tradition. Turerna kring EncroChat väcker emellertid frågor som jag menar är av principiell vikt för rättstillämpningen. Lagstiftaren och de brottsbekämpande myndigheterna undersöker samtidigt nya bevisanskaffningsmetoder för att stävja den organiserade brottsligheten. Det har exempelvis föreslagits att de hemliga tvångsmedlen ska ges ett bredare tillämpningsområde och att vittnen ska få lov att avge vittnesmål anonymt.⁵ Vid övervägandet av huruvida exempelvis anonyma vittnesmål ska kunna tillföras rättsprocessen, ett bevismedel vars ursprung är oklart genom att uppgiftslämnaren är okänd för motparten, är det viktigt att beakta att det i slutändan rör sig om bevismedel som kommer att bedömas inom ramen för en i princip oreglerad bevisprövning. Vilken inverkan har oklarheter avseende bevismedlens ursprung på bevisprövningen, hur hanteras den här frågan i svenska domstolar idag och hur bör dessa bevismedel prövas? Den fria bevisprövningen har gjort sig förtjänt av en översyn i det avseendet.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur bevismedel med oklart ursprung *prövas* och hur sådana bevismedel *bör prövas* i svensk rätt. Uppsatsens två huvudsakliga frågeställningar är därför hur bevismedel med oklart ursprung prövas respektive hur sådana bevismedel bör prövas.

Det finns flera tänkbara sätt för rätten att pröva dessa bevismedel. Det är inte på något sätt självklart vilket tillvägagångssätt som har mest fog för sig. Bevismedel med oklart ursprung bör i normalfallet vara behäftade med brister som påverkar såväl deras bevisvärde som möjligheten för motparten att föra sin talan. Användningen av dessa bevismedel kan därför innebära att oklarheter släpps in i rättsprocessen vilket kan påverka rättssäkerheten. Ytterligare två frågeställningar kommer därför att diskuteras: Kan en fri och kritiskt granskande bevisprövning tillgodose rimliga rättssäkerhetskrav vid bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung? Hade en avvisningsmodell eller särskilda bevisregler kunnat främja rättssäkerheten vid bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung?

⁵ Se exempelvis justitieutskottets betänkande 2019/20: juU27, på s. 92 och Motion till riksdagen 2020/21:3302.

1.3 Metod och material

För att utreda hur bevismedel med oklart ursprung prövas i svensk rätt har gällande rätt redogjorts för utifrån den i doktrin allmänt vedertagna rättskälleläran. Gällande rätt har först och främst sökts med ledning av tillämplig lagstiftning, följt av praxis, förarbeten och doktrin. Metoden kan därmed betecknas som rättsdogmatisk.⁶ Rättsläget är klart såtillvida att det råder en fri bevisföring och en fri bevisvärdering. Hur bevisvärderingen påverkas av att ett bevismedel har ett oklart ursprung är däremot inte helt klart. Praxis och doktrin har använts för att utreda på vilka sätt ett bevismedel kan ha ett oklart ursprung och hur bevisprövningen av ett bevismedel påverkas av omständigheten att dess ursprung är oklart.

På grund av den fria bevisprövningen och omständigheten att Högsta domstolen inte har för vana att uttala sig i sakfrågor saknas tydlig reglering och vägledning i stor utsträckning. Doktrin och den praxis som finns har därför till denna del behövt analyseras med ambitionen att beskriva rättsläget så som det är - *de lege lata*.⁷

Eftersom bevisprövningen är fri i den bemärkelse att bevisfrågor i stor utsträckning är oreglerade aktualiseras frågan om hur bevismedel med oklart ursprung prövas i underrätterna. För att utreda hur bevismedel med oklart ursprung prövas i svensk rätt har därför även en rättsfallsanalys genomförts. Underlaget för analysen utgörs av 26 rättsfall från tingsrätt och 15 rättsfall från hovrätt. Domarna har insamlats genom sökningar efter nyckelorden ”EncroChat” och ”överskottsinformation” i databasen *Bisnode InfoTorg*⁸. Domar i vilka begreppet ”överskottsinformation” används i en annan betydelse än överskottsinformation från hemliga tvångsmedel har sorterats bort från de insamlade domarna. Det har inte gjorts någon ytterligare selektering av det insamlade materialet till rättsfallsanalysen.

I de insamlade rättsfallen har domstolarna behövt ta ställning till bevismedel som har anskaffats under oklara förhållanden vilket gör dem relevanta för uppsatsens problemformulering. Rättsfallen har redogjorts för och analyserats till den del de avser frågor om avvisning och bevisvärdering samt de tilltalades eventuella invändningar gentemot bevismedlen. De specifika händelseförloppen och påföljderna i respektive rättsfall har inte redogjorts för närmare.

⁶ Se Kleineman (2018), på s. 21–23.

⁷ Jfr Kleineman (2018), på s. 36.

⁸ Se www.infotorg.se.

Uppsatsen innehåller vidare en diskussion om hur bevismedel med oklart ursprung bör provas med avseende på dess inneboende brister. Denna diskussion har förts med ambitionen att utvärdera tänkbara tillvägagångssätt för att pröva dessa bevismedel ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Utvärderingen innehåller en argumentation om vilket tillvägagångssätt som har mest fog för sig. Argumentationen kan till denna del karaktäriseras som en argumentation *de lege ferenda*, hur lagen bör vara, och kan med andra ord sägas utgöra en rättspolitisk analys.⁹ Materialet har till denna del utgjorts av doktrinuttalanden, praxis samt den i uppsatsen genomförda rättsfallsanalysen.

I doktrin har det diskuterats huruvida en strikt rättsdogmatisk metod omfattar underrättspraxis.¹⁰ Enligt Jareborg, professor emeritus i straffrätt, finns det inga hinder mot att en rättsdogmatisk argumentation vidgar perspektivet och går utanför gällande rätt.¹¹ Eftersom bevisprövningen är fri bör den bevisprövning som redovisas i underrätternas domar kunna utgöra ett viktigt underlag till en diskussion om hur bevismedel med oklart ursprung bör provas.

Det har även gjorts en kortare internationell utblick i syfte att konkretisera jämförelsen av alternativa tillvägagångssätt för att pröva bevismedel med oklart ursprung. Materialet utgörs av doktrin samt praxis från Court of Appeal i Storbritannien, ett land som till skillnad från Sverige tillämpar bevisförbud och bevisvärderingsregler.

1.4 Avgränsningar

Syftet med uppsatsen är att beskriva rättsläget avseende bevismedel med oklart ursprung, att analysera hur dessa bevismedel provas samt att diskutera dess hantering på ett principiellt och övergripande plan. Det sagda innebär att uppsatsen inte gör anspråk på att på djupet analysera bevisprövningen av enskilda bevismedel. Det innebär vidare att det inte finns någon anledning att diskutera huruvida domstolarnas bevisvärdering av ett bevismedel i ett specifikt mål har varit rimlig. Det intressanta för uppsatsens problemformulering har istället varit att analysera hur domstolarna har redovisat sin bevisprövning av bevismedel med oklart ursprung i det insamlade rättsfallsmaterialet.

Den här uppsatsen har angripit frågan om prövningen av bevismedel med oklart ursprung på bred front. Ambitionen har varit att utforska hur

⁹ Se Kleineman (2018), på s. 36–37.

¹⁰ Jfr exv. Sandberg (2005), på s. 651f.

¹¹ Se Jareborg (2004), på s. 4.

bevisprövningen av olika slags bevismedel påverkas av den omständigheten att bevismedlets ursprung är oklart. Det förutsätter i princip att det inte på förhand råder några begränsningar avseende vilka bevismedel som undersöks.

Så som framgår av exempelvis EncroChat-fallen är bevisprövningen föränderlig på så sätt att bevismedlen förändras i takt med resten av samhället.¹² Omständigheten att ett bevismedels ursprung är oklart kan i kontrast anses obunden av tidens gång även om den omständighetens påverkan på bevismedlen i sig säkerligen kan skilja. För att inte begränsa uppsatsens tänkbara slutsatser till specifika bevismedel är det förtjänligt att fokusera på omständigheten att ett bevismedels ursprung är oklart snarare än att fokusera på enskilda bevismedel.

Omständigheten att ett bevismedels ursprung är oklart är inte begränsat till en viss typ av mål. Uppsatsens innehåll omfattar därför både tvistemål och brottmål. Det ska dock redan här redovisas att uppsatsens innehåll är tungt viktat mot brottmål eftersom det inte finns samma mängd material vad gäller förekomsten av bevismedel med oklart ursprung i tvistemål. Varför samma mängd material inte har påträffats avseende tvistemål är oklart. Det är tänkbart att frågan om bevismedlens ursprung inte har ställts på sin spets i tvistemål på samma sätt som i brottmål eftersom beviskravet i tvistemål är lägre.¹³ Likväl bör frågan om bevismedlens ursprung vara av betydelse även för tvistemål. De slutsatser som i uppsatsen har dragits om bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung i tvistemål har däremot betydligt svagare stöd jämfört med brottmål.

1.5 Forskningsläge

Frågor om bevisningens ursprung har behandlats sparsmakat i den juridiska doktrinen. Ett undantag till detta är docenten Ulf Lundqvist som har givit ut flera böcker på temat bevisförbud.¹⁴ Hans alster behandlar främst bevisprövningen av bevismedel med olagligt ursprung vilket också har varit huvudfokus för den juridiska debatten på området. Gällande den betydelse som Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) och Europadomstolens praxis har för bevisprövningen i Sverige finns det sammantaget en hel del skrivet. Framträdande författare i dessa sammanhang utgörs bland annat av Hans

¹² Jfr. Axberger m.fl. (2007), på s. 174.

¹³ Se kap. 2.4.4.

¹⁴ Se exempelvis Lundqvist, (2015).

Danelius och Ulf Lundqvist.¹⁵ Forskningsläget avseende bevisning med oklart ursprung är desto mindre klart. Uppsatsen är i det avseendet ämnad att i bästa fall bidra till att täppa till den luckan eller att i varje fall lyfta och diskutera frågan.

1.6 Teoretiska utgångspunkter – vad innebär ett oklart ursprung?

Med bevismedel med oklart ursprung avses ett bevismedel av i princip vilken typ som helst. Med ursprung åsyftas var bevismedlet kommer ifrån och hur det har hanterats innan det når rättssalen. Det kan exempelvis röra sig bevismedel med en okänd källa, såsom anonyma vittnesmål, eller andra bevismedel med en okänd upphovsman. Det kan vidare röra sig om bevismedel som har anskaffats under oklara förhållanden. Härvid kan nämnas EncroChat-fallen där bevismedel har anskaffats utan att metoden för bevisanskaffningen har röjts. Det kan också nämnas så kallad överskottsinformation som utgörs av information som inhämtats genom avlyssning av personer som saknar ett direkt samband med det brott som föranlett tvångsåtgärden. Avlyssningarna kan såsom bevismedel innehålla information om okända personer i okända sammanhang.¹⁶ Gemensamt för ovan nämnda bevismedel är att deras ursprung på olika sätt är okänt för domstolen och att denna oklarhet kan och bör få betydelse för bevisprövningen.

Från bevismedel med oklart ursprung ska skiljas bevismedel som har anskaffats i strid med lag eller utan positivt lagstöd. Vid bedömningen av sådana bevismedel bör bevismedlets ursprung vara utrett. Bevisprövningen av sådana bevismedel har behandlats till den del den har relevans för uppsatsens problemformulering.

Som tidigare har nämnts anser jag att bevismedlens ursprung är viktigt att beakta inom ramen för den fria bevisprövningen för att bland annat kunna kritiskt granska ett bevismedels bevisvärde. Debatten i kölvattnet av de så kallade EncroChat-fallen kan vidare tänkas göra frågan högaktuell. När ett bevismedels ursprung är oklart kan det också leda till att det, förutom bevisvärderingsfrågor, även aktualiseras andra frågor som domstolen har att ta ställning till. Exempelvis försvårar bristen på information om bevismedlens ursprung möjligheten för motparten att bedöma vilka invändningar som kan riktas mot bevismedlet. Förekomsten av bevismedel med oklart ursprung i

¹⁵ Se exempelvis Danelius (2015).

¹⁶ Jfr kap. 3.3.

processen aktualiserar i det avseendet frågor om kontradiktion och möjligheten för motparten att föra sin talan. Därtill aktualiseras enligt min mening även en rättspolitisk diskussion om bevismedlens hantering i rättsprocessen och huruvida bevisprövningen av dessa bevismedel kan medföra brister i rättssäkerheten.

1.7 Disposition

I uppsatsens andra kapitel avhandlas bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung i gällande rätt. Detta är ett omfångsrikt kapitel som inleds med en redogörelse för grundläggande bevisregler och principer samt de reglerade bevismedlen. Därefter behandlas rättens möjligheter att avvisa bevisning och den fria bevisprövningens förhållande till EKMR och Europadomstolens praxis. Sedan presenteras bevisvärderingen av olika slags bevismedel med oklart ursprung och därtill närliggande frågor som kan aktualiseras vid bevisvärderingen. Det andra kapitlet är inte strikt beskrivande av gällande rätt utan innehåller löpande analyser och viktiga slutsatser om bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung. Uppsatsens tredje kapitel innehåller den rättsfallsanalys av underrättsfall som har genomförts. Det fjärde och avslutande kapitlet innehåller den rättspolitiska diskussionen om hur bevismedel med oklart ursprung bör hanteras.

2 Bevismedel med oklart ursprung i gällande rätt

2.1 Bakgrund till regleringen

Svenska domstolar har historiskt tillämpat en så kallad legal bevisteori. Typiskt för den legala bevisteorin är att den resulterar i bevisregler som dels anger vilka typer av bevis som får användas i en process, dels hur domstolen ska sedan ska värdera dessa bevis. Vad gäller bevisvärderingen har i äldre tid exempelvis två samstämmiga vittnen regelmässigt räknats som ett fullt bevis och en fällande dom har inte fått meddelas utan ett erkännande eller vittnen.¹⁷ I doktrin har det dock diskuterats hur strikt svenska domstolar verkligen tillämpade dessa och dylika bevisregler. I praxis från 1800-talet och framåt har det exempelvis gått att observera exempel på domare som tillåtits att pröva bevisningen fritt.¹⁸

Det formella startskottet för den fria bevisprövningen blev 1942 års processreform.¹⁹ Den fria bevisprövningen är sedan dess uttryckt i 35 kap. 1 § RB med formuleringen ”Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat”. Det huvudsakliga syftet med övergången till fri bevisprövning var att öka förutsättningarna för materiellt riktiga domar. Domstolarna skulle få möjlighet att göra en sammanvägd och nyanserad bedömning av all bevisning som har förekommit i det enskilda fallet.²⁰

Den fria bevisprövningen kan sägas stå på två ben. Den innebär dels att parterna kan lägga fram i stort sett vilken bevisning som helst (principen om fri bevisföring), dels att domstolen i princip fritt kan avgöra vilket bevisvärde som ska tillskrivas den bevisning som har lagts fram (principen om fri bevisvärdering).²¹ Utgångspunkten är därmed att part kan lägga fram den bevisning den vill och att domstolen sedan har till uppgift att utifrån all den framlagda bevisningen avgöra vad som är bevisat inom ramen för den aktuella processen. Hur pass fri bevisprövningen egentligen är har kommit att diskuteras i doktrinen.²² Det är naturligtvis inte heller så att det helt saknas regler, rättsprinciper eller praxis som är relevanta för bevisprövningen. I det

¹⁷ Dereborg (1990), på s. 9 och 67.

¹⁸ Dereborg (1990), på s. 63–64.

¹⁹ Dereborg (1990), på s. 7.

²⁰ Se SOU 1938:44 del II, på s. 376 f.

²¹ Ekelöf, Edelstam & Heuman, (2009), på s. 26.

²² Se exempelvis Lundqvist, (1998) och Ahlstrand (2002), på s. 546–547.

här kapitlet redogörs därför för de rättskällor som är av relevans för frågan om bevismedlens ursprung och dess påverkan på bevisprövningen.

2.2 Grundläggande utgångspunkter

När man talar om bevisning talar man oftast om olika bevismedel. I 36 – 40 kap. RB anges och regleras de vanligaste bevismedlen i form av vittnen, part, skriftliga bevis, syn och sakkunniga i ett respektive kapitel. Eftersom regleringen i rättegångsbalken inte är uttömmande förekommer även andra typer av bevismedel. De flesta handlingar som åberopas av part betecknas i praxis som skriftliga bevis men i RB:s mening syftar begreppet särskilt på sådana skriftliga handlingar som genom sitt innehåll har betydelse som bevis i rättegången. Kartor, fotografier, ritningar och andra liknande alster utgör inte sådana skriftliga handlingar.²³ De bevismedel som behandlas i uppsatsens rättsfallsanalys betecknas generellt som skriftliga bevis.²⁴

De bevismedel som åberopas i en domstolsprocess ska anges redan i stämningsansökan. Av stämningsansökan ska det även framgå vad som ska styrkas med varje bevismedel, det vill säga vilket *bevistema* som bevismedlet avser.²⁵ Bevistemålet ska vara kopplat till det konkreta rättsfaktum som är relevant för saken. Ett *rättsfaktum* är en omständighet av rättslig relevans. Ekelöf har beskrivit rättsfaktum som en omständighet som, när den är styrkt, leder till en viss rättsföljd.²⁶ En rättsregels rekvisit utgör så kallade *abstrakta rättsfakta*, medan de faktiska omständigheter som beskriver gärningen som exempelvis den tilltalade påstås ha utfört utgör så kallade *konkreta rättsfakta*. Skolboksexemplet i sammanhanget är 3 kap. 1 § brottsbalken (BrB) som stadgar att den som berövar annan livet ska dömas för mord. Regelns abstrakta rättsfakta är rekvisiten ”den som berövar annan livet” medan den tilltalades gärningar som uppfyller rekvisitet utgör konkreta rättsfaktum. I doktrin har det anförts att det inom straffrätten egentligen alltid är fråga om kumulativa rekvisit eftersom gärningsmannskapet och det så kallade subjektiva rekvisitet, det vill säga uppsåt alternativt oaktsamhet, alltid måste styrkas.²⁷

När ursprunget till ett bevismedel är okänt är det tänkbart att det får vissa implikationer för domstolens värdering av bevismedlet. Ett bevismedels innehåll brukar benämnas som *bevisfakta* vars syfte är att bevisa eller

²³ Nordh (2019), på s. 103.

²⁴ Se t.ex. Attunda tingsrätt dom den 22 februari 2021 i mål B 10010–20.

²⁵ 42 kap. 2 § respektive 45 kap 4 § RB.

²⁶ Ekelöf (1990), på s. 32.

²⁷ Schelin (2007), på s. 42.

motbevisa att ett visst konkret rättsfaktum föreligger. Exempelvis utgör ett vittnes berättelse om att vittnet exempelvis har sett den tilltalade i anslutning till brottsplatsen utgör ett sådant bevisfaktum.²⁸ Om ursprunget till vittnets berättelse är oklart, exempelvis på grund av att han vill förbli anonym, bör hans berättelse och de bevisfakta den innehåller kunna ifrågasättas. Implikationen av det kan bli att bevismedlet inte längre anses bevisa att ett visst rättsfaktum föreligger.

Utgångspunkten i både tvistemål och brottmål är att det ankommer på parterna att inkomma med bevisning.²⁹ I brottmål som hör under allmänt åtal och i indispositiva tvistemål kan rätten självant föranstalta om att ta upp bevisning. Att domstolen kan göra detta innebär dock inte att den ska eller ens bör delta i bevisanskaffningen. I praxis har det ansetts att denna möjlighet endast under mycket speciella förhållanden ska utgöra en skyldighet.³⁰ Om rätten i alltför stor utsträckning engagerar sig i bevisanskaffningen löper den risk att förlora sin objektivitet i bevisvärderingen.³¹ I doktrin har det därför argumenterats för att domstolens efterforskande verksamhet i princip är begränsad till att bedöma den framlagda bevisningens bevisvärde.³² Domstolens möjligheter att på eget bevåg göra närmare efterforskningar i ett visst bevismedels ursprung bör därför i normalfallet vara begränsade.

2.3 Grundläggande principer och reglerade bevismedel

De grundläggande principer som styr rättsprocessen generellt är också av betydelse för bevisprövningen. Av omedelbarhetsprincipen följer att bevisning som huvudregel ska upptas under huvudförhandlingen.³³ Denna princip hänger även ihop med muntlighetsprincipen, vilken innebär att all bevisning som huvudregel ska läggas fram muntligen vid huvudförhandling. Av koncentrationsprincipen, uttryckt i 43 kap. 11 § RB för tvistemål och 46 kap. 11 § RB för brottmål, följer att ett mål som utgångspunkt ska ske utan avbrott. Detta antas skapa de bästa förutsättningarna för en välavvägd bevisvärdering eftersom hela bevismaterialet samlat kan överblickas och värderas samtidigt.³⁴ 35 kap. 14 § RB ger vidare uttryck för principen om det bästa bevismaterialet. Även om rätten har att bedöma all bevisning som

²⁸ Jfr. Ekelöf (1990), på s. 40.

²⁹ 35 kap. 6 § RB.

³⁰ Jfr. NJA 2006 s. 457.

³¹ Fitger m.fl., kommentaren till 35 kap 6 § RB (JUNO) 2021-10-26.

³² Se exv. Bylund (1993), på s. 213.

³³ Jfr. 20 kap. 2 § RB och 35 kap. 8 § RB.

³⁴ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009), s. 27 f.

förebragts i målet medför denna princip att rätten vid val mellan olika bevismedel ska välja det ”bästa”. Exempelvis ska ett vittnesmål avläggas muntligen istället för att vittnet skriver ner sina iakttagelser i en skriftlig vittnesberättelse. Skriftliga vittnesattester regleras särskilt i 35 kap. 14 § RB. Dessa får åberopas endast om det är särskilt föreskrivet, om förhör med vittnet inte kan hållas vid eller utom huvudförhandling eller inför rätten i övrigt, eller om det finns särskilda skäl. I tvistemål får skriftliga vittnesattester alltid åberopas om det inte är uppenbart olämpligt samt om båda parterna godtar det.³⁵ Möjligheten att avlägga skriftliga vittnesattester får dock anses vara relativt begränsad och utgör ett undantag från de principer som har nämnts ovan.

I äldre praxis ansågs det vara allmänt känt att skriftligen skriftliga vittnesattester sällan var tillförlitliga och att de av den anledningen hade ringa bevisvärde.³⁶ En anledning till att de skriftliga vittnesattesterna typiskt sett är mindre tillförlitliga är att dess ursprung är delvis oklart. Det kan helt enkelt vara svårt att säkerställa vem det är som har lämnat uppgifterna och under vilka omständigheter som uppgifterna har lämnats. När det gäller de skriftliga vittnesattesterna har lagstiftaren i varje fall valt att ta till reglering. Undantagen från förbudet mot skriftliga vittnesattester är få och utgörs framför allt av fall då det helt enkelt är mycket svårt eller omöjligt att få uppgiftslämnaren att inkomma till rätten.³⁷ De flesta andra bevismedel saknar en motsvarande reglering avseende dess tillåtlighet. Om det vid prövningen av en annan typ av skriftligt bevis saknas information om bevismedlets ursprung delar bevismedlet emellertid flera av de svagheter som exempelvis de skriftliga vittnesattesterna är behäftade med. Vid avsaknad av särskild reglering ska de oreglerade bevismedlen som utgångspunkt prövas inom ramen för domstolens fria bevisprövning.

En besläktad fråga är huruvida det ska vara tillåtet att avlägga vittnesmål anonymt. Enligt den nu gällande regleringen tillåts inte vittnen att vittna anonymt i Sverige.³⁸ Motparten ska dessutom beredas möjlighet att bemöta vittnesmålet genom att bland annat ställa motfrågor.³⁹ Om det trots denna reglering har avlagts ett anonymt vittnesmål är det dock sannolikt att vittnesmålet får läggas fram inför domstolen och bevisvärderas. I RH 2001:71 ställdes Göta hovrätt inför frågan om hur ett avlagt anonymt vittnesmål skulle hanteras. I fallet misstänktes tre intagna på Tidaholmsanstalten för att ha stuckit ner en annan intagen person. Inledningsvis fanns det endast en person

³⁵ Jfr 35 kap. 14 § och Nordh, (2019), *Bevisrätt A*, på s. 34.

³⁶ Jfr. NJA II 1943 s. 457.

³⁷ Jfr. 35 kap. 14 § RB.

³⁸ Se 36 kap. 10 § RB e contrario.

³⁹ 36 kap. 18 § 2 st. RB.

som ville vittna och då under förutsättning att han fick förbli anonym. Under förundersökningen arrangerades det ett förhör med vittnet i tingsrätten där vittnet fick sitta bakom en skärm. Vittnet kunde under förhöret iaktas av domaren men var dold för de tilltalade och deras försvarare. I rättens protokoll betecknades förhöret som en bevisupptagning och det anonyma vittnets iakttagelser skrevs ner. Efter att förhöret hade hållits framträdde ett ytterligare vittne som var villig att vittna inför domstolen i vanlig ordning. Åtalet väcktes sedan med stöd av bland annat detta nya vittnesmål. Frågan var hur domstolen skulle hantera det nedtecknade vittnesmålet från det anonyma vittnet.

Tingsrätten beslöt att avvisa det anonyma vittnets utsaga med hänvisning till att det inte är tillåtet att avge anonyma vittnesmål. Göta Hovrätt var emellertid av en annan uppfattning. Hovrätten bedömde att vittnesmålet inte kunde avvisas trots att det inte hade tagits upp enligt RB:s regler och att det skulle bedömas inom ramen för rättens fria bevisprövning. Domstolen anförde att vittnesmålet inte kunde avvisas eftersom det inte gick att utesluta att vittnesmålet skulle få någon betydelse för prövningen i målet även om bevisvärdet i och för sig var mycket lågt.⁴⁰ En förutsättning för att bevismedlet skulle få användas var dock att det utgjorde det bästa bevismedlet i enlighet med RB:s grundläggande principer. Det anonyma vittnet kunde inte anträffas eftersom han befann sig utomlands på okänd ort. Hans nedtecknade utsaga bedömdes därför utgöra det bästa bevismedlet varför det skulle tillåtas.

2.4 Sakkunnigbevisning

Ett undantag från förbudet mot användningen av skriftliga vittnesattester avser situationer då det är särskilt föreskrivet.⁴¹ Sakkunnigutlåtanden tillhör den kategorin. Frågan om hur ett bevis egentligen har skapats aktualiseras inte sällan när en part åberopar en sakkunnig till stöd för sin talan. Det är inte bara i brottmål såsom EncroChat som de omständigheter som domstolen har att bedöma har blivit mer tekniskt komplicerade. I doktrin har det betraktats som närmast en truism att påstå att dagens samhällen blir mer och mer komplicerade. I och med utvecklingen inom teknik, medicin och andra vetenskaper som kan vara relevanta för utredningen av ett mål ligger det nära till hands att påstå att även rättsprocessen blir mer komplex. En sakkunnig kan på så sätt vara behjälplig i att underlätta handläggningen av ett komplicerat mål. En fördel som i doktrin brukar tillskrivas

⁴⁰ Jfr. Göta hovrätt, beslut den 13 juni 2001 i mål B 525–01 och Ahlstrand (2002), på s. 547.

⁴¹ 35 kap 14 § 1 p.

sakkunnigbevisning är därför att den kan bidra till att skapa materiellt riktiga domar.⁴²

Sakkunniga figurerar i formerna partssakkunnig, som regleras i 40 kap. 19 § RB, och domstolssakkunnig, vilket regleras i 40 kap. 1 § RB. Vad gäller brottmål får en förundersökningsledare inhämta yttranden från sakkunniga i enlighet med 23 kap. 14 § RB. Denne betraktas då som en partssakkunnig. Det är vanligt förekommande att åklagare eller polis utnyttjar möjligheten till att anlita partssakkunniga under förundersökningen samt att sakkunnigbevisning åberopas redan i stämningsansökan.⁴³ Även den misstänkte eller dennes försvarare har rätt att anlita en partssakkunnig. Denna har enligt 23 kap. 18 § 1 p. RB rätt att fortlöpande få ta del av vad som har framkommit under förundersökningen samt att ange vilka eventuella ytterligare utredningar som anses önskvärda. Åklagaren har dock möjlighet att hemlighålla bevismedels ursprung under förundersökningen för att exempelvis skydda en utsatt källa.⁴⁴

En sakkunnig kan ge upphov till två typer av alster som kan vara av betydelse för rättens prövning av målet. Dels kan en sakkunnig uttala sig om eventuella iakttagelser som den har gjort, dels om förekomsten av fakta relaterat till sitt expertisområde. Dessa alster måste sedan bevisvärderas i förhållande till det aktuella bevisstatet. Rätten är inte formellt sett bunden av ett sakkunnigutlåtande till följd av den fria bevisprövningen. Detta borde gälla såväl iakttagelser som redovisning av fakta.⁴⁵

I doktrin har det anförts att domstolen i praktiken är förhållandevis bunden av ett sakkunnigutlåtande. Anledningen till detta anses vara att det är svårt för domstolen att på egen hand uttala sig om sanningshalten i ett sakkunnigutlåtande då de områden som sakkunniga uttalar sig om är ofta tekniskt komplicerade. Rätten har förvisso möjlighet att i vissa fall kalla en domstolssakkunnig, vilka typiskt sett anses vara mer opartiska än partssakkunniga och att de därför bör anses ha ett högre bevisvärde⁴⁶, men det är betydligt mer vanligt förekommande med partssakkunniga. Anledningen till det är troligtvis att parten redan på förhand har en uppfattning om vad den utsedda partssakkunniga kommer att förmedla till rätten, eller att parten redan innan rättegången har varit i kontakt med den sakkunnige för att få ett utlåtande.⁴⁷ Med anledning av detta är det viktigt att ursprunget till sakkunniguppdraget utreds. Ett förekommande problem när

⁴² Edelstam (1991), på s. 24–25.

⁴³ Edelstam (1991), på s. 25.

⁴⁴ Jfr. Kronquist (2013), på s. 130.

⁴⁵ Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009), på s. 185.

⁴⁶ Edelstam (1991), på s. 379–380.

⁴⁷ Edelstam (1991), på s. 235–236.

exempelvis båda parterna har anlitat partssakkunniga är att deras utlåtanden blir motstridiga. När domstolen har att utröna vad som egentligen är sant är det därför viktigt att utreda vilka instruktioner som de sakkunniga egentligen har fått när de har anlitats. I en utredning om vilka instruktioner sakkunniga fått vid dess anlitande utreds bevismedlets (sakkunnigutlåtandets) ursprung.

Av 40 kap 7 § 3 st. RB följer att ett sakkunnigutlåtande ska ange de skäl och omständigheter på vilka omdömet är grundat. Detta bör innebära att utlåtandet ska innehålla de iakttagelser som den sakkunnige har gjort, vilka erfarenhetssatser som har tillämpats och hur säker den sakkunnige är på sin sak.⁴⁸ Den sakkunnige bör exempelvis tydligt redovisa vad i utlåtandet som utgör uppskattningar och vad som är grunderna för uppskattningen.⁴⁹

Det är inte uttryckligen stadgat i RB:s regler att en sakkunnig är skyldig att uttala sig om uppkomstbetingelserna för uppdraget och de instruktioner som getts. Det kan möjligtvis argumenteras för att ursprunget till sakkunniguppdraget är så pass centralt för bedömningen av innehållet i ett sakkunnigutlåtande att det kan anses falla inom ramen för 40 kap 7 § 3 st. RB och att den sakkunniga därmed behöver ange ursprunget. Om en sakkunnig inte kan redogöra för grunderna för sakkunniguppdraget, och därmed för ursprunget till utlåtandet, saknas dock ledning i lagstiftningen för hur rätten ska hantera situationen.

Ett undantag är jävsregeln i 40 kap. 2 § RB som stadgar att en jävig person inte får vara sakkunnig. Den sakkunnige bör därför åtminstone kunna redogöra för relevanta omständigheter för frågan om jäv. Detta gäller både för parts- och domstolssakkunniga. Om en domstol exempelvis förordar om en sakkunnig som redan är involverad i ärendet på något sätt kan det kontradiktoriska förfarandet sättas ur spel.⁵⁰

Eftersom sakkunnigbevisning precis som all annan bevisning ska prövas med en fri bevisprövning kan avsaknaden av information om utlåtandets ursprung helt enkelt vara en faktor som påverkar bevisvärdet. Om den sakkunnige inte kan redogöra för eventuella instruktioner för uppdraget eller för andra omständigheter som är av betydelse bör den sakkunniges utlåtanden enligt min uppfattning generellt anses stå på osäker grund ur bevisvärderingssynpunkt.

⁴⁸ Edelstam (1991), på s. 311–314.

⁴⁹ Se JO 1988/89 s. 154.

⁵⁰ Se exv. *Bönisch mot Österrike*.

2.5 Kontradiktion

En central brist som präglar bevismedel med oklart ursprung är som tidigare har nämnts att motparten kan få svårigheter med att bemöta den framlagda bevisningen. Gällande skriftliga vittnesattester består exempelvis bristen i avsaknaden av möjligheter att ställa motfrågor och avläsa uppgiftslämnarens reaktioner på motfrågorna. Liknande brister bör enligt min uppfattning aktualiseras oavsett vilken typ av bevismedel det rör sig om när dess ursprung är oklart.

Kontradiktionsprincipen som härvid kan aktualiseras anses vanligen ha en stark ställning i svensk rätt. Ursprunget till denna starka ställning brukar tillskrivas kraven på muntlighet och omedelbarhet som råder i rättsprocessen. Det anses vara en viktig förutsättning för en rättvis rättegång att hela processmaterialet tillgängliggörs båda parterna. På så sätt får parterna möjlighet att bemöta de uppgifter och bevismedel som åberopats emot dem.⁵¹ Högsta domstolen har exempelvis uttalat att det utgör ett rättegångsfel att helt eller till större delen grunda en fällande dom på bevismedel som den tilltalade inte har haft möjlighet att bemöta. I det aktuella fallet utgjorde polisförhör med målsäganden huvudbevisning. Målsäganden hade emellertid inte kunnat höras vid huvudförhandlingen och den tilltalade hade inte heller tidigare i processen fått möjlighet att hålla motförhör.⁵² Rättsfallet ger enligt min mening uttryck för den relativt starka ställningen som kontradiktionsprincipen har i svensk rätt. Med det sagt går det givetvis inte att påstå att bristfällig kontradiktion alltid utgör ett rättegångsfel. Kontradiktionsprincipen kan däremot sägas uppställa ett krav på att motparten åtminstone behöver kunna ta del av bevisningen och få tillfälle att bemöta den. När det gäller bevisning med oklart ursprung går det att argumentera för att bevisningen går att bemöta åtminstone till viss del. Frågan är om kontradiktionsprincipen kräver att hela bevismaterialet inklusive dess ursprung tillgängliggörs för motparten.

Frågan om bevisprövningen av bevisning med oklart ursprung behandlades i NJA 1998 s. 204. I målet stod en person åtalad för mordbrand och en videoinspelning som sades visa gärningspersonen i anslutning till brandplatsen vid tiden för branden hade åberopats som bevisning. Videoinspelningen hade överlämnats av en anonym person och var en kopia av en originalinspelning. Omständigheterna vid originalinspelningens tillkomst var okända för domstolen. Hovrätten bedömde att videoinspelningen inte kunde läggas till grund för fällande dom med

⁵¹ Danelius (2015), på s. 202 f.

⁵² NJA 1992 s. 532.

hänvisning till bland annat kontradiktionsprincipen. Hovrätten påtalade att försvaret inte hade haft möjlighet att ställa kontrollfrågor om hur inspelningen hade gått till och att det dessutom saknades uppgifter om vem som hade spelat in videon. Det rådde därför en sådan avsevärd osäkerhet avseende inspelningens bevisvärde att den inte kunde läggas till grund för fällande dom. Högsta domstolen dock inte att denna brist innebar något hinder mot att inspelningen skulle kunna åberopas som bevis. Däremot ansågs oklarheter vid tillkomsten av inspelningen påverka vilka slutsatser som kunde dras av den vid bevisvärderingen. En sakkunnig hade åberopats för att uttala sig om huruvida kopian var manipulerad på något sätt. Eftersom originalet fanns tillgängligt kunde den sakkunnige utesluta att manipulation hade skett. Däremot var den sakkunnige mer försiktig med att uttala sig om äktheten i originalet.

Gällande bevismedlet i relation till kontradiktionsprincipen uttalade Högsta domstolen att ett förebringande av bevismedel med oklart ursprung inte nödvändigtvis medför att rättegången inte uppfyller det kontradiktoriska förfarandet om bevismedlet i fråga vinner stöd av annan utredning i målet. Om man tillåter sig att tolka uttalandet e contrario innebär det att Högsta domstolen anser att det krävs någon form av kompletterande bevisning i dessa fall. Om annan bevisning saknas synes Högsta domstolen anse att rättegången inte uppfyller de krav på rättvis rättegång som finns i art. 6 EKMR. I det aktuella fallet fanns viss annan bevisning i form av bland annat vittnesutsagor. Högsta domstolen bedömde dock att den omständighet att bevisningen hade framkallats under oklara former behövde tas i beaktande vid bedömningen av bevismedlets bevisvärde. När Högsta domstolen sedan värderade beviset innebar inte omständigheten att inspelningen var oklart framkallad i sig att bevismedlet per automatik fick ett lägre bevisvärde. Det centrala för Högsta domstolens bedömning var istället huruvida oklarheterna vid framkallandet fick några konsekvenser för bevismedlets bevisfakta. Högsta domstolen verkar härvid ha tagit fasta på att den sakkunnige inte med säkerhet kunnat uttala sig om äktheten i originalkopian. Högsta domstolen ansåg att bevisningen sammantaget inte var tillräcklig för fällande dom i det här fallet.

2.6 Avvisning och bevisförbud

2.6.1 Allmänt om avvisning

Parterna har i svensk rätt möjlighet att inkomma med i stort sett vilka typer av bevismedel som helst – det finns endast ett fåtal så kallade bevisförbud och regler om användningen av specifika bevismedel. Det finns utöver reglerna för sakkunniga och skriftliga vittnesattester särskilda regler för vissa typer av

vittnen såsom minderåriga, personer som lider av psykiska störningar, närstående samt särskilda yrkesgrupper i 36 kap. 3–6 §§ RB. Dessa undantag ska dock inte behandlas något ytterligare. Begränsningar vad gäller användandet av specifika bevismedel är få och det saknas regler som uttryckligen anknyter till och begränsar bevismedels ursprung. Frågan om bevisförbud i samband med bevismedlets ursprung har emellertid behandlats i Högsta domstolen och Europadomstolens praxis. Rättsfallen har framför allt handlat om bevismedel som har anskaffats i strid med lag eller utan positivt lagstöd. I avgörandena görs det dock uttalanden om betydelsen av bevismedlens ursprung vilket gör dem intressanta för uppsatsen.

Det förekommer att parter begär att domstolen avvisar ett bevismedel med hänvisning till dess ursprung. Bevisning kan komma att avvisas av domstolen under de omständigheter som anges i 35 kap. 7 § RB. Bestämmelsen är tillämplig på alla slags mål och alla slags bevis.⁵³ Domstolen får avvisa bevisning om (1) den omständighet som en part vill bevisa är utan betydelse i målet, (2) om beviset inte behövs, (3) om beviset uppenbart skulle bli utan verkan, (4) om bevisningen med avsevärt mindre besvär eller kostnad kan föras på annat sätt eller (5) om beviset trots rimliga ansträngningar inte kan tas upp och avgörandet inte bör fördröjas ytterligare. Värt att notera är att bestämmelsen inte ger uttryck för att domstolen får avvisa bevisning enbart mot bakgrund av dess ursprung. Avvisning av bevisning motiveras istället av bland annat processekonomiska skäl och av parts rätt att få sin sak prövad inom skälig tid.⁵⁴ Bestämmelsen har även ett samband med 35 kap. 2 § RB som anger att parterna inte behöver föra bevisning om allmänt veterliga omständigheter eller om innehållet i den svenska lagen.

De första tre punkterna, som samtliga har att göra med överflödig bevisning, har ett samband med bestämmelserna i 43 kap. 4 § 2 st. RB och 46 kap. 4 § 2 st. RB som stadgar att inget onödigt ska dras in i målet. Detta samband bör ge uttryck för att frågan om avvisning ska beaktas ex officio av domstolen. Det kan emellertid uppstå svårigheter för domstolen att på förhand uttala sig om huruvida ett visst bevis är att anse som överflödigt. Sådana svårigheter kan inte minst aktualiseras vid en tillämpning av den tredje punkten, det vill säga om beviset uppenbart skulle bli utan verkan. För att bevisning ska avvisas med stöd av tredje punkten erfordras att det ska vara uppenbart att beviset inte kan förändra det totala bevisvärdet avseende ett visst bevisstema.⁵⁵ Eftersom det är svårt för domstolen att på förhand dra sådana slutsatser om

⁵³ Fitger m.fl., kommentaren till 35 kap 7 § RB (JUNO) hämtad 20-09-21.

⁵⁴ Se Prop. 2004/05:131 s. 159.

⁵⁵ Fitger m.fl., kommentaren till 35 kap 7 § RB (JUNO), hämtad 20-09-21.

ett visst bevis har det ansetts att försiktighet bör iaktas vid tillämpning av framför allt tredje punkten.⁵⁶

Av praxis framgår även att det anses vara en grundläggande princip för rättegången att domstolen inte fattar ståndpunkt i en sakfråga innan allt material har förebragts i målet.⁵⁷ De första tre punkterna i bestämmelsen om avvisning kan därmed anses utgöra ett avsteg från den principen.⁵⁸ I doktrin har det argumenterats för att en följd av ovan nämnda princip är att domstolen som utgångspunkt inte på förhand får granska åberopad bevisning samt att domstolen, om så ändå sker, inte bör göra några mer djupgående analyser av bevisningen.⁵⁹ I doktrin har det vidare anförts att det för frågan om avvisning är avgörande hur pass klart domstolen kan konstatera att rekvisiten i någon av de tre första punkterna är uppfyllt samt att parterna inte har något att tillfoga. Även om endast den tredje punkten innehåller ett uppenbarhetskrav bör det inte få råda någon tveksamhet från domstolens sida vad gäller bevisets möjlighet att tillföra något till rättegången.⁶⁰

Det är förmodligen endast den tredje punkten, om bevismedlet uppenbart skulle bli utan verkan, som kan komma att aktualiseras gällande möjligheterna att avvisa bevisning med hänvisning till att dess ursprung är oklart. För att bevisning ska avvisas på denna grund ska bevismedlet på grund av oklarheterna avseende dess ursprung anses ha ett i princip obefintligt bevisvärde. Detta måste dessutom vara uppenbart. Eftersom domstolen har att väga all den samlade bevisningen är det vidare tänkbart att den bevisning som begärs avvisad kan vinna styrka av övrig bevisning som framgår i målet. Hur domstolen ska kunna göra ett sådant ställningstagande innan överläggning har skett är svårt att föreställa sig. Möjligheterna för domstolen att avvisa bevisning med hänvisning till oklarheter avseende bevismedlets ursprung bör därför vara mycket små inom ramen för RB:s regler.

2.6.2 EKMR och rätten till en rättvis rättegång

Europadomstolen har i flera fall som har gällt bevisanskaffning och avvisning angett att det i första hand är upp till den nationella rättsordningen att avgöra frågor om tillåtligheten av bevismedel.⁶¹ Lundqvist har dock påpekat att det i formuleringen ”i första hand” inbegrips att Europadomstolen ändå anser sig

⁵⁶ Jfr. JO 1980/81, på s. 57.

⁵⁷ Se NJA 1982 s. 175.

⁵⁸ Fitger m.fl., kommentaren till 35 kap 7 § (JUNO), hämtad 20-09-21.

⁵⁹ Westberg (2010), på s. 623.

⁶⁰ Jfr. NJA II 1943 s. 451.

⁶¹ Se exv. *P.G. & J.H. mot The United Kingdom* och *Ibrahim and others mot Förenade Konungariket*.

ha visst inflytande.⁶² Utöver det rent semantiska är det tänkbart att Lundqvist gör en viktig poäng i detta påpekande. Europadomstolen har varit tydliga med att bevismedel som anskaffas i strid mot förbudet mot tortyr och kränkande behandling i art. 3 EKMR inte får läggas fram inför domstolen.⁶³ Detsamma har ansetts gälla fall där bevismedel har anskaffats genom brottsprovokation.⁶⁴ Rätten till rättvis rättegång har i dessa fall ansetts kränkt på ett oåterkalleligt sätt. Följden av det har varit att det har ansetts föreligga en bristande materiell straffbarhetsbetingelse. Åtal ska i dessa fall egentligen inte väckas och om så ändå har skett ska domstolen lämna åtalet utan bifall. Dessa fall väcker frågan om huruvida bevisprovningen av bevismedel med oklart ursprung faller inom Europadomstolens inflytande.

En grundläggande utgångspunkt för den svenska rättsprocessen är rätten till en rättvis rättegång som följer av 2 kap 11 § 2 st. regeringsformen (RF), art. 47–48 i Europeiska unionens stadga samt art. 6 EKMR. Den svenska grundlagen har inte ansetts ge något klart svar på hur rätten till rättvis rättegång i grundlagens mening förhåller sig till bevismedelsanvändning.⁶⁵

När ursprunget av ett visst bevismedel har väckt frågor om bevismedlets förenlighet med rätten till en rättvis rättegång har bedömningen istället gjorts i förhållande till art. 6 EKMR.⁶⁶ Av art. 6.1 EKMR följer att var och en, vid provningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, är berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättas enligt lag. Art. 6.2 innehåller en misstänkts rätt att tåga och anses också uttrycka oskuldspresumtionen, det vill säga att den som anklagas för brott ska betraktas vara oskyldig till dess dennes skuld har fastställts enligt lag. De rättigheter som följer av artikel 6 EKMR inträder när någon anklagas för brott. Av praxis från Europadomstolen följer att en person anses anklagad för brott redan när personen har gripits på grund av misstanke om brott. En person som anklagas för brott ska vidare informeras om sina rättigheter enligt konventionen.⁶⁷ Av art. 6.3 följer även en uppsättning så kallade minimirättigheter. Den som anklagas för brott har enligt dessa minimirättigheter bland annat rätt till en försvarare samt rätt till kontradiktion i rättsprocessen. Dessa minimirättigheter har i doktrin ansetts utgöra särskilt viktiga aspekter av rätten till en rättvis rättegång.⁶⁸ Frågan är vilken roll

⁶² Lundqvist (1998), på s. 60.

⁶³ Se exv *Gäfgen mot Tyskland*, p. 24.

⁶⁴ Se NJA 2007 s. 1037.

⁶⁵ Lundqvist (1998), på s. 73.

⁶⁶ Se exv. NJA 2021 s. 286 ”Kroppskamerainspelningen”.

⁶⁷ Se exv. Ibrahim and others *mot Förenade Konungariket*, p. 249.

⁶⁸ Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 5 uppl., s. 158.

bevisningen spelar för huruvida en rättegång har varit rättvis och hur en bedömning av huruvida rättegången varit rättvis egentligen ska göras.

Europadomstolen har uttalat att en bedömning av huruvida rätten till en rättvis rättegång har kränkts ska göras utifrån processen som helhet.⁶⁹ Det går därför inte att lyfta ut en enskild del av processen och mot bakgrund därav karaktärisera hela rättegången som orättvis. Hur en sådan helhetsbedömning ska göras är förhållandevis komplex. När det gäller bevisning som har anskaffats genom en rättighetskränkning har Europadomstolen i fallet *Ibrahim and Others*⁷⁰ listat flera faktorer som har betydelse för huruvida rättegången ska anses rättvis. De faktorer som tas upp är inte uttömmande men ger viss ledning om hur en sådan bedömning ska göras. Några av faktorerna anknyter till omständigheterna vid bevisanskaffningen såsom den tilltalades tillstånd vid förhör av den tilltalade samt huruvida omständigheterna ger anledning att ifrågasätta bevismedlets exakthet och tillförlitlighet. Andra faktorer har att göra med domstolens hantering av bevismedlet i processen. Det ska exempelvis beaktas huruvida bevismedlet utgjorde en integrerad eller betydande del av bevisningen i målet, om skuldfrågan avgörs av yrkesdomare eller lekmannadomare samt huruvida den tilltalade har kunnat begära avvisning.⁷¹

När det gäller just kränkningar av rätten till försvarare har Europadomstolen uttalat att det krävs tvingande skäl för att inskränka denna centrala rättighet. Tvingande skäl att inskränka grundläggande rättigheter utgörs exempelvis av skydd mot liv och hälsa samt för att skydda brottmålsförfarandet från akuta risker.⁷² Kravet på tvingande skäl ska vidare tolkas restriktivt.⁷³ Om det inte har förelagat tvingande skäl vid kränkningen talar det för att hela rättegången har varit orättvis. En övergripande bedömning av rättegången som helhet ska fortfarande göras, men det föreligger en presumtion för att rättegången har varit orättvis i sådana fall.⁷⁴

I andra fall från Europadomstolen har bedömningen av huruvida en rättegång varit rättvis baserats på en helhetsbedömning fast med fokus på andra faktorer. I fallet *Khan mot Förenade Konungariket*⁷⁵ hade bevismedel i form av hemlig avlyssning åberopats mot den tilltalade trots att det saknades positivt lagstöd för en sådan åtgärd. Europadomstolen bedömde att avlyssningen hade skett i strid mot rätten till privatliv i art. 8 EKMR.

⁶⁹ Se *Jalloh mot Tyskland*, p. 94.

⁷⁰ *Ibrahim and others mot Förenade Konungariket*.

⁷¹ Jfr. NJA 2021 s. 286.

⁷² *Ibrahim and others mot Förenade Konungariket*, p. 210.

⁷³ Se *Salduz mot Turkiet*, p. 55.

⁷⁴ *Ibrahim and others mot Förenade Konungariket*, p. 260–273.

⁷⁵ Se *Khan mot Förenade Konungariket*.

Avlyssningen utgjorde i praktiken det enda bevismedlet mot den tilltalade. Trots att det i allt väsentligt saknades andra bevismedel i målet ansåg Europadomstolen att det var godtagbart enligt art. 6 EKMR att den tilltalade fälldes. Europadomstolen framhöll vid en sammantagen bedömning att bevismedlet var starkt och tillförlitligt och att behovet av annan bevisning därför var mindre i motsvarande mån. Därutöver beaktades huruvida den tilltalade hade möjlighet att ifrågasätta äktheten av den upptagna avlyssningen.

2.6.3 NJA 2021 s. 286 ”Kroppskamerainspelningen”

NJA 2021 s. 286 kan sägas exemplifiera sambandet mellan art. 6 EKMR och bevisprövningen. Svea hovrätt hade i fallet beslutat att avvisa ett bevis i form av en polismans kroppskamerainspelning med stöd av 35 kap. 7 § 3 p. RB. Beviset hade åberopats för att styrka att den tilltalade, som var åtalad för grovt vapenbrott, hade lämnat uppgifter om vapnets beskaffenhet. Som skäl för avvsningsbeslutet angavs att inspelningen, som ägt rum medan den tilltalade fördes till arresten, hade skett utan den tilltalades vetskap. Den tilltalade hade inte heller informerats om sin rätt att inte uttala sig eller om sin rätt till försvarare. Domstolen menade att dessa omständigheter utgjorde sådana brister i de rättssäkerhetsgarantier som följer av bland annat Europakonventionen och RB att beviset uppenbart skulle bli utan verkan.⁷⁶ Den tilltalade frikändes från åtalet.

Frågan om bevisningens tillåtlighet prövades sedan av Högsta domstolen som kom fram till en helt annan slutsats. Högsta domstolen konstaterade inledningsvis att det inte följer av EKMR att bevisning måste avvisas enbart på grund av att den har införskaffats i strid med konventionen förutsatt att bevisningen inte har införskaffats i strid med förbudet mot tortyr och kränkande behandling i art. 3 EKMR. Tortyrförbudet kan anges som en slags yttre gräns för vilka alster av bevisanskaffning som ska tillåtas i en rättsprocess.⁷⁷ För att avvisa bevisning med stöd av 35 kap. 7 § 3 p. RB som hovrätten hade gjort krävs det som tidigare har nämnts att det står klart att beviset i princip helt kan fränkännas värde.⁷⁸ Hovrätten hade i det här fallet varken tagit del av all den inspelning som kom att avvisas eller övriga bevismedel som förekommit i målet. Eftersom hovrätten inte hade tagit del av bevisningen kunde den enligt Högsta domstolen inte göra bedömningen att inspelningen helt saknar bevisvärde enbart på den grunden att den

⁷⁶ Svea hovrätts beslut den 17 juni i mål B 4665–20.

⁷⁷ Jfr. *Ibrahim and others mot Förenade Konungariket*, p. 254.

⁷⁸ Jfr. NJA 2010 s. 151 p. 9 och NJA 2007 s. 547.

tilltalades rättigheter i och för sig hade kränkts under förundersökningen. Högsta domstolen påpekade dessutom att bevisvärderingen ska göras av all den samlade bevisningen i målet. Det gick därför inte att uttala sig om inspelningens bevisvärde på förhand. Målet återförvisades därför till hovrätten för förnyad prövning.⁷⁹

Högsta domstolen ansåg med andra ord inte att det finns ett sådant samband mellan 35 kap. 7 § 3 p. RB och EKMR att bevismedel som anskaffas i strid med EKMR helt ska fränkännas värde enbart med hänvisning till bevisanskaffningen. Vidare påpekade Högsta domstolen att bedömningen av huruvida en rättegång har varit rättvis måste göras utifrån rättegången i sin helhet.⁸⁰ Det går därför inte att dra slutsatsen att en rättegång har varit orättvis enbart med avseende på bevisanskaffningen utan att väga in övriga aspekter av rättegången.

Det behöver dock förtydligas att NJA 2021 s. 286 ”Kroppskamerainspelningen” inte behandlar oklarheter vid bevisanskaffningen utan avser olagligt anskaffad bevisning. I det här fallet var bevisanskaffningen i sig oförenlig med EKMR genom att den tilltalades rättigheter hade åsidosatts under förundersökningen. Jag menar dock att Högsta domstolens uttalanden är intressanta även för bevisprövningen av de bevismedel som har åtkommit på ett oklart sätt. Eftersom bevisning som har anskaffats i strid med EKMR tillåts i en svensk rättsprocess innebär det att även bevisning som skulle kunna ha anskaffats på ett sådant sätt bör tillåtas. Risken för att en bevisanskaffning är olaglig är därför av mindre betydelse för frågan om ett bevis med oklart ursprung bör tillåtas.

Även om bevisningens ursprung kan ifrågasättas ska bedömningen av huruvida rättegången varit rättvis bedömas utifrån hela processen. En ytterligare intressant aspekt av rättsfallet är de uttalanden som görs av Högsta domstolen kring själva bevisvärderingen av detta bevismedel. Som tidigare har nämnts leder kränkningar av rätten till försvarare till att det föreligger en presumtion för att rättegången i sin helhet har varit orättvis förutsatt att tvingande skäl föreligger. Högsta domstolen menade att denna presumtion innebär att de bevismedel som har anskaffats genom kränkningen inte får utgöra den avgörande bevisningen i en fällande dom.⁸¹ I sådana fall hade rättegången varit orättvis. Högsta domstolen gav med andra ord uttryck för att rätten till rättvis rättegång i EKMR kan ge upphov till en slags bevisregel. Högsta domstolen ansåg även att bevisets kvalitet och huruvida anskaffningen ger anledning att ifrågasätta bevisets tillförlitlighet eller

⁷⁹ NJA 2021 s. 286 ”Kroppskamerainspelningen”.

⁸⁰ NJA 2021 s. 286 ”Kroppskamerainspelningen”.

⁸¹ NJA 2021 s. 286 ”Kroppskamerainspelningen” p. 23 och 32.

exakthet också påverkar bedömningen av huruvida rättegången har varit rättvis.⁸² Det går därför att argumentera för att Högsta domstolen anser att rätten till rättvis rättegång enligt EKMR kan få viss inverkan på bevisprövningen. Det skall här påminnas om att den i fallet aktuella rättighetsinskränkningen var av allvarligt slag och att Högsta domstolens uttalande därför inte bör tolkas som en generell anvisning för bevisvärdering av bevis som har anskaffats under olagliga eller oklara förhållanden. Frågan är om åsidosättandet av andra centrala rättigheter i EKMR kan ha liknande konsekvenser och om bevishandlingen av bevisning med oklart ursprung kan påverkas på liknande sätt.

2.7 Relevanta principer från EKMR

2.7.1 Kontradiktion i EKMR

Minimirättigheterna och då särskilt rätten till kontradiktion är sannolikt den mest relevanta aspekten av rätten till rättvis rättegång i förhållande till oklarheter avseende bevismedlens ursprung. Kontradiktion i processen förutsätter som tidigare har nämnts att parterna har möjlighet att bemöta den bevisning som åberopas emot dem. Kontradiktionsprincipen är uttryckt i art. 6.3 EKMR genom att en part har rätt att åberopa egna vittnen samt att förhöra motpartens vittnen. Principen anses dock omfatta alla typer av bevismedel och inte bara vittnesberättelser.⁸³ När ursprunget till bevismedlet är oklart försämras denna möjlighet avsevärt.

Europadomstolen har uttalat att även de centrala delarna av rätten till rättvis rättegång i art. 6 EKMR inte är ändamål i sig själva. Syftet med artikelns innehåll är att bidra till en sammantaget rättvis rättegång.⁸⁴ Europadomstolen har i flera fall där uppgifter åberopats mot en tilltalad utan att uppgiftslämnaren har hörts vid rätten bedömt huruvida rättegången har varit rättvis på grundval av rättegången som helhet. Det är därför svårt att uttala sig om kontradiktionsprincipens generella påverkan på bedömningen av hur oklart anskaffade bevismedel ska prövas. Några av de uttalanden som Europadomstolen gjort redogörs för nedan.

I fallet *Schatschaschwili*⁸⁵ hade en tysk domstol tillåtit vittnesutsagor som lämnats inför en domare utan att den tilltalade hade fått möjlighet att närvara. Domstolen bedömde inledningsvis att det var lämpligt att höra vittnena utan

⁸² "Kroppskamerainspelningen", p. 28.

⁸³ Se exv. *Kostovski mot Nederländerna* och NJA 1998 s. 204.

⁸⁴ *Ibrahim and others mot Förenade Konungariket*, p. 251.

⁸⁵ *Schatschaschwili mot Tyskland*.

den tilltalades närvaro för att de skulle våga berätta vad som hade hänt. När domstolen sedan försökt förmå de två personerna att närvara vid rätten hade de rest hem till sina hemländer och kunde inte förmås att inställa sig inför rätten. Europadomstolen bedömde huruvida rättegången hade varit rättvis utifrån framför allt tre faktorer. För det första tog domstolen ställning till ifall det fanns en godtagbar anledning för vittnena att inte närvara. För det andra utreddes huruvida det fanns annan utredning i målet som talade för den tilltalades skuld eller om vittnesmålen hade utgjort den avgörande bevisningen i målet. För det tredje utreddes om domstolen hade vidtagit lämpliga åtgärder för att kompensera för att den tilltalade inte hade kunnat bemöta bevismedlet. Domstolen fann att rättegången sammantaget hade varit i strid med art. 6 EKMR eftersom vittnesmålen hade utgjort den avgörande bevisningen och eftersom domstolen inte hade kunnat ”läka” bristen genom andra kompensationsåtgärder. Europadomstolen gav dock ingen vägledning kring vilka praktiska åtgärder som skulle kunna utgöra sådana kompenserande åtgärder.

I fallet *Doorson mot Nederländerna* tog Europadomstolen ställning till förhållandet mellan anonyma vittnesmål och rätten till rättvis rättegång enligt EKMR. När vittnen tillåts att vittna anonymt i rätten är bevismedlets ursprung av naturliga skäl oklart åtminstone för den tilltalade. I fallet hade de brottsutredande myndigheterna visat upp en bild på den tilltalade för ett antal missbrukare i syfte att styrka att den tilltalade hade sålt narkotika till dem. Flera av missbrukarna sade sig då veta att den tilltalade sålde narkotika. Några av de missbrukare som hade pekat ut den tilltalade ville avge vittnesmål anonymt medan några blev kända för den tilltalade. Vittnesmålen från två av de vittnen som vittnade anonymt kom att utgöra en viktig del av bevisningen mot den tilltalade. Försvaret tilläts att ställa frågor till dessa två anonyma vittnen men utan att försvaret fick kännedom om vittnenas identitet. Vittnenas identiteter avslöjades inte heller senare, men var däremot kända för undersökningsdomaren i målet. En fällande dom meddelades med stöd av uttalanden som gjordes av såväl de två anonyma vittnena som vittnen vars identitet hade röjts.

Europadomstolen anförde för sin del att EKMR inte uppställer något förbud mot anonyma vittnesmål under förundersökningen men att det kan vara ett brott mot konventionen att tillåta anonyma vittnesmål under huvudförhandlingen. Det kan vara berättigat att vittnen avlägger anonyma vittnesmål även under huvudförhandlingen under förutsättning att det finns godtagbara skäl för detta. Det ska då göras en avvägning mellan den tilltalades intressen och vittnets intressen. När det gäller narkotikabrott ansåg domstolen att det generellt förekommer hot mot vittnen i narkotikamål och att detta kan vara ett godtagbart skäl för att tillåta anonyma vittnesmål. Europadomstolen

framhöll vidare att försvaret hade haft möjlighet att ställa frågor till de anonyma vittnena samt att åtminstone undersökningsdomaren hade känt till deras identiteter och att rätten därmed hade haft möjlighet att bedöma pålitligheten i deras utsagor. Slutligen påpekade Europadomstolen att de anonyma vittnesmålen inte utgjorde den enda bevisningen i målet och fann att processen var förenlig med rätten till en rättvis rättegång. Även i det här fallet lade Europadomstolen vikt vid huruvida bevismedlet med okänt ursprung har utgjort den avgörande bevisningen i målet samt huruvida det hade funnits andra bevismedel i målet. En annan intressant aspekt är att Europadomstolen lade vikt vid att åtminstone domstolen känt till bevismedlets ursprung även om inte den tilltalade eller dennes försvarare har haft samma kunskap.

Europadomstolen har i flera andra fall konstaterat att som utgångspunkt måste all bevisning läggas fram i den tilltalades närvaro vid en offentlig förhandling i domstol.⁸⁶ Den tilltalade måste också generellt få ett tillräckligt och passande tillfälle att bemöta den bevisning som har åberopats av åklagaren. Hur långt denna rättighet egentligen sträcker sig är enligt min mening svårt att svara på enbart mot bakgrund av EKMR och de uttalanden som Europadomstolen har gjort. Det går inte heller att utläsa något krav på att en möjlighet att bemöta bevisningen måste finnas vid ett visst skede i processen såsom under huvudförhandlingen.

De fall där domstolen har funnit att en process har genomförts i strid med art. 6 EKMR har en fällande dom meddelats utan att uppgiftslämnaren har hörts eller utan att den tilltalade har erbjudits något tillfälle att utfråga uppgiftslämnaren. En av anledningarna till att processerna har underkänts är att den tilltalade inte har haft möjlighet att föra bevisning om uppgiftslämnarens trovärdighet.⁸⁷ I de underkända processerna har de bevismedel som den tilltalade inte har kunnat bemöta även utgjort den helt avgörande bevisningen i målet. Så var även fallet i *Schatschasschwili* och i *Ibrahim and others* samt i *Doorson mot Nederländerna* e contrario. Bedömningen av huruvida rättegången hade varit rättvis gjordes dock på olika sätt i respektive fall. Anledningen bör vara att Europadomstolen har anpassat bedömningen utifrån vilket bevismedel det har rört sig om. I *Ibrahim and others* rörde det sig om ett belastande uttalande som den tilltalade själv hade gjort utan att hans rättigheter hade tagits i beaktande. I *Schatschasschwili* rörde det sig om vittnesmål från andra personer. I båda fallen konstaterades det dessutom att bedömningen ska ske på grundval av processen i sin helhet. Det är därför, enligt min mening, svårt att göra några generella uttalanden om

⁸⁶ Se exv. Van Mechelen and others mot Nederländerna.

⁸⁷ Jfr exv. *Mayali mot Frankrike* och *Doorson mot Nederländerna*.

vilken roll kontradiktionsprincipen spelar för bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung.

I flera rättsfall från Europadomstolen var i varje fall bevismedlets påverkan på utgången i målet avgörande för frågan om huruvida rättegången har varit rättvis. Samma tankegods återfinns även i Högsta domstolens domar i fallen med kroppskamerainspelningen och mordbranden.⁸⁸ Jag vill trots det påstå att denna praxis inte har genererat en slags bevisregel som innebär ett krav på även annan utredning i målet som är tillämplig på alla fall där bevisning med ett oklart ursprung används. De uttalanden som har gjorts måste ses mot bakgrund av de aktuella omständigheterna i respektive fall. Det beror på att bedömningen av huruvida rättegången har varit rättvis måste göras på grundval av hela processen och att sådana bedömningar kan se olika ut eftersom ingen process är den andre lik. De flesta uttalanden som har gjorts av Europadomstolen har dessutom i stort gällt vittnesutsagor. Härvid finns det i svensk rätt redan en reglering som förbjuder i varje fall avläggandet av anonyma vittnesmål inför rätten. Frågor om bevishantering generellt lämnas till de nationella domstolarna, vilket Europadomstolen har påpekat upprepade gånger.⁸⁹

2.7.2 Principen om jämbördiga vapen

Den närliggande principen om ”Equality of arms” eller ”Principen om jämbördiga vapen” är intressant i sammanhanget eftersom den motbevisande parten kan tänkas hamna i ett visst underläge när bevisförande part återoppar bevismedel med oklart ursprung. En av grunderna i det kontradiktoriska förfarandet är att parterna ska vara jämställda inför domstolen. Ingen av parterna ska procedurmässigt gynnas framför den andre. De rättigheter som följer av EKMR är vidare tänkta att i första hand utgöra skyddsregler för den tilltalade. Reglerna finns med andra ord inte till för att hjälpa åklagaren på något sätt.⁹⁰ Det är därför tänkbart att principen om jämbördiga vapen är viktigare i just brottmål. Ett annat skäl till att principen är viktigare i brottmål är att åklagaren i regel anses ha vissa fördelar redan på den grund att den tilltalade i regel saknar processvana.

Innebörden av principen om jämbördiga vapen är att parterna ska ha likvärdiga möjligheter att föra sin talan inför domstol. Det innebär bland annat att ingen av parterna får favoriseras på något sätt vid bevisvärderingen. När

⁸⁸ Se NJA 2021 s. 286 ”Kroppskamerainspelningen” och NJA 1998 s. 204.

⁸⁹ Se exv. *Khan mot Storbritannien*, *Schenk mot Schweiz*, *Jalloh mot Tyskland* samt *P.G och J.H. mot Storbritannien*.

⁹⁰ Danelius, *Mänskliga rättigheter*, på s. 162.

ursprunget till ett bevis är oklart innebär det som tidigare har nämnts vissa svårigheter för den motbevisande parten att föra bevisning eftersom denne inte har kännedom om vad den behöver föra bevisning om. Det kan med andra ord vara svårt att precisera bevis temat om exempelvis upphovsmannen till ett visst bevismedel är okänd. Detta problem har delvis behandlats i avsnittet om kontradiktion.

Principen om jämbördiga vapen är nära besläktad med det kontradiktoriska förfarandet och ger inte heller den någon klar bild av hur EKMR förhåller sig till oklarheter vid bevisanskaffningen. Viss ledning kan dock hämtas från Europadomstolens praxis. I fallet *Koupiła mot Finland*⁹¹ hade åklagaren fått tillgång till ett kompletterande processmaterial och därmed haft möjlighet att yttra sig om dess innehåll utan att den tilltalade fått tillgång till materialet. Europadomstolen ansåg därför att den tilltalade hade hamnat i ett underläge och att dennes rättigheter enligt art. 6 EKMR hade kränkts. Mot denna bakgrund verkar Europadomstolen anse att parterna ska ha tillgång till samma processmaterial för att en rättegång ska anses rättvis. Det är därför tänkbart att ett bevismedels ursprung måste tillgängliggöras för båda parter om en av parterna har kännedom därom. Detta bör dock inte gälla alla typer av bevismedel. Det har exempelvis ansetts vara förenligt med EKMR att hemlighålla polisens spaningsmetoder⁹² och det kan därför inte anses föreligga en konventionsstadgad skyldighet för åklagaren att redogöra för alla aspekter av bevisanskaffningen. Om båda parter och även domstolen är okunniga om ett visst bevismedels ursprung kan det inte heller anses följa av principen om jämbördiga vapen att en part inte får åberopa ett bevismedel med oklart ursprung. Trots att de problem som uppstår vid användningen av dessa bevismedel kan anses försätta den motbevisande parten i visst underläge går det inte att utläsa någon begränsning avseende parternas bevisföring ur denna princip. De situationer då rättegången har ansetts orättvis till följd av ojämlikheter i processen har det exempelvis handlat om fall där den tilltalade inte har fått närvara i rätten över huvud taget och fall där domstolarna regelmässigt värderat åklagarens bevisning högre än den tilltalades.⁹³

Det går åtminstone att konstatera att frågan om bevismedlens ursprung har en koppling till rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR även om konventionen inte ger tydlig ledning rörande hur bevismedel med oklart ursprung ska prövas. Konventionen kan sägas uppställa ett krav på att motparten ska få möjlighet att bemöta bevisningen samt att det i vissa fall kan krävas även annan utredning i målet för att rättegången inte ska anses orättvis

⁹¹ *Koupiła mot Finland*.

⁹² Danelius (2015), på s. 205.

⁹³ Se exempelvis *Balziuk mot Polen* och *Bönisch mot Österrike*.

i förhållande till art. 6 EKMR. Av Europadomstolens praxis framgår dock också att faktorer såsom bevisets styrka och tillförlitlighet ska vägas in vid en bedömning av huruvida rättegången har varit rättvis, vilket bör innebära att en fällande dom kan meddelas även om den helt avgörande bevisningen utgörs av bevismedel med ett okänt ursprung förutsatt att bevismedlet är tillräckligt tillförlitligt. Att bedöma huruvida bevismedlet är tillräckligt tillförlitligt förutsätter i sin tur att domstolen kan värdera bevismedel med oklart ursprung på ett korrekt sätt utifrån dess inneboende brister.

2.8 Bevisvärderingen av det okända

2.8.1 Inledning

Domstolens bevisvärdering är som utgångspunkt fri i bemärkelsen att det saknas uttrycklig reglering om vilka bevismedel som är tillåtna och hur domstolen ska värdera den framlagda bevisningen. Med undantag för den reglering som finns kring skriftliga vittnesattester och anonyma vittnesmål är domstolen därför i princip fri att värdera bevisning med oklart ursprung utan att behöva ta hänsyn till några särskilda bestämmelser. Det går dock att hämta viss ledning ur praxis.

Bevisvärderingen ska enligt äldre praxis vara objektivt grundad och vinna stöd av skäl som kan förstås eller godtas av andra förståndiga personer.⁹⁴ Det är bland annat därför som bevisvärderingen också på ett klart och tydligt sätt ska redovisas i domen.⁹⁵ Om det inte framgår hur domstolen har gjort sin bevisprövning brister alltså en av förutsättningarna för den fria bevisprövningen. Högsta domstolen har senare uttryckt det i termer av att ”endast rationella skäl får inverka på bedömningen”⁹⁶.

2.8.2 Tillvägagångssättet för bevisprövningen

I tvistemålen har Högsta domstolen anvisat att den så kallade successiva relevansens princip ska tillämpas. Principen innebär i korthet en särskild prövningsordning av parternas bevisning inom vilken domstolen först ska pröva om grunden för käromålet i sig räcker för ett bifall. Därefter ska domstolen ta ställning till svarandens eventuella motfaktum och motbevisning.⁹⁷ Högsta domstolen har i det så kallade ”Balkongfallet”⁹⁸

⁹⁴ Se NJA II 1943 s. 445.

⁹⁵ Jfr Fitger, kommentaren till 35 kap 1 § RB (JUNO) 2021-10-26.

⁹⁶ Se NJA 2015 s. 702 ”Balkongfallet”.

⁹⁷ NJA 2019 s. 802 14 p.

⁹⁸ Se NJA 2015 s. 702 ”Balkongfallet”.

anvisat att en i princip motsvarande ordning bör gälla även i brottmålen. Enligt denna ordning ska domstolen först pröva värdet av de enskilda bevis som åklagaren har lagt fram var för sig. Domstolen ska sedan ta ställning till om denna bevisning sammantaget är tillräckligt stark för att åklagarens gärningsbeskrivning ska anses styrkt. Om bevisningen anses otillräcklig vid detta skede ska åtalet ogillas. Om rätten däremot anser att åtalet är tillförlitligt styrkt ska domstolen i det skedet bedöma huruvida den tilltalades uppgifter och eventuella bevisning som åberopats mot gärningsbeskrivningen tar sådan kraft från åklagarens bevisning att beviskravet inte längre uppfylls.

Bevisningen ska som utgångspunkt förebringas under huvudförhandling då också parterna ska höras. Vad gäller utsagor ska målsäganden höras först, följt av den tilltalade och slutligen av vittnesförhör om sådana har åberopats.⁹⁹ Efter huvudförhandlingen ska rätten hålla en överläggning där de ska avgöra vad som i målet är bevisat.¹⁰⁰ Huvudregeln är att domen endast får grundas på vad som har förekommit under huvudförhandlingen.¹⁰¹ Bevisprövningen ska sedan fokuseras på de omständigheter som är av relevans för saken respektive gärningsbeskrivningen.¹⁰² Av koncentrationsprincipen, uttryckt i 43 kap. 11 § RB för tvistemål och 46 kap. 11 § RB för brottmål, följer att ett mål som utgångspunkt ska ske utan avbrott. Detta antas som tidigare har nämnts skapa de bästa förutsättningarna för en optimal bevisvärdering eftersom hela bevismaterialet samlat kan överblickas och värderas samtidigt.¹⁰³

2.8.3 Särskilt om oklarheternas betydelse för bevisvärderingen

Eftersom bevisprövningen är fri i den bemärkelse att det saknas uttryckliga regler för hur ett visst bevismedel ska värderas kan domstolar inte hämta ledning om hur en bevisvärdering ska gå till ur ett visst lagrum. Som tidigare har nämnts kan dock viss ledning hämtas ur praxis. I mordbrandsfallet från 1998¹⁰⁴ fann Högsta domstolen att en videoinspelning med okänd upphovsman skulle bevisvärderas inom ramen för den fria bevisprövningen. Huruvida videoinspelningens ursprung skulle tillmätas någon betydelse vid bevisvärderingen var då inte på förhand givet. Istället bedömde Högsta domstolen vilka konsekvenser som det oklara ursprunget hade för bevismedlets innehåll och på vilket sätt det oklara ursprunget påverkade de

⁹⁹ 46 kap. 6 § 2 st. RB.

¹⁰⁰ 35 kap. 1 § RB.

¹⁰¹ 30 kap. 2 § RB.

¹⁰² Se exempelvis Schelin (2007), på s. 40.

¹⁰³ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009), på s. 27 f.

¹⁰⁴ NJA 1998 s. 204.

slutsatser som gick att dra av bevismedlet. Med andra ord hade domstolen att utreda hur bevismedlets bevisfakta påverkades av den omständigheten att dess ursprung var okänt.

Vilka konsekvenser som ursprunget kan ha för ett bevismedels innehåll bör, enligt min mening, variera från fall till fall beroende på vilken typ av bevismedel det rör sig om. I mordbrandsfallet utgjordes bevismedlet av en videoinspelning. Högsta domstolen tog då bland annat upp att det kan vara svårt att veta var och när exakt inspelningen har ägt rum. Högsta domstolen försökte därvid att gissa sig till var kameran kan ha varit placerad. En sådan bevisvärdering genererar ett relativt osäkert resultat men är likväl nödvändig om en domstol ska ge sig i kast med att utröna vad som egentligen går att säga med stöd av bevismedel med oklart ursprung. På grund av osäkerheterna avseende plats och tid, samt på grund av att det inte gick att observera identiteten hos personen som figurerade i videoinspelningen ogillades åtalet. När det gäller bevismedel med oklart ursprung verkar Högsta domstolens hållning med andra ord vara att de ska bevisvärderas precis som alla andra bevismedel fast med mer försiktighet och utifrån de aktuella bristerna.

Gällande brister i utredningen används ofta begreppet robusthet för att beskriva utredningens fullständighet.¹⁰⁵ Ju fler brister det finns i utredningsunderlaget, desto mindre robust anses bevisningen vara. Med brister avses exempelvis ytterligare bevisning som hade kunnat påverka värdet av den framlagda bevisningen¹⁰⁶ eller avsaknaden av information om ett bevismedels ursprung. Högsta domstolen har, som tidigare nämnts, anvisat att värdet av enskilda bevismedel ska utredas innan det görs en bedömning av det sammanlagda bevisvärdet av allt som förekommit i målet.¹⁰⁷ Eventuella brister i utredningen, såsom ett bevismedels oklara ursprung, bör därmed beaktas av domstolen innan det görs en sammanlagd bedömning. Bristfälliga bevismedel kan dock tänkas vinna stöd av andra bevismedel. Frågan om bevisningens robusthet kan således komma att aktualiseras även vid den sammanlagda bedömningen av allt som förekommit i målet.¹⁰⁸

I doktrin förekommer det olika uppfattningar om i vilken omfattning en bristande robusthet påverkar bevisvärderingen.¹⁰⁹ Det har vidare anförts att kravet på robusthet kan variera beroende på målets karaktär.¹¹⁰ För att

¹⁰⁵ Se exempelvis Nordh (2013), på s. 17 och exempelvis Svea hovrätt, dom den 7 maj 2021 i mål B 3203–21.

¹⁰⁶ Se Nordh, (2013), på s. 17.

¹⁰⁷ Se NJA 2015 s. 702 ”Balkongfallet”.

¹⁰⁸ Jfr Nordh (2013), på s. 18–19.

¹⁰⁹ Jfr. Nordh (2013), på s. 17 och Fitger m.fl., kommentaren till 35 kap 1 § RB, (JUNO), hämtad 2021-11-22.

¹¹⁰ Se Fitger m.fl., kommentaren till 35 kap 1 § RB, (JUNO), hämtad 2021-11-22.

bevisvärderingen av bevismedel med oklart ursprung ska anses som rationell krävs det, enligt min mening, att domstolen kan beakta vilka brister i innehållet som bevismedlets oklara ursprung orsakar. Bevisningens robusthet bör i den meningen kunna spela en central roll för bevisprövningen i mål där bevismedel med oklart ursprung har åberopats.

Säkerheten i en slutsats kan sägas bero på i vilken mån den kan omkullkastas av andra fakta.¹¹¹ Ett annat sätt att säga det på är att ju fler alternativa förklaringar som kan elimineras, desto troligare är det att det föreslagna alternativet är det riktiga.¹¹² När ursprunget till ett bevismedel är oklart är det tänkbart att dessa alternativa förklaringar först måste preciseras. För att bevismedel med oklart ursprung ska kunna bevisvärderas på ett rationellt sätt ställs därmed vissa krav på domstolens förmåga att förstå sig på bevismedlet och att identifiera vilka tänkbara brister som finns. Själva innehållet i exempelvis en videospelning kan påverkas av omständigheterna vid inspelningstillfället. Faktorer såsom avstånd till den filmade händelsen, vinklar, vilken optik som användes och vem som höll i kameran kan utgöra exempel på sådana omständigheter. För att förstå vad innehållet i exempelvis en videospelning egentligen visar är det därmed till hjälp om man vet var, när och hur inspelningen har gått till. Motsvarande problem bör kunna aktualiseras för exempelvis fotografier med oklart ursprung.¹¹³ Likartade problem bör kunna aktualiseras för princip alla typer av bevismedel fast med olika effekter för bevismedlets innehåll. När det gäller exempelvis inspelningar av röstsamtal påverkas innehållet i inspelningen av vilka som närvarade vid samtalet och i vilket sammanhang samtalet ägde rum.¹¹⁴ Om domstolen inte känner till dessa omständigheter blir samtalet svårare att tyda och det kan uppstå osäkerheter om dess innehåll.

Generellt bör det, enligt min uppfattning, också förhålla sig på det viset att vem uppgiftslämnaren är kan påverka de bevisfakta som bevismedlet innehåller. Om uppgiftslämnaren är okänd bör uppgiftslämnarens eventuella motiv till överlämnandet av bevismedlet inte kunna säkerställas. Härvid kan exempelvis nämnas så kallade kronvittnen vilket en statlig utredning föreslår ska införas i syfte att öka effektiviteten i rättskipningen.¹¹⁵ Ett kronvittne föreslås att mot utlämnandet av uppgifter av väsentlig betydelse för utredningen av annan allvarlig brottslighet kunna erhålla strafflindring avseende den egna brottsligheten. Möjligheten till strafflindring för uppgifter om annans brott bedöms dock leda till en ökad risk för att misstänkta lämnar

¹¹¹ Jfr. Diesen (2015), på s. 176.

¹¹² Jfr. Diesen (2015), på s. 176.

¹¹³ Jfr. Fitger m.fl., kommentaren till 35 kap 7 § RB (JUNO), hämtad 2022-01-02.

¹¹⁴ Jfr exempelvis Högsta domstolens resonemang i NJA 2003 s. 323.

¹¹⁵ SOU 2021:35, på s. 21–22.

felaktiga uppgifter.¹¹⁶ Utredaren har med andra ord tagit fasta på att motivet till att ett visst bevismedel lämnas kan vara viktigt att känna till för att bedöma sannolikheten för att bevismedlets bevisfakta talar för att ett visst rättsfaktum föreligger. Möjligheten att lämna felaktiga uppgifter i syfte att erhålla strafflindring är en tänkbar felkälla avseende just kronvittnen. För andra bevismedel kan andra motiv och andra felkällor tänkas kunna aktualiseras. Det är bland annat därför som det är bra om domstolen känner till identiteten hos uppgiftslämnaren för att kunna bedöma bevismedlets bevisvärde.

Min uppfattning är att domstolen behöver känna till på vilka tänkbara sätt ett bevismedels bevisfakta kan påverkas av dess ursprung. Ett bevismedels ursprung kan därmed behöva specificeras för att kunna hitta eventuella felkällor. Därefter behöver domstolen ta ställning till vad bevismedlet kan säga oss om det aktuella beviset givet eventuella brister samt huruvida annan utredning i målet kan stävja bristerna. Domstolen behöver god kännedom om funktionen av bevismedlet ifråga för att förstå hur dess innehåll påverkas av dess ursprung. Ju mer tekniskt komplicerat ett bevismedel är, desto svårare bör det bli för domstolen att peka ut hur bevismedlets innehåll kan påverkas av dess ursprung.

Det har påståtts att det i allt högre omfattning åberopas olika former av digitala och elektroniska bevismedel i både brottmål och tvistemål.¹¹⁷ Bevismedel som har tillkommit genom datorsystem har i doktrinen diskuterats under benämningen informationstekniska bevis.¹¹⁸ Sådana bevismedel utgörs exempelvis av information från datorer och mobiltelefoner.¹¹⁹ Informationstekniska bevis bör, trots att de kan ge ett intryck av automatisering och exakthet, inte betraktas som objektiva. I doktrinen har innehållet i informationstekniska bevis istället diskuterats i termer av maskinella fakta och personella subjektiva fakta. Maskinella fakta kan något förenklat sägas utgöras av representationer av intramaskinella kommunikationer, mellan exempelvis utrustning som innehåller digital elektronik och lagringsmedier.¹²⁰ Från dessa fakta ska skiljas personella subjektiva fakta, vilka utgörs av iakttagelser, tolkningar av maskinella fakta, uppskattningar, spekulationer och åsikter m.m.¹²¹

Vid bedömningen av bevisvärdet av ett bevismedel av den här typen behöver en domare kunna skilja på dessa två olika typer av fakta. Det bör då vara viktigt att kunna redogöra för bevismedlets ursprung. För att bedöma

¹¹⁶ SOU 21:35, på s. 22.

¹¹⁷ Ekfeldt (2016), på s. 10–11.

¹¹⁸ Ekfeldt (2016), på s. 435.

¹¹⁹ Ekfeldt (2016), på s. 238.

¹²⁰ Ekfeldt (2016), på s. 109–110.

¹²¹ Ekfeldt (2016), på s. 314.

bevismedlets maskinella fakta behöver sannolikt den bevisalstrande utrustningen kunna redogöras för med avseende på dess innehåll, prestanda, skötsel, vilka algoritmer som tillämpas, hur lagringsmedierna fungerar m.m. För att bedöma ett bevismedels personella subjektiva fakta behöver den bevisalstrande utrustningens personella användare redogöras för. Användarnas kvalifikationer och de övriga aktörer som har en relation till utrustningen kan också behöva redogöras för.¹²² Om dessa och liknande sakförhållanden som relaterar till bevismedlets ursprung inte kan redogöras för går det att argumentera för att bevismedlet har ett lågt bevisvärde. För att säkerställa att domen blir materiellt riktig kan sakkunnigbevisning komma att behövas för att precisera bevismedlets felkällor relaterat till dess ursprung. Så bör inte minst anses vara fallet när de bevismedel som åberopas är av informationsteknisk typ.

2.8.4 Om behovet av annan utredning i målet och ”stödbevisning”

Högsta domstolen uttryckte i mordbrandsfallet att det kan föreligga ett krav på även annan utredning när ett bevismedel med en okänd uppgiftslämnare har åberopats. Behovet av annan utredning beskrevs uppstå som en konsekvens av rätten till rättvis rättegång enligt EKMR. Högsta domstolen har även i annan praxis uttryckt att någon form av så kallad stödbevisning kan krävas om en tilltalads rättssäkerhet inte har varit tillgodosedd i målet.¹²³

Det är intressant att behovet av även annan utredning i målet lyfts fram som en konsekvens av EKMR och grundläggande rättssäkerhetsaspekter eftersom en annan konsekvens av att bevisningens ursprung inte går att redogöra för är att dess bevisvärde generellt måste anses som lägre och att det därmed uppstår ett behov av andra bevismedel av den anledningen. Anledningen till att Högsta domstolen inte tog upp behovet av andra bevismedel i anslutning till själva bevisvärderingen är förmodligen att det hade varit svårare att förena med den fria bevisprövningen. Alldeles oavsett går det att argumentera för att ett behov av ytterligare bevismedel får anses påkallat vid bedömningen av bevismedel med oklart ursprung även om det inte finns något uttryckligt krav i gällande rätt.

Mot bakgrund av mordbrandsfallet och de uttalanden som Europadomstolen har gjort avseende anonyma vittnesmål går det att argumentera för att det åtminstone i vissa fall kan anses föreligga ett formellt krav på att det finns även annan utredning i målet. Det bör exempelvis föreligga ett sådant krav

¹²² Ekfeldt (2016), på s. 450.

¹²³ Jfr NJA 1993 s. 616 och Schelin (2007) på s. 40.

om bevismedlet har en anonym uppgiftslämnare. Huruvida ett krav på annan utredning behövs vid bevisprövningen av alla slags bevismedel med oklart ursprung kommer att diskuteras i uppsatsens fjärde kapitel.

När det diskuteras huruvida ett bevismedel ensamt kan bevisa något eller om det behövs ytterligare utredning i målet används ibland begreppet ”stödbevisning”.¹²⁴ Begreppet stödbevisning är fortfarande relativt nytt i svensk bevisrätt. Vad begreppet egentligen innebär har ansetts oklart i doktrinen¹²⁵ men det har anförts att stödbevisning närmast bör liknas vid indiciebevisning, det vill säga bevismedel utan direkt koppling till det aktuella bevistemat.¹²⁶ Det har även anförts att stödbevisning kan ses som en slags hjälpfakta. Ekelöf har exemplifierat att hjälpfakta är information om ett vittnes egenskaper som kan göra vittnets iakttagelser mer tillförlitliga och därmed höja bevisvärdet av vittnets iakttagelser.¹²⁷ Stödbevisets funktion har beskrivits vara att ge positivt stöd till huvudbeviset.¹²⁸ En sådan uppdelning av bevismedlen kan dock vara problematisk. Uppdelningen kan antyda att det är huvudbevisningen som är avgörande medan stödbevisningen bara har ringa betydelse. I praktiken bör det snarare vara fråga om flertalet olika bevis med olika bevisvärde.¹²⁹

Frågan om vad begreppet stödbevisning egentligen innebär kan ställas på sin spets när det diskuteras huruvida en typ av bevismedel av något skäl inte ensamt får ligga till grund för en dom. Man kan då fråga sig om det krävs annan utredning i målet i form av andra bevismedel med koppling till det aktuella bevistemat eller om det endast uppställs ett krav på hjälpfakta som höjer bevisvärdet av ett åberopat bevismedel. I Europadomstolens praxis gjordes bedömningen av huruvida en rättegång hade varit rättvis bland annat på grundval av huruvida ett bevismedel med oklart ursprung utgjort den avgörande bevisningen i målet. Eftersom Europadomstolens bedömning i dessa fall framför allt har tagit sikte på rätten till kontradiktion är det tänkbart att ett eventuellt behov av annan utredning i målet avser andra bevismedel som en tilltalad har möjlighet att bemöta. Om det kan uppställa ett krav på även andra bevismedel som talar för det aktuella bevistemat i vissa situationer eller om det innebär ett krav på annan slags ”stödbevisning” är dock oklart.

¹²⁴ Se exv. Eksjö tingsrätt, dom den 10 december 2021 i mål 1151–21, Göteborgs tingsrätt, dom den 12 december 2021 i mål B 3919–21 och Vänersborg tingsrätt dom den 24 juni 2021 i mål B 4861–20.

¹²⁵ Jfr. Schelin (2007), på s. 41ff.

¹²⁶ Ekelöf m.fl. (2009), på s. 25.

¹²⁷ Ekelöf m.fl. (2009), på s. 26.

¹²⁸ Schelin (2007), på s. 41ff.

¹²⁹ Ekelöf m.fl. (2009), på s. 26.

Högsta domstolens tolkning av Europadomstolens praxis angående behovet av ytterligare utredning synes vara att det räcker att ett bevismedel med en okänd källa "...kan få visst stöd av annan utredning"¹³⁰ för att rättegången ska anses rättvis. En sådan allmänt hållen tolkning är enligt min uppfattning rimlig eftersom det innebär att ett bevismedel inte behöver stödjas på ett visst angivet sätt. Att tolka Europadomstolens praxis som att den kräver att vissa bevismedel måste kompletteras på ett specifikt sätt, exempelvis genom stödbevisning i form av ytterligare bevismedel som talar för det aktuella bevisemat, hade fört oss närmre en legal bevisteori.¹³¹ Eftersom Europadomstolen vid flera tillfällen har påtalat att bevisfrågor främst är nationella angelägenheter är Högsta domstolens tolkning den mer rimliga. I de fall Europadomstolens praxis medför att ett bevismedel med oklart ursprung inte ensamt kan ligga till grund för fällande dom, vilket endast bör gälla för bevisprövningen av bevismedel med en okänd källa, bör det vara tillräckligt att bevismedlet vinner stöd av exempelvis hjälpfakta eller indiciebevisning.

2.8.5 Bearbetning och manipulation

En annan intressant aspekt av bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung är risken för att bevismedlet har utsatts för redigering, bearbetning eller till och med för manipulation. Bevismedel såsom bilder, ljudfiler och filmer kan enkelt bearbetas på ett sätt som förändrar innehållet varför eventuell bearbetning normalt måste kunna redovisas i en rättsprocess.¹³² I ett uppmärksammat rättsfall från Göteborgs tingsrätt behövde domstolen ta ställning till hur ett bevismedel i form av en kraftigt bearbetad filmsekvens skulle bedömas.¹³³ I anslutning till EU-toppmötet i Göteborg 2001 hölls en stor demonstration. Under våldsamma konfrontationer mellan polis och demonstranter kom tre personer att skottskadas av polisen. En av de skottskadade personerna åtalades sedan för våld mot tjänsteman och våldsamt upplopp. Händelsen fångades på film av ett flertal kameror tillhörande polisen, media och allmänheten. Den film av händelsen som åberopades till stöd för åtalet bestod av ett hopklipp från flera olika kameror som vid tillfället för händelsen hade varit belägna på olika positioner. Till denna sammanlagda filmsekvens lades även en ljudupptagning till.

Hur bearbetningen av filmen hade gått till redovisades först vid huvudförhandlingen i tingsrätten. I doktrinen har det härvid anförts att

¹³⁰ Se Högsta domstolens domskäl i NJA 1998 s. 204.

¹³¹ Jfr. exempelvis Ahlstrand (2002), på s. 547.

¹³² Jfr. Kronquist (2013), på s. 130.

¹³³ Se Göteborgs tingsrätt, dom den 20 oktober 2001 i mål 7521-01.

parterna i processen bör kommunicera i frågor om sammanställningen av avancerad teknisk bevisning, även om det innebär en hög arbetsbelastning. Bearbetningen av detta bevismedel har mött häftig kritik. Det tillsattes en internutredning som kunde konstatera att inga formella fel hade begåtts såtillvida att materialet åtminstone visade sig vara autentiskt.¹³⁴ Ett sådant konstaterande kan i hög grad sägas förutsätta att inspelningarnas ursprung och bearbetning kan redogöras för.

I mordbrandsfallet¹³⁵ gick det att observera att domstolen behövde ta ställning till risken för att ett bevismedel med oklart ursprung var manipulerat. I det aktuella fallet uttalade en sakkunnig att det inte gick att säkerställa äktheten i originalet. Det är enligt min mening oklart vilken betydelse detta konstaterande fick för bevisvärderingen eftersom bevismedlet även var behäftat med andra brister. Även om det är begripligt att domstolen ansåg att åtalet sammantaget inte var styrkt i det aktuella fallet hade det varit behjälpligt om den underströk vilken betydelse risken för manipulation har för bevisvärderingen. Likväl går det, med utgångspunkt i mordbrandsfallet, att konstatera att risken för manipulation åtminstone har viss betydelse för bevisets värde.

Högsta domstolen resonerade inte kring vilken betydelse risken för manipulation har för bevisvärderingen annat än att redogöra för de uttalanden som gjordes av den sakkunnige i fallet. Anledningen till detta skulle kunna vara att Högsta domstolen helt enkelt ansåg det vara en fråga som endast en sakkunnig kunde uttala sig om rent tekniskt. En annan anledning skulle kunna vara att olika bevismedel kräver olika resonemang om dess äkthet. För att exempelvis uttala sig om äktheten i ett åberopat testamente finns det andra tillvägagångssätt, såsom att kontakta eventuella testamentsvittnen eller att undersöka handstilen. När det gäller mer komplicerad teknisk bevisning är det möjligt att det behövs en sakkunnig för att domstolen över huvud taget ska veta vilka de möjliga felkällorna är.

I mordbrandsfallet verkar domstolen ha logiskt kunnat sluta sig till tänkbara felkällor såsom vinklar, avstånd och andra faktorer som hade att göra med var kameran var placerad. Dessa omständigheter spelar givetvis roll för innehållet i inspelningen och var alltså tillräckligt okomplicerade eller uppenbara för att domstolen på egen hand skulle komma på att diskutera dem. När det gäller andra felkällor i tekniskt komplicerad bevisning är det nog inte lika självklart. I sådana fall bör omständigheten att bevismedlet har ett oklart ursprung sannolikt spela en ännu större roll för frågan om dess bevisvärde.

¹³⁴ Kronquist (2013), på s. 130–131.

¹³⁵ NJA 1998 s. 204.

2.9 Bevisbörda, beviskrav och utredningsskyldighet

2.9.1 Bevisbörda i brottmål

En ytterligare fråga som kan aktualiseras för domstolen i anslutning till bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung är frågan om vem som egentligen ska stå risken för att ursprunget till ett bevismedel är oklart. I brottmål är det åklagaren som har den fulla bevisbördan i skulddelen. Beviskravet för fällande dom är att det är bevisat utom rimligt tvivel att den tilltalade har gjort sig skyldig till gärningen som ligger till grund för åtalet. Beviskravet har i doktrin och rättspraxis beskrivits som att det ska vara praktiskt taget uteslutet att det har gått till på något annat sätt än vad åklagaren har gjort gällande.¹³⁶ Beviskravet är med andra ord mycket högt. Det höga beviskravet gäller även den omständighet att den tilltalade har haft uppsåt till gärningen.¹³⁷

De underrättsfall som har undersökts i den här uppsatsen gäller i många fall systematisk brottslighet som har fortgått under längre tidsperioder inom kriminella nätverk. I dessa fall kan särskilda bevisproblem uppstå, såsom att klarlägga vem som egentligen har gjort vad. Även om omständigheterna i fallet inte verkar ge utrymme för någon annan gärningsman än den utpekade krävs det i regel att det finns utredning i målet som positivt knyter just den tilltalade vid brottet. Även om gärningsbeskrivningen är komplicerad på olika sätt innebär det inte att kravet på åklagarens bevisning sänks.¹³⁸ Om det föreligger brister i utredningen går detta ut över åklagaren och kan medföra att åtalet inte anses styrkt.

Om åklagarens bevisning anses tillräcklig för att meddela fällande dom ska domstolen ta ställning till den tilltalades eventuella motfaktum. Frågan är härvid hur en invändning om att bevismedlet är manipulerat ska hanteras av domstolen. I brottmål bär, som tidigare nämnts, åklagaren hela bevisbördan för att den tilltalade har agerat på det sätt som görs gällande i gärningsbeskrivningen. Det bör då även vara åklagaren som får stå risken för att bevismedlet kan vara manipulerat och som har att leda bevismedlets äkthet i bevis. Om åklagaren inte har möjlighet att göra detta bör bristen ge utslag i bevisvärderingen.

¹³⁶ Lavén (2013), på s. 77.

¹³⁷ Lavén (2013), på s. 78.

¹³⁸ Jfr. NJA 1991 s. 56.

Ett annat problem är att den tilltalade har svårt att själv föra bevisning om den tänkbara omständigheten att bevismedlet är manipulerat. Detta är dock enligt min mening främst ett problem som domstolen har att beakta i förhållande till kontradiktionsprincipen och principen om jämbördiga vapen.

2.9.2 Utredningsskyldighet

I anslutning till åklagarens bevisbörda finns också vad man i doktrin kallar för utredningskrav.¹³⁹ Utredningskravet anger vilken omfattning bevisningen behöver ha för att möjliggöra en tillfredsställande bevisvärdering. Mot bakgrund av bland annat utgången i mordbrandsfallet verkar Högsta domstolen inte anse att det föreligger ett absolut utredningskrav vad gäller ett bevismedels ursprung. Det kan möjligen argumenteras för att det åtminstone inte får finnas någon beaktansvärd risk för att bevismedlet ifråga har uppkommit på ett oacceptabelt sätt, nämligen genom tortyr eller brottsprovokation. I dessa fall saknades det som bekant materiell straffbarhetsbetingelse.¹⁴⁰

Det kan vidare argumenteras för att även andra typer av bevisanskaffning kan behöva utredas. Av praxis från Europadomstolen framgår som tidigare har nämnts att det kan behövas stödbevisning om bevisanskaffningen har skett i strid med exempelvis en rättighet som härrör ur EKMR. Om domstolen grundar en fällande dom på endast ett sådant bevismedel finns det risk för att rättegången anses som orättvis i förhållande till EKMR.

Hur långt utredningskravet sträcker sig får anses oklart. Det är enligt min mening onödigt att domstolen tvingas ta ställning till risken för att bevisanskaffningen har gått till på ett oacceptabelt sätt vid prövningen av alla oklart anskaffade bevismedel. Det får i motsvarande mån anses obehövt att åklagaren inom ramen för sitt utredningskrav också måste utreda detta i samtliga fall. Om det förekommer omständigheter i utredningen som gör det antagligt att rättegången kan anses orättvis till följd av bevisanskaffningen kan det dock anses nödvändigt att bevisanskaffningen utreds. Om ursprunget av olika skäl inte går att utreda finns det i dessa fall anledning att behandla bevismedlet med stor försiktighet.

Det kan härvid även diskuteras vilka skyldigheter den tilltalade och dennes försvarare har att peka ut eventuella brister i utredningen. Försvararen har en allmän skyldighet att tillvarata den misstänktes rätt och verka för sakens

¹³⁹ Se Diesen (2015), på s. 123–124.

¹⁴⁰ Jfr. NJA 2007 s. 1037.

belysning.¹⁴¹ Att påpeka eventuella brister i utredningen bör falla inom ramen för den skyldigheten. Den tilltalade och dennes försvarare har dock inte någon utredningsskyldighet motsvarande åklagarens utredningsskyldighet.¹⁴² Den tilltalade har därför inte någon skyldighet att reda ut frågor om exempelvis bevismedlets ursprung.

Det kan däremot diskuteras om den tilltalade ändå behöver påpeka vad som behöver utredas. Om så är fallet aktualiseras även frågan i vilken mån utpekade brister måste konkretiseras av den tilltalade för att de ska kunna utredas. Hur en sådan skyldighet skulle kunna se ut är oklart. Den tilltalade anses åtminstone inte ha en åberopsbörda i den bemärkelse att eventuella motpåståenden måste åberopas.¹⁴³ Om så vore fallet hade åklagarens bevisbörda avseende ett påstående om exempelvis manipulation aktualiserats först sedan en invändning därom hade lyfts. Om det framgår av omständigheterna i målet att bevisningens ursprung är oklart och att bevisningen skulle kunna vara manipulerad åligger det rätten att pröva detta oavsett om den tilltalade har påstått att ett sådant förhållande föreligger. Bevismedlets ursprung är enligt min mening en sådan central del av bedömningen av dess bevisvärde att ursprunget i de flesta fallen bör falla inom åklagarens utredningsbörda. Eventuella brister i utredningen bör påverka bevismedlets bevisvärde i negativ riktning och vidare drabba åklagaren inom ramen för åklagarens bevisbörda.

Domstolen har därtill ett övergripande ansvar för att utredningen i målet är tillfredsställande. Hur långt detta ansvar sträcker sig är svårt att precisera generellt utan det beror på målets beskaffenhet.¹⁴⁴ I processlagsberedningens betänkande anförs att domstolen har en mer omfattande utredningsskyldighet i brottmål än i tvistemål. I brottmål ska rätten, oavsett vad den tilltalade har anfört till sitt försvar, beakta omständigheter som anses tala till den tilltalades fördel.¹⁴⁵ I brottmålen har domstolen vidare vissa möjligheter att på eget initiativ bedriva efterforskande verksamhet.¹⁴⁶ Det finns därför en möjlighet att domstolen kan reda ut ursprunget till ett visst bevismedel om den tilltalade exempelvis påstår att bevismedlet är manipulerat. Vad som talar emot att domstolen bör göra detta är som tidigare har nämnts att domstolen ska vara objektiv i sin bevisvärdering. Om domstolen själv har tagit fram bevismedel är det tänkbart att dess objektivitet kan ifrågasättas när den sedan ska värdera all den framlagda bevisningen.

¹⁴¹ 21 kap. 7 § RB.

¹⁴² Se Diesen (2015), på s. 125–126.

¹⁴³ Jfr Diesen (2015), på s. 127.

¹⁴⁴ Se 46 kap. 4 § 2 st. RB.

¹⁴⁵ SOU 1938:44, på s. 479.

¹⁴⁶ 35 kap. 6 § RB.

2.9.3 Bevisbörda i tvistemål

I tvistemål gäller i allmänhet det något lägre beviskravet *styrkt*.¹⁴⁷ Bevisbördans placering är dock allt annat än självklar och kan skilja sig åt beroende på måltyp och bevismedel. På vissa områden är bevisbördan lagreglerad men generellt har riktlinjer om bevisbördans placering utvecklats i doktrin och praxis.¹⁴⁸ I doktrinen råder det i hög utsträckning oenighet avseende hur en övergripande och principiell fördelning av bevisbördan ska se ut. Lars Heuman, professor emeritus i processrätt, förespråkar exempelvis bevissäkringsteorin medan Bengt Lindell, professor i processrätt, förordar en sannolikhetssteori.¹⁴⁹ Den för ämnet intressanta frågan är emellertid inte hur bevisbördan har placerats från början utan hur frågor om bevisbörda kan aktualiseras till följd av att ursprunget till ett bevismedel är okänt.

Om en av parterna påstår att bevismedlet är manipulerat är det inte säkert vem som har att styrka det påståendet. Praxis har gett uttryck för att både den som påstår manipulation och den vars åberopade bevismedel får påståendet riktat mot sig kan få bära bevisbördan för påståendet. Hovrätten ansåg exempelvis att en guldsmed hade bevisbördan för påståendet att inspelningen av ett telefonsamtal mellan honom och en säljare var manipulerat. Inspelningen hade åberopats mot honom för att styrka att ett avtal hade ingåtts över telefon mellan honom och motparten.¹⁵⁰ I ett annat hovrättsfall placerade domstolen bevisbördan motsatsvis hos den part som påståendet om manipulation hade riktats mot.¹⁵¹ I de aktuella fallen rådde det inte några större oklarheter om uppkomsten av bevismedlen. Det rörde sig om inspelningar av telefonsamtal som hade ägt rum mellan parterna. Fallen kan däremot anses exemplifiera svårigheterna i att hitta generella utgångspunkter när det gäller bevisbördans placering i tvistemål. Frågan om bevisbördans placering kan vara avgörande för utgången i målet. I det förstnämnda fallet med guldsmeden innebar bevisbördans placering att han förlorade målet. Han kunde helt enkelt inte bevisa att inspelningen var manipulerad och att något avtal därför inte hade ingåtts. När ursprunget till bevismedlet är oklart bör möjligheten att bevisa manipulation även vara reducerad i hög utsträckning varför bevisbördans placering kan vara helt avgörande.

Hur domstolen ska placera bevisbördan i fall där bevismedel med oklart ursprung används är emellertid oklart och parterna är i avsaknad av riktlinjer hänvisade till att argumentera för sin sak inför rätten. Viss ledning går dock

¹⁴⁷ Se exv. NJA 2019 s. 765.

¹⁴⁸ Se exv. 51 § konsumenttjänstlag (1985:716), NJA 2001 s. 177 & NJA 2005 s. 205.

¹⁴⁹ Jfr. Lindell (2003), på s. 537 och Heuman (2005), på s. 409.

¹⁵⁰ Svea Hovrätt, dom den 9 januari 2012 i mål FT 9604–10 på s. 2–3.

¹⁵¹ Svea Hovrätt, dom den 17 september 2012 i mål FT 2651–12.

att hämta från Europadomstolens uttalanden om förhållandet mellan bevisbördans placering och rätten till en rättvis rättegång enligt art. 6 EKMR. Europadomstolen har härvid uttalat att bevisbördan inte får placeras på ett oskäligt sätt. Enligt Europadomstolen vore det oskäligt att placera bevisbördan på en part som inte har möjlighet att säkra bevisning om det aktuella beviset.¹⁵² En bevisförande part som åberopar ett bevismedel med oklart ursprung bör generellt ha större möjligheter än motparten att bevisa eller motbevisa exempelvis ett påstående om manipulation eftersom bevisförande part bör ha bäst insyn i bevisanskaffningen av det aktuella beviset. Det talar för att domstolen bör placera bevisbördan på bevisförande part i fall där det är mycket svårt eller rentav omöjligt för motbevisande part att bevisa ett påstående om att ett bevismedel med oklart ursprung är manipulerat.

Eftersom praxis är förhållandevis tunn i dessa ganska speciella fall är även uttalanden i doktrin intressanta. Som tidigare har nämnts råder det delade meningar i doktrin angående hur bevisbördan bör placeras. Avseende bevisning med oklart ursprung kan den tidigare nämnda bevissäkringsteorin aktualiseras. Bevissäkringsteorin har ansetts vara den som främst tillämpas i svenska rättssalar och innebär att bevisbördan generellt bör läggas på den av parterna som av olika skäl har lättast att säkra bevisning.¹⁵³ Teorin anses även innebära att kvaliteten på den möjliga bevisningen är av betydelse. Med andra ord ska den som på lättast sätt kan anskaffa tillförlitlig och relevant bevisning till beviset ifråga få bevisbördan. I fall med bevisning med oklart ursprung är det dock sannolikt att båda parter har lika dåliga möjligheter att bevisa äktheten i ett bevismedel i efterhand. Bevissäkringsteorin kan i dessa fall anläggas utifrån vem av parterna som haft bäst möjlighet att säkerställa bevisning. Det går exempelvis att argumentera för att den som har åberopat det omstridda beviset borde ha haft möjlighet att förvissa sig om var beviset kommer ifrån vid tillfället för bevisanskaffningen.

Ett annat sätt att fördela bevisbördan i dessa fall är att utgå ifrån en sannolikhets teori. Sannolikhets teorin innebär som utgångspunkt att den som påstår att ett ovanligt rättsfaktum existerar är den som också har att leda detta i bevis.¹⁵⁴ Sannolikhets teorin kan sägas grunda bevisbördan på en slags ursprungssannolikhets och vad som allmänt sett är vanligt för vissa typer av fall. Vid bedömningen av bevisbördans placering utgår domstolen från sannolikheten att beviset föreligger innan några bevismedel har åberopats till stöd för det.¹⁵⁵

¹⁵² Se *Tence mot Slovenien*, p. 36–38.

¹⁵³ Se Heuman (2005), på s. 409 och 166.

¹⁵⁴ Se Heuman (2005), på s. 430 ff.

¹⁵⁵ Se Heuman (2005), på s. 44 och Lindell (1987), på s. 146.

Manipulation får enligt min mening anses tillhöra ett relativt ovanligt rättsfaktum, åtminstone mot bakgrund av den tunna praxis som finns. Den som påstår manipulation har därför att bevisa detta för att förta styrkan i motpartens talan. Det kan givetvis ifrågasättas hur träffsäker en sådan uppskattning av ursprungssannolikhet egentligen är. Det kan även hävdas att det i takt med teknologins utveckling blir allt lättare att manipulera framför allt digitala bevismedel och att en ursprungssannolikhet för manipulation är föränderlig. Sannolikhetsteorierna har vidare kritiserats av bland andra Ekelöf som menar att tvister generellt karaktäriseras av att vara atypiska.¹⁵⁶ Det innebär att det vore problematiskt att grunda en bevisbörda på grundval av vad som är normalt i vanliga fall.

Hur domstolen väljer att placera bevisbördans i fall med oklar bevisning bör som tidigare har nämnts kunna variera. De ovan förda resonemangen tjänar endast till att exemplifiera hur domstolen kan komma att behandla frågan. Det ska vidare påpekas att frågan om bevisbördans placering i dessa fall i princip förutsätter att domstolen har ansett att det osäkra bevismedlet tillsammans med övrig bevisning i sig räcker för att styrka talan. Först därefter kommer invändningar av denna typ att aktualiseras.¹⁵⁷ Eftersom bevismedel med oklart ursprung vanligen bör betraktas med viss skepsis och tillmätas ett lägre bevisvärde bör invändningar om manipulation endast i undantagsfall spela en avgörande roll. Samtidigt kan bevismedel med oklart ursprung vinna stöd av annan bevisning och om talan därmed styrks kan invändningar om manipulation aktualiseras. I de dispositiva tvistemålen har domstolen vidare i princip ingen möjlighet att bedriva någon egen efterforskande verksamhet. Tvisten kan därför komma att avgöras genom att någon av parterna efter bästa förmåga får försöka styrka respektive förta äktheten i något de inte känner till ursprunget till. Det är enligt min uppfattning ofrånkomligt att det i enlighet med bevissäkringsteorin bör vara den bevisförande parten som har lättast att säkerställa ursprunget till de bevismedel som åberopas. En ursprungssannolikhet som grund för placeringen av bevisbördan bör vara ostadig eftersom bevismedels egenskaper och sannolikheten för att de redigeras eller manipuleras bör kunna variera över tid. Mycket talar därför för att en domstol i normalfallet bör ålägga bevisförande part att säkerställa äktheten i de bevismedel som åberopas om bevismedlets ursprung är oklart. Om det inte går att säkerställa äktheten i bevismedlet bör dess bevisfakta i lägre grad än vad som annars hade varit fallet tala för att ett visst rättsfaktum föreligger. Bevismedlets bevisvärde bör med andra ord anses som lägre.

¹⁵⁶ Ekelöf (1992), på s. 102.

¹⁵⁷ NJA 2019 s. 802 14 p.

2.10 Sammanfattning av rättsläget

Det kan inledningsvis konstateras att bevismedel med oklart ursprung i normalfallet kommer att kunna åberopas och bevisvärderas i en svensk rättsprocess inom ramen för den fria bevisprövningen. För att avvisa bevismedel med oklart ursprung behöver dess bevisvärde vara i princip uppenbart obefintligt. Eftersom ett bevismedels bevisvärde egentligen inte kan preciseras förrän all den sammanlagda bevisningen har bedömts kan en sådan slutsats svårligen göras på förhand i samband med ett avvisningsyrkande. Detta bör gälla både för tvistemål och för brottmål. I brottmålen faller skuldfrågan inom åklagarens bevisbörda och utredningsbörda. I tvistemålen kan dock frågan om bevisbörda komma att spela en större roll. En invändning från motparten om att ett bevismedel med oklart ursprung kan vara manipulerat bör kunna komma att bedömas på olika sätt. Det mesta talar dock enligt min mening för att bevisförande part har att säkerställa att de bevismedel som denne åberopar är äkta. Om det inte går att säkerställa äktheten i bevismedlet bör det drabba bevisförande part även om ursprunget till bevismedlet är oklart.

Vad gäller bevisvärderingen har jag argumenterat för att EKMR och rätten till en rättvis rättegång endast har en marginell påverkan på bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung. För att avgöra huruvida en rättegång har varit rättvis måste hela processen beaktas. När Europadomstolen har gjort sådana överväganden har därför flera faktorer behövts beaktas. Bedömningarna har dessutom sett olika ut beroende på vilket bevismedel som har åberopats. Den praxis som har undersökts till denna del avser vidare endast brottmål. Det kan däremot konstateras att en faktor som har spelat en viktig roll vid Europadomstolens bedömning är huruvida det har funnits ytterligare utredning i målet samt om det omtvistade bevismedlet har varit avgörande för en fällande dom. Det finns stöd i både Europadomstolens och Högsta domstolens praxis för att ytterligare utredning i målet är nödvändigt vid bevisprövningen av bevismedel med en okänd källa. Sådana bevismedel utgörs exempelvis av anonyma vittnesmål och andra bevis med en okänd avsändare. Det indikerar att bevismedel med oklart ursprung kan behöva kompletteras med ytterligare utredning för att processen inte ska underkännas. Det bör i så fall vara tillräckligt att bevismedlet kan vinna stöd av i princip vilken sorts utredning som helst, exempelvis av hjälpfakta eller indiciebevisning. Samtidigt bör även faktorer såsom bevisets styrka och tillförlitlighet tas i beaktande vid bedömningen av huruvida en rättegång har varit rättvis. Det talar för att det inte finns ett generellt krav på ytterligare utredning i målet eller så kallad stödbevisning vid bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung.

Hur bevismedel med oklart ursprung ska hanteras enligt gällande rätt blir därför först och främst en fråga som hanteras genom bevisvärdering. En förutsättning för att bevisprövningen ska vara förenlig med rätten till en rättvis rättegång är dock att domstolen verkligen kan utvärdera hur tillförlitlig och stark bevisningen är i dessa fall. Bevismedlets ursprung kan ha stor betydelse för dess bevisvärde och hur ursprunget påverkar ett bevismedels bevisfakta bör kunna variera. Hur en bevisvärdering av bevismedel med oklart ursprung går till i underrätterna och hur problemen som är förenade med dessa bevismedel hanteras kommer att undersökas i nästkommande avsnitt.

3 Bevisprövningen i underrätterna

3.1 Inledande ord

Så här långt har gällande rätt avseende hanteringen av bevismedel med oklart ursprung redogjorts för på ett övergripande plan. Domstolar har begränsade möjligheter att hitta ledning från lagstiftning vid bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung på grund av bland annat den fria bevisprövningen. Högsta domstolen är vidare sparsam med att ge riktlinjer för hur denna typ av bevisning bör prövas mot bakgrund av att bevisprövningen är just fri. Det sagda väcker enligt min mening frågan om hur underrätterna prövar bevismedel med oklart ursprung. I följande kapitel redogörs därför för framför allt två sorters bevismedel med ett oklart ursprung. Inledningsvis redogörs för en grupp rättsfall där det inte gick att redogöra för hur bevisanskaffningen hade gått till, nämligen de så kallade EncroChat-fallen. Därefter följer en redogörelse för bevisprövningen av så kallad överskottsinformation, ett bevismedel som har inhämtats genom avlyssning av ibland okända personer i okända sammanhang.

3.2 EncroChat-fallen

3.2.1 Bakgrund

Under 2017 påträffade franska myndigheter modifierade telefoner med dubbla operativsystem varav det ena innehöll en krypterad kommunikationstjänst. Telefonerna, som gick under handelsbeteckningen EncroChat, undersöktes vidare av det nationella gendarmeriet (L'Institut de Recherche Criminelle de la Gendarmerie Nationale) som bedömde att telefonerna främst användes inom kriminella kretsar och att de där användes för framför allt olaglig narkotikahandel och transporter. Undersökningen ansågs visa att själva syftet med EncroChat var att bistå kriminella organisationer i sin verksamhet, med hänvisning till bland annat de anonymitetsgarantier som utfärdades i återförsäljningsvillkoren. Det nationella gendarmeriets tekniska undersökningar av de påträffade telefonerna mynnade ut i slutsatsen att kommunikationerna mellan EncroChats kunder, bosatta över hela världen, skedde via servrar som var installerade i Frankrike.

Det nationella gendarmeriet ingick sedan i ett samarbete med andra franska och nederländska myndigheter i ledning av Europol. Samarbetet beskrivs sedan ha resulterat i skapandet av en så kallad ”teknisk lösning” som tjänade till att inhämta, dekryptera och avläsa EncroChat-användarnas kommunikationer. Kommunikationerna har till viss del kunnat följas i realtid och har delats med ett stort antal länder, däribland Sverige. Sedan april 2020 har den Nationella operativa avdelningen (NOA) för svensk del deltagit i den av Europol ledda insatsen och har till viss del kunnat följa innehållet i kommunikationerna i realtid. Under natten mellan den 12 och 13 juni 2020 skickade företaget EncroChat ut ett meddelande till samtliga användare med uppmaningen att stänga av och göra sig av med sin telefon omgående.¹⁵⁸

Detaljer om hur dekrypteringen och informationsinhämtningen har gått till har inte utlämnats av ansvariga franska myndigheter med hänvisning till försvarssekretess.¹⁵⁹ Ytterligare information om själva inhämtandet av bevismaterial från EncroChat än den som har redogjorts för ovan har i allt väsentligt inte tillgängliggjorts för svenska domstolar.¹⁶⁰

Svenska brottsutredande myndigheter har kunnat få ta del av det insamlade materialet genom utfärdandet av en europisk utredningsorder. Detta förfarande regleras i Lag (2017:1000) om en europeisk utredningsorder (LEU). Med stöd av LEU kan svenska åklagare bland annat inhämta bevismedel som finns hos myndigheter i andra medlemsstater.¹⁶¹ En utredningsorder får inte utfärdas för att förmå utländska myndigheter att utföra en åtgärd som inte är möjlig att vidta enligt svensk rätt.¹⁶² Utredningsordern kan dock omfatta uppgifter som exempelvis finns i databaser som innehas av polisiära eller rättsliga myndigheter i andra medlemsstater.¹⁶³

När svenska brottsutredande myndigheter utfärdande utredningsordrar avseende EncroChat-materialet fanns redan materialet inhämtat av utländska myndigheter. Förfarandet skulle därför kunna anses vara förenligt med reglerna i LEU. Däremot är det inte säkert att förfarandet vid själva insamlingstillfället var förenligt med svensk rätt då det vid en motsvarande datainsamling i Sverige hade krävts beslut från en svensk domstol.¹⁶⁴ Det

¹⁵⁸ *EncroChat-utredningen i Frankrike*, på s. 1.

¹⁵⁹ *EncroChat-utredningen i Frankrike*, på s. 1–2.

¹⁶⁰ Jfr. exempelvis Norrköpings tingsrätt dom den 18 juni 2021 i mål B 1198–20 på s. 61–64.

¹⁶¹ Se prop. 2016/17:218, på s. 240 f.

¹⁶² Se prop. 2016/17:218, på s. 243 f.

¹⁶³ Rådets direktiv 2014/41/EU av den 3 april 2014 om en europeisk utredningsorder på det straffrättsliga området, art. 10.2 b.

¹⁶⁴ 14 § Lag (2020:62) om hemlig dataavläsning (HDAL).

mesta tyder på att bevisanskaffningen inte hade varit förenlig med svensk rätt om den hade vidtagits i Sverige. Franska myndigheter har bedyrat att den information som har inhämtats har gjorts så med stöd av fransk lag.¹⁶⁵ De närmare detaljerna om bevisanskaffningen är dock höljda i dunkel, eftersom EU:s medlemsstater inte har någon skyldighet att röja sina metoder för brottsbekämpning för andra medlemsstater. LEU bygger istället på ett ömsesidigt förtroende för att medlemsstaternas rättskipning är förenlig med unionsrätten.¹⁶⁶ Det faktum att metoden för bevisanskaffningen är okänd kom naturligtvis att påtalas, inte minst av de som sedan åtalades med stöd av EncroChat-bevisningen. En invändning var att tillvägagångssättet närmast kunde liknas vid en urskillningslös massövervakning som dessutom hade genomförts av främmande makt.¹⁶⁷ Bevisanskaffningens förenlighet med svensk lag och EKMR skulle därför kunna ifrågasättas. Flera av de tilltalade ansåg att ifall bevisanskaffningen skulle komma att bedömas som laglig av domstolen var det i varje fall svårt att bemöta bevisningen.

3.2.2 EncroChat-materialet skulle inte avvisas

En första fråga som många domstolar runt om i landet behövde ta ställning till var om EncroChat-materialet skulle få tillföras processen över huvud taget. En vanligt förekommande invändning från den tilltalade parten var att bevisningen inte kunde tillmätas något värde eftersom den hade inhämtats på ett sätt som knappast kunde vara förenligt med EKMR. Med ledning av bland annat det relativt färskt avgörandet från Högsta domstolen i ”Kroppskamerainspelningen” var det ingen underrätt som beslutade att avvisa bevisningen.¹⁶⁸ När frågan om bevisprövningen av EncroChat-materialet överklagades till Högsta domstolen meddelades inget prövningstillstånd.¹⁶⁹ Möjligen var Högsta domstolens uttalanden i ”Kroppskamerainspelningen” avgörande för att landets underrätter enhälligt skulle besluta att tillåta bevisningen. I fallet hade Högsta domstolen som bekant konstaterat att den omständigheten att bevisningen kunde vara olagligt anskaffad eller anskaffad på under oklara förhållanden inte ensamt utgör grund för avvisning i normalfallet.

¹⁶⁵ *EncroChat-utredningen i Frankrike*, på s. 1.

¹⁶⁶ Skäl 14 i Rådets direktiv 2014/41/EU av den 3 april 2014 om en europeisk utredningsorder på det straffrättsliga området.

¹⁶⁷ Se exempelvis försvarets invändningar i Solna tingsrätt dom den 16 juli 2021 i mål B 10412–20.

¹⁶⁸ Se exempelvis Göteborgs tingsrätts beslut den 24 mars 2021 i mål B 533–21, Norrköpings tingsrätts beslut den 30 mars 2021 i mål B 1198–20 och Södertörns tingsrätts beslut den 31 mars 2021 i mål B 3712–12.

¹⁶⁹ Se Högsta domstolens beslut den 19 maj 2021 i mål B 2222–21.

I rättsfallsanalysen av EncroChat-fallen har det inte kunnat observera något exempel där en domstol slagit fast att bevisanskaffningen var laglig. Domstolarna har istället nöjt sig med att det inte har kunnat visas att bevisanskaffningen hade varit olaglig.¹⁷⁰ I anslutning till denna bedömning har domstolarna understrukit att bevismedlen har anskaffats i enlighet med LEU och att lagen bygger på ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna. Domstolarna har också lyft fram att de inte anser att det finns något hinder vare sig i Regeringsformen eller EKMR mot att grunda en dom på olagligt åtkommen bevisning.¹⁷¹ Den omständighet att informationsinsamlingen har utförts av en annan stat har inte heller varit av utslagsgivande betydelse för avvisningsfrågan.¹⁷² Hur bevisanskaffningen egentligen har gått till verkar med andra ord inte ha varit av någon större betydelse när domstolarna har behandlat frågan om avvisning.

Det finns även flera andra brister i EncroChat-materialet som åberopades som stöd för att bevismedlet skulle avvisas. Materialet utgjordes framför allt av chatt-meddelanden, röstsamtal och bilder men materialet var inte alltid sammanhängande och det framgick att det måste saknas meddelanden här och var. Detta antogs bero på att kommunikationen hade skett parallellt via även andra kommunikationskanaler. Det antogs att en tilltalad hade kunnat skriva ett meddelande på exempelvis EncroChat och ta emot ett svar på en annan kommunikationstjänst. En annan brist i bevismedlet var den så kallade ”burner-funktionen”. Denna funktion innebar att det gick att skicka meddelanden som raderades efter en viss tid. Det kunde därför inte uteslutas att mottagaren av ett visst meddelande inte hade läst meddelandet innan det raderades.¹⁷³ EncroChat-telefonerna var därtill dyra att införskaffa och flera av de tilltalade påstod att de delade telefonen med flera andra personer. Det var därför inte uteslutet att någon annan än den tilltalade kunde ha brukat telefonen.¹⁷⁴ EncroChat-materialet var med andra ord behäftat även med brister som inte var direkt kopplade till bevisanskaffningen. En viss del av materialet hade inte heller kunnat dekrypteras vilket antogs stå för en del av informationsbortfallet.

Om metoderna för bevisanskaffningen hade varit kända hade det enligt min mening sannolikt varit lättare att förstå materialets innehåll. Frågan om bevisanskaffningens påverkan på materialets innehåll behandlades dock inte närmare av underrätterna i anslutning till avvisningsfrågan. Domstolarna ansåg inte att bristerna var så pass allvarliga att materialet inte kunde läggas

¹⁷⁰ Se Svea hovrätt, dom den 18 december 2020 i mål B 12120–20.

¹⁷¹ Se Svea hovrätt, dom den 18 december 2020 i mål B 12120–20.

¹⁷² Se exempelvis Svea hovrätt, beslut den 26 mars 2021 i mål B 3203–21.

¹⁷³ Se exempelvis Attunda tingsrätt, dom den 22 februari 2021 i mål B 10010–20.

¹⁷⁴ Se exempelvis Stockholms tingsrätts dom den 22 april 2021 i mål B 5546–20.

till grund för bedömningen i målet.¹⁷⁵ Istället ansågs bristerna i materialet medföra att innehållet måste värderas med försiktighet.¹⁷⁶ Huruvida bevismedlets ursprung skulle tillmätas någon betydelse skulle bedömas inom ramen för domstolens fria bevisprövning.¹⁷⁷

3.2.3 Bevisvärderingen av EncroChat-materialet

När det stod klart att EncroChat-materialet inte skulle avvisas blev nästa fråga hur materialet, med alla dess inneboende brister, skulle värderas. I de undersökta fallen har de tilltalade åtalats för till övervägande del likartade gärningar. De vanligast förekommande åtalen rör vapenbrott, narkotikabrott, mord och förberedelse till mord samt medhjälp till dessa brott. Bevismedlen är också likartade och består framförallt av utdrag (så kallade exporter) av kommunikation på EncroChat. Endast i en av de undersökta domarna saknades det resonemang om materialets bevisvärde vilket bör bero på att materialet där endast utgjorde ett av många åberopade bevismedel. I de undersökta fallen har det vidare funnits flera gemensamma nämnare vad gäller bristerna i materialet. Det saknas därför anledning att i detalj redogöra för samtliga enskilda fall. Nedan följer istället en redogörelse för ett av fallen som kan sägas illustrera hur det har kunnat se ut vid bevisprövningen av EncroChat-materialet följt av en mer generell analys av domarna.

I Solna tingsrätts dom den 16 juli 2021 i mål B 10412–20 stod nio personer åtalade för förberedelse till mord, stämpling till mord, grovt vapenbrott, medhjälp till grovt vapenbrott och grovt narkotikabrott. Målet gällde en konflikt mellan två rivaliserande gäng. En stor del av de bevismedel som åberopades av åklagaren utgjordes av utdrag från kommunikationer som skett mellan de tilltalade personerna och andra via EncroChat. Befattning med Encro-telefoner var enligt åklagaren i sig en omständighet som skulle beaktas vid bedömningen av skuldfrågan eftersom Encro-telefonerna främst användes i kriminella kretsar. Huvudfrågan för tingsrätten beskrivs ha varit om enskilda meddelanden med säkerhet kunde knytas till någon eller några av de tilltalade. Eftersom EncroChat-användarna inte kommunicerade med sina riktiga namn behövde respektive användarnamn kopplas till respektive tilltalade. Kopplingen gjordes genom att försöka hitta vad domstolen benämner som överensstämmande omständigheter. Sådana omständigheter utgjordes exempelvis av att kommunikationerna till viss del innehöll bilder, namn, samtalsämnen och annat som kunde kopplas till respektive tilltalad. Därutöver kunde uppkopplingar till telefonmaster från de tilltalades ”vanliga”

¹⁷⁵ Se exempelvis Stockholms tingsrätts dom den 22 april 2021 i mål B 5546–20.

¹⁷⁶ Se exempelvis Svea Hovrätts dom den 19 mars 2021 i mål B 1090–21.

¹⁷⁷ Se exempelvis Svea Hovrätts beslut den 26 mars 2021 i mål B 3203–21.

telefoner användas för att bedöma deras rörelsemönster. Dessa uppkopplingar jämfördes sedan med innehållet i EncroChat-materialet för att bedöma huruvida de befunnit sig på de platser som de samtalat om på Encro-telefonerna. Tingsrätten kunde därigenom koppla ihop en viss tilltalad till ett visst användarnamn och använda EncroChat-materialet som stöd för att en tilltalad hade agerat i enlighet med åklagarens gärningsbeskrivning. Tingsrätten hänvisade även till flertalet fällande hovrättsdomar där EncroChat-material hade tillerkänts ett relativt högt bevisvärde och anförde att det saknades anledning att i detta fall göra en annan bedömning. Kommunikationerna i EncroChat-materialet skulle emellertid inte kunna tas för goda utan kritisk granskning.¹⁷⁸

Tingsrättens utgångspunkt var, enligt min mening, förhållandevis tydlig. Domstolen menade att utgångspunkten för prövningen av materialets tillförlitlighet var att *vad* bevisningen utvisar har större betydelse än *hur* polisen eller åklagarna har kommit över bevisningen. Materialet skulle vidare bedömas med särskild försiktighet till den del materialet saknade detaljer eller framstod som ofullständigt, varvid det enligt domstolen borde krävas att innehållet i materialet till den delen överensstämde med annan utredning i målet. Domstolen verkar med andra ord inte anse att det finns något generellt krav på så kallad stödbevisning i dessa fall. Domstolen bedömde därtill att bevismaterialet kunde tillerkännas ett högt bevisvärde åtminstone till den del dess innehåll var tydligt. Vid ett tillfälle refererar domstolen även till vad man kallar för kraven på *tillförlitlighet* och *exakthet* med hänvisning till Högsta domstolens domskäl i ”Kroppskamerainspelningen”. Tingsrätten syftade härvid på att bevismedlens tillförlitlighet och exakthet ska beaktas vid bedömningen av huruvida rättegången har varit rättvis. Uttalandet kan ge uttryck för att Europadomstolens praxis har letat sig ner även i tingsrätterna vid bedömningen av bevismedel med oklart ursprung.

I det aktuella fallet invände de tilltalade att de haft begränsade möjligheter att kontrollera och ifrågasätta bevisningens äkthet. De hävdade även att inhämtandet av bevisningen och dess åberopande innebar en kränkning av rätten till en rättvis rättegång i art. 6 EKMR och rätten till privatliv i art. 8 EKMR. Vidare hävdade de tilltalade att bevisningen hade inhämtats utan att sedvanliga rättssäkerhetsgarantier hade iakttagits, med hänvisning till NJA 2011 s. 638. Det rättsfall som de tilltalade hänvisade till gällde ett fall där polismyndigheten hade kommit över bevismedel genom bevisprovokation. Högsta domstolen uttalade i fallet att särskild försiktighet är påkallad vid bevisvärderingen av bevismedel som har anskaffats genom okonventionella

¹⁷⁸ Solna tingsrätt dom den 16 juli i mål B 10412–20 på s. 87.

metoder samt att domstolen ska ta hänsyn till om den enskildes rättssäkerhetsgarantier kan ha åsidosatts vid bevisanskaffningen.

De tilltalade hävdade även att bevisningen hade inhämtats i strid med lag, med hänvisning till NJA 1986 s. 489 ”Laboratorieassistenten”. I ”Laboratorieassistenten” bedömde Högsta domstolen att ett blodprov som hade tagits i strid med lag, nämligen av en laboratorieassistent istället för en läkare eller legitimerad sjuksköterska som lagen föreskriver, kunde ligga till grund för fällande dom.¹⁷⁹ Högsta domstolen tog dock hänsyn till hur bevisanskaffningen hade gått till vid påföljdsbestämningen och sänkte straffet för den tilltalade något, vilket kan tolkas som en slags kompensation. Högsta domstolen gav vidare uttryck för att det generellt ställs högre krav på bevisvärderingen av bevismedel som anskaffas i strid med lag eftersom kvalitetsgaranterande rutiner kan ha åsidosatts vid bevisanskaffningen men att det inte finns något principiellt hinder mot att tillmäta ett sådant bevismedel ett högt bevisvärde.

Gällande de tilltalades invändningar bedömdes EncroChat-materialet ha ett reellt bevisvärde under förutsättning att de tilltalade hade haft möjlighet att granska och ifrågasätta materialet, att meddelandena gav en klar bild av ett visst händelseförlopp eller gärning samt att det hade klargjorts vem som var avsändaren. Härvid avsågs uppenbarligen inte att de tilltalade behövde få information om materialets ursprung för att kunna granska materialet. Det räckte att de fick tillgång till det material som hade åberopats av åklagaren. För de flesta åtalspunkterna fanns också andra bevismedel i form av beslag, vittnens iakttagelser och erkännanden. Avseende en av åtalspunkterna var dock EncroChat-materialet i princip ensamt utslagsgivande. Tingsrätten meddelade fällande domar mot samtliga tilltalade trots att det vid en av åtalspunkterna i princip helt saknades annan bevisning.

3.2.4 Generella slutsatser av bevisvärderingen

Min bedömning är att domstolarna generellt har värderat bevismedlen utifrån de brister som funnits och utifrån vilka slutsatser som gått att dra med dessa brister i beaktande. Domstolarna har exempelvis uttryckligen konstaterat att *vad* bevisningen utvisar har större betydelse än *hur* polisen eller åklagarna har kommit över bevisningen.¹⁸⁰ Om materialet varit mycket tydligt och av hög kvalitet har det inte tillmätts ett lägre bevisvärde enbart på grund av dess ursprung.¹⁸¹ Det finns i det avseendet inget som tyder på att domstolarna har

¹⁷⁹ Jfr. 28 kap. 13 § RB och NJA 1986 s. 489 ”Laboratorieassistenten”.

¹⁸⁰ Se exempelvis Solna Tingsrätt dom den 16 juli i mål B 10412–20.

¹⁸¹ Se exempelvis Solna Tingsrätt dom den 23 juli i mål B 20–21.

ansett att EncroChat-materialet per automatik skulle tillmätas ett lägre bevisvärde på grund av dess oklara ursprung. I två av de undersökta domarna anförde dock domstolen att om materialet var av avgörande betydelse skulle bevisanskaffningen särskilt beaktas vid bevisvärderingen.¹⁸²

I de undersökta domarna saknas till större delen uttryckliga resonemang om vilka tänkbara brister i innehållet som bevismedlens oklara ursprung kan medföra. Istället har domstolarna fokuserat sin bedömning på de brister i materialets innehåll som uppenbarar sig vid en ”vanlig” bevisprövning. Jag menar att det finns en viss skillnad mellan dessa två tillvägagångssätt. Domstolen bör beakta på vilka sätt bevisanskaffningen påverkar bevismedlets innehåll för att kunna värdera bevismedlet. Först därefter kan domstolen fullt ut förstå bevismedlets eventuella brister. I EncroChat-fallen har domstolarna bedömt de brister som har gått att observera utan att någon särskild hänsyn tas till bevismedlens oklara ursprung. I de fall domstolarna har ansett att innehållet i materialet har varit tydligt har det kunnat räcka för en fällande dom.

3.2.5 Behövdes det ytterligare bevismedel?

Det kan inledningsvis konstateras att det i många av de undersökta fallen fanns ytterligare bevismedel än material från EncroChat. Exempelvis hade det i flera av fallen gjorts beslag i form av bland annat vapen och narkotika som gav stöd åt att den tilltalade hade agerat på det sätt som EncroChat-materialet antydde.¹⁸³ I de flesta fallen kunde också överensstämmande omständigheter på olika sätt ge stöd för att det var den tilltalade som stod bakom det alias som figurerade i kommunikationerna. Som tidigare har nämnts har det observerats fall där domstolarna har tillmätt EncroChat-materialet sådan betydelse att det har räckt för fällande dom även om det i princip har saknats annan bevisning. I dessa fall betonade domstolarna bland annat att innehållet i materialet var mycket omfattande och att konversationerna hade skett under en lång tid.¹⁸⁴ Att det i allt väsentligt saknades andra bevismedel som talade i samma riktning som EncroChat-materialet hindrade inte att fällande domar kunde meddelas.¹⁸⁵ I ett av de undersökta fallen saknades det dessutom specifika överensstämmande omständigheter, det vill säga omständigheter som kopplade innehållet i EncroChat-materialet till den tilltalade. Däremot kunde EncroChat-materialet vinna stöd av generella överensstämmande omständigheter. De generella

¹⁸² Se Svea hovrätt dom den 7 maj 2021 i mål B 3203–21 och Solna tingsrätt dom den 23 juli i mål B 20–21.

¹⁸³ Se exempelvis Stockholms tingsrätt dom den 22 april 2021 i mål B 5546–20.

¹⁸⁴ Se Hovrätten för Västra Sverige dom den 18 maj 2021 i mål B 1858–21.

¹⁸⁵ Se exempelvis Hovrätten för västra Sveriges dom den 28 maj 2021 i mål B 2659–21.

överensstämmande omständigheterna utgjordes i det fallet av referenser i EncroChat-materialet till diverse tillgångar som det kriminella nätverket som den tilltalade tillhörde förfogade över.¹⁸⁶ Den omständighet att bevismedlet hade ett oklart ursprung har sammantaget inte ansetts föranleda ett generellt behov av ytterligare bevismedel som talar i samma riktning som EncroChat-materialet. I de fall åtalet inte ansågs styrkt uppges det i domskälen ha berott på att EncroChat-materialet av olika skäl inte ansågs vara tillräckligt tydligt.¹⁸⁷

Det har emellertid påträffats ett fall där domstolen har varit mera tveksam till EncroChat-materialets förmåga att stå på egna ben med anledning av bevismedlets oklara ursprung. Svea hovrätt ogillade åtalet i ett mål om narkotikabrott och vapenbrott där EncroChat-material hade utgjort den helt avgörande bevisningen i målet.¹⁸⁸ I tingsrätten hade den tilltalade dömts till fängelse i tre år och nio månader för grovt vapenbrott. I det aktuella fallet fanns viss annan bevisning i form av överensstämmande omständigheter mellan den tilltalade och det alias som figurerade i EncroChat-materialet. Det fanns därtill indiciebevisning i form av DNA-spår från den tilltalade i anslutning till brottsplatsen. Det saknades dock DNA-spår som på ett direkt sätt kopplade den tilltalade till de beslag som hade gjorts i form av vapen och narkotika. Hovrätten anförde att bevisningen, delvis mot bakgrund av de oklarheter som rådde om åtkomsten till bevisningen, inte var så robust att de omständigheter som i och för sig kunde anses tala för den tilltalades skuld hade sådan tyngd att åklagarnas bevisbörda hade uppfyllts. Hovrätten uttalade även att bevismedlets ursprung särskilt skulle beaktas om bevismedlet är av avgörande betydelse för utgången i målet.

I andra undersökta fall har utgången dock varit en annan.¹⁸⁹ I flera av de övriga fallen hade EncroChat-materialet utgjort en helt central del av utredningen i målet utan att stödbevisning ansågs nödvändig. Det går därför inte att mot bakgrund av enbart den friande domen i Svea hovrätt hävda att domstolarna tillämpar ett generellt krav på att det ska finnas även annan bevisning som pekar i samma riktning som EncroChat-materialet. Det är tänkbart att Svea hovrätt i den friande domen helt enkelt ansåg att det fanns för stora brister i det framlagda materialet. Huruvida bristerna i det fallet var mer omfattande än i övriga fall är svårt att avgöra. Det framgår dock tydligt att domstolen i detta fall ansåg att oklarheterna avseende bevisanskaffningen

¹⁸⁶ Se Södertörns tingsrätt dom den 14 juli 2021 i mål B 3712–21.

¹⁸⁷ Se exempelvis Södertälje tingsrätt dom den 5 juli 2021 i mål B 2559–20.

¹⁸⁸ Se Svea hovrätts dom den 7 maj 2021 i mål B 3203–21.

¹⁸⁹ Se exempelvis Hovrätten för Västra Sveriges dom den 18 maj 2021 i mål nr B 1858–21 och Svea hovrätts dom den 21 maj 2021 i mål B 2251–21.

påkallade en sådan försiktighet vid bevisvärderingen att det framlagda materialet inte räckte till.

En annan intressant aspekt av den friande domen i Svea hovrätt rör domstolens resonemang om förhållandet mellan bevisvärderingen och den tilltalades möjligheter att bemöta bevismedlet. Domstolen anförde att den tilltalades möjligheter att försvara sig mot anklagelsen hade blivit klart begränsade på grund av oklarheterna avseende bevisanskaffningen¹⁹⁰, vilket i sin tur påverkade domstolens möjlighet att bedöma värdet av EncroChat-materialet. Hur påverkan på bevisvärderingen egentligen såg ut har dock inte gått att observera även om det oklara ursprunget, givet utgången i målet, sannolikt påverkade bevisvärdet i negativ riktning.

Liknande resonemang saknas i övriga domar med undantag för en av tingsrättsdomarna i vilken tingsrätten anförde att bevisanskaffningen särskilt skulle beaktas om bevismedlet fick en avgörande betydelse för utgången i målet. I det aktuella fallet fanns dock gott om andra bevismedel varför det eventuella kravet på ”stödbevisning” aldrig ställdes på sin spets. Jämfört med övriga fall utgör den friande domen från Svea hovrätt därmed något av en avvikelse.

En ytterligare nämnvärd aspekt av den friande domen i Svea hovrätt är att domstolen till stor del byggde sina resonemang på delar av den praxis från Europadomstolen som har redogjorts för i kapitel två, samt på Högsta domstolens tolkningar av denna praxis.¹⁹¹ Det tycks vara delvis med stöd av denna praxis som Svea hovrätt ansåg att bevisvärdet av EncroChat-materialet påverkades av försvarets möjlighet att bemöta materialet. I de andra undersökta fallen behandlades också praxis från Europadomstolen, fast utan att det gjordes liknande uttalanden om bevisvärderingens förhållande till möjligheten att bemöta bevisningen.

Innan den friande domen i Svea hovrätt kan bedömningarna i EncroChat-fallen i princip beskrivas som likartade. Fällande domar har, enligt min bedömning, kunnat meddelas utan stöd från annan bevisning i form av exempelvis beslag eller vittnesmål förutsatt att domstolen har ansett att EncroChat-materialet varit tillräckligt i det aktuella fallet. När materialet har ansetts för bristfälligt har domstolarna bedömt att åklagarens gärningspåståenden inte blivit styrkta. Den friande domen i Svea hovrätt och det uttalande som gjordes i en av tingsrättsdomarna indikerar emellertid att särskild varsamhet kan vara påkallad i vissa fall. Om EncroChat-materialet

¹⁹⁰ Se Svea hovrätts dom den 7 maj 2021 i mål B 3203–21, på s. 9.

¹⁹¹ Se Svea hovrätts dom den 7 maj 2021 i mål B 3203–21, på s. 9.

utgjorde den helt avgörande bevisningen verkar viss osäkerhet ha kunnat uppstå. Frågan aktualiserades inte i tingsrättsdomen men ledde till att Svea hovrätt friade den tilltalade med motiveringen att bevisningen inte ansågs tillräckligt robust. Svea hovrätt uttryckte inget formellt krav på att EncroChat-materialet ska kompletteras med andra bevismedel utan bevisningen var helt enkelt inte tillräcklig.

Svea hovrätts bedömning var att åtalet inte höll mot bakgrund av bland annat bevismedlets oklara ursprung. Domen lämnar dock, enligt min bedömning, en central fråga obesvarad, nämligen ifall domstolen ansåg att bevisningen gav ett otillräckligt svar på den tilltalades skuld eller om det var av andra skäl som en fällande dom som huvudsakligen stödde sig på denna bevisning inte kunde meddelas? Sådana tänkbara skäl skulle mot bakgrund av domstolens resonemang i domen kunna utgöras av att bevisningen brast i förhållande till kontradiktionsprincipen eller risken att rättegången inte skulle uppfylla kraven på en rättvis rättegång enligt art. 6 EKMR.

Den friande domen i Svea hovrätt den 7 maj 2021 verkar ha genererat en förändring i det, fram till dess, relativt tydliga rättsläget. I några av de nyare undersökta fallen har domstolarna, med hänvisning till domen från Svea hovrätt, frikännt den tilltalade på den grund att det saknats ”stödbevisning”.¹⁹² I ett fall anförde domstolen att EncroChat-material måste prövas med stor försiktighet och att det i mål där sådant material förekommer som regel krävs omfattande stödbevisning för fällande dom.¹⁹³ I ett annat fall hänvisade domstolen till rätten till rättvis rättegång och anförde att en fällande dom aldrig kan baseras endast på uppgifter i form av EncroChat-material. Domstolen anförde att EncroChat-material behöver stöd av annan bevisning med tillräcklig styrka för att kunna ligga till grund för en fällande dom. Domstolen tillade att vad som är tillräckligt stark ”stödbevisning” varierar med omständigheterna i respektive fall och kan inte generellt kvantifieras.¹⁹⁴ I ett annat fall anförde domstolen att det i avsaknad av ”stödbevisning” i form av annan bevisning än EncroChat-materialet inte var styrkt att den tilltalade hade agerat i enlighet med gärningsbeskrivningen. Den tilltalade frikändes trots att det ansågs utrett att den tilltalade hade skrivit meddelanden över EncroChat om befattning med sådana vapen som avsågs i gärningsbeskrivningen.¹⁹⁵

¹⁹² Se Göteborgs tingsrätt dom den 30 november 2021 i mål B 1359–21 och B 1343–21, Göteborgs tingsrätt dom den 12 december 2021 i mål B 3913–21.

¹⁹³ Ystad tingsrätt, dom den 14 juni 2021 i mål B 1389–20.

¹⁹⁴ Vänersborg tingsrätt dom den 24 juni 2021 i mål B 4861–20.

¹⁹⁵ Göteborgs tingsrätt dom den 30 november i mål B 1359–21 och B 1343–21.

Domstolarna tycks i dessa fyra fall¹⁹⁶ tillämpa vad som närmast kan beskrivas som ett formellt krav på så kallad stödbevisning. Att det har kunnat presenteras hjälpfakta i form av exempelvis överensstämmande omständigheter som har kunnat knyta den tilltalade till innehållet i EncroChat-materialet har i dessa fall inte räckt till för en fällande dom. Det tillämpade kravet på stödbevisning verkar i de analyserade rättsfallen alltså ha inneburit att det måste åberopas indiciebevisning eller andra bevismedel med direkt koppling till beviset. Samtidigt finns det fall där domstolarna, i fall där dom har meddelats efter den friande domen i Svea hovrätt, inte har sett ett behov av andra bevismedel än EncroChat-material för att styrka en viss åtalspunkt och meddela fällande dom.¹⁹⁷ Dessa olikheter antyder att det råder viss osäkerhet kring huruvida det är möjligt att meddela en fällande dom enbart eller huvudsakligen med stöd av material från EncroChat. Att tolka den friande domen i Svea hovrätt som att det föreligger ett krav på så kallad stödbevisning i dessa fall är enligt min uppfattning felaktigt. Något sådant krav kan som tidigare har nämnts inte anses följa av Europadomstolens eller Högsta domstolens praxis. Att härleda en sådan bevisregel från hovrättspraxis är inte heller förenligt med den fria bevisprövningen.

3.2.6 De tilltalades invändningar

De invändningar som de tilltalade riktade mot EncroChat-materialet vann som tidigare har behandlats ingen framgång gällande materialets tillåtlighet i processen. I de flesta av de undersökta domarna kom dock invändningarna att aktualiseras på nytt senare i processen.

En vanligt förekommande invändning var att materialet var svårt att bemöta av olika skäl. Eftersom materialets ursprung var oklart upplevdes det svårt att föra motbevisning och därutöver upplevde de tilltalade att de inte hade tillgång till allt material som hade inhämtats av åklagaren.¹⁹⁸ Generellt innebar inte dessa invändningar att domstolen vidtog några särskilda åtgärder. Domstolarna ansåg att det räckte med att de tilltalade fick ta del av den bevisning som åklagaren hade åberopat och att de hade fått alla nödvändiga

¹⁹⁶ Göteborgs tingsrätt dom den 30 november 2021 i mål B 1359–21 och B 1343–21, Göteborgs tingsrätt dom den 12 december 2021 i mål B 3913–21, Ystad tingsrätt, dom den 14 juni 2021 i mål B 1389–20. Vänersborg tingsrätt dom den 24 juni 2021 i mål B 4861–20.

¹⁹⁷ Se exempelvis Södertörn tingsrätt dom den 14 juli i mål B 3712–21, Norrköpings tingsrätt dom den 18 juni 2021 i mål B 1198–20 och Södertälje tingsrätt dom den 5 juli 2021 i mål B 2559–20.

¹⁹⁸ Se exempelvis Göteborgs tingsrätt dom den 29 juli i mål B 533–21 och Norrköpings tingsrätt dom den 18 juni 2021 i mål B 1198–20.

möjligheter att kritisera den.¹⁹⁹ Det har med andra ord inte gått att observera någon generell rätt för en tilltalad att få ta del av ursprunget till de bevismedel som har åberopats av åklagaren.

Den bristande kontradiktionen verkar, som tidigare har nämnts, inte heller ha påverkat bedömningen av bevisvärderingen förutom i något enstaka fall. En förutsättning för att parternas likställdhet i processen kunde upprätthållas var dock att åklagaren hade tillgängliggjort allt material som var av betydelse. I ett av EncroChat-fallen förde en av försvararna in relevant EncroChat-material från en process som pågick i en annan domstol.²⁰⁰ Åklagaren hävdade att han inte kände till materialet vilket godtogs av domstolen.

Den situation som uppstod i det här fallet kan tänkas ge uttryck för ytterligare en brist i bevismaterialet som är hänförlig till dess okända ursprung. Eftersom det inte går att redogöra för hur materialet har tagits fram bör det generellt vara svårare att redogöra för hur en eventuell selektering av materialet har sett ut. En brist som präglade materialet i de flesta fall där EncroChat-material åberopades som bevisning var att allt relevant material inte verkade finnas med. Att en försvarare i ett av fallen lyckades komma över ytterligare relevant EncroChat-material från en annan utredning tyder på två saker. Dels att informationsbortfallet inte bara beror på den så kallade burner-funktionen utan på något annat, dels att det inte går att utesluta att det har skett någon typ av selektering vid bevisanskaffningen. Det sagda bör innebära att domstolarna inte bara har att beakta vad som går att säga om de observerbara bevisfakta som bevismedlet innehåller. De bör också beakta att det kan finnas annat material som kan sänka sannolikheten för att de bevisfakta som har åberopats verkligen talar för att ett visst rättsfaktum föreligger. Det kan konstateras att domstolarnas hantering av den här aspekten i princip har stannat vid att utreda huruvida innehållet i det åberopade materialet är tillräckligt tydligt samt om åberopat bevisfakta vinner stöd av annan utredning i målet.²⁰¹

Det är tänkbart att en sådan hantering av domstolarna är tillräcklig för att övertyga dem om en viss slutsats även om det inte kan uteslutas att det kan finnas annat relevant material. Det är emellertid också tänkbart att en eventuell selektering och förekomsten av annat material kan få betydelse för andra relevanta rättsfaktum i målet. I brottmål kan exempelvis straffvärdet påverkas av förmildrande omständigheter.²⁰² Om det inte går att utreda hur

¹⁹⁹ Se exempelvis Hovrätten för västra Sverige dom den 28 maj 2021 i mål B 2659–21 och Göteborgs tingsrätt dom den 29 juli i mål B 533–21.

²⁰⁰ Se Göteborgs tingsrätt dom den 29 juli 2021 i mål B 533–21.

²⁰¹ Se exempelvis Södertälje tingsrätt dom den 5 juli 2021 i mål B 2559–20 och Solna Tingsrätt dom den 23 juli i mål B 20–21.

²⁰² 29 kap. 3 § Brottsbalk (1962:700) (BRB).

ett bevismedel har anskaffats finns det en risk att det material som presenteras framför domstolen är missvisande till viss del och att exempelvis förmildrande eller försvårande omständigheter därmed missas. Hur hög risken är bör variera från fall till fall men det är likväl en risk som borde beaktas av domstolen när ett bevismedels ursprung är oklart.

En annan av de tilltalades invändningar tog fasta på att det inte gick att avgöra hur materialet hade behandlats eller bearbetats innan det hamnade i domstolen.²⁰³ De tilltalade hävdade att de därför inte hade haft möjlighet att kontrollera att gällande rutiner hade beaktats vid bearbetningen. Invändningen liknar ett påstående om manipulation såtillvida att materialet skulle kunna ha bearbetats på ett okänt eller till och med otillbörligt sätt. I ett av fallen bedömde domstolen tyngden i den här invändningen på egen hand. Domstolen vidtog då vad den kallar för en extern respektive en intern granskning av EncroChat-materialet. Den interna granskningen bestod i att domstolen bedömde innehållet i bevisningen och försökte avgöra om den var tillförlitlig. Den externa granskningen innebar att EncroChat-materialet jämfördes med övrig bevisning i målet. Invändningen beaktades i den bemärkelsen inte för sig av domstolen utan kan sägas ha integrerats som en del av bevisvärderingen. Eftersom EncroChat-materialet bedömdes vara tillförlitligt och i överensstämmelse med övrig bevisning ansågs de tilltalades invändningar inte förta styrkan av EncroChat-materialet.

I ett annat fall behandlades en liknande invändning om bearbetning på ett annat sätt.²⁰⁴ Personerna som hade arbetat med utredningen hördes om hur de hade bearbetat materialet. Tingsrätten ansåg, mot bakgrund därav, att det var visat att det material som hade presenterats framför domstolen var intakt och oförändrat i förhållande till det material som hade inhämtats från Frankrike. Att det saknades information om den ursprungliga inhämtningen i Frankrike utgjorde enligt tingsrätten en brist men tillmättes inte någon självständig betydelse.

Det har inte i något av de undersökta fallen förekommit att domstolen på egen hand har försökt utreda ursprunget till de aktuella bevismedlen. Istället har det ansetts tillräckligt att den bearbetning som gjorts av svenska brottsbekämpande myndigheter har klarlagts. I anslutning till invändningar om bevismedlens oklara ursprung har domstolarna i de flesta av de undersökta fallen hänvisat till att materialet har inhämtats genom LEU.²⁰⁵ Domstolarna verkar anse att utförligare utredning inte har varit nödvändig

²⁰³ Se exempelvis Södertörns tingsrätt dom den 14 juli 2021 i mål B 3712–21.

²⁰⁴ Göteborgs tingsrätt dom den 29 juli i mål B 533–21.

²⁰⁵ Se exempelvis Svea hovrätts dom den 2 juli 2021 i mål B 5151–21 och Svea hovrätts dom den 21 maj 2021 i mål B 2251–21.

eftersom det europeiska bevisdelningssystemet bygger på ömsesidigt förtroende. Det är även tänkbart att domstolarna inte har velat riskera sin objektivitet i bevisvärderingen genom att själva utreda bevismedlens ursprung.

En ytterligare intressant aspekt vad gäller de tilltalades invändningar är att de verkar behandlas som ett led i bedömningen av åklagarens gärningspåstående. Alternativet hade varit att bedöma invändningarna i enlighet med den av Högsta domstolen föreslagna ordningen i ”balkongfallet”. Invändningarna ska i sådana fall bedömas först om åklagarens påståenden anses styrkta. I de fall domstolen har använt sig av prövningsordningen från ”balkongfallet” har inte invändningar angående bearbetningen av materialet lyfts.²⁰⁶ Domstolarna är dock, som tidigare har nämnts, inte skyldiga att tillämpa Högsta domstolens föreslagna prövningsordning. Det är vidare tänkbart att det helt enkelt kan anses lämpligt att pröva invändningar mot bevisvärdet av den aktuella bevisningen på samma gång som bevisvärderingen görs.

3.2.7 Sammanfattning av underrätternas bevisprövning

I de ovan analyserade 25 målen behandlades likartade bevismedel av ett antal olika domstolar. De resonemang som domstolarna har fört om bevisprövningen av EncroChat-materialet liknar varandra i hög utsträckning. Typiskt för den redovisade bevisvärderingen är att det har varit innehållet i bevismedlet som ansetts ha störst betydelse. Domstolarna har tillmätt EncroChat-materialet ett högt bevisvärde under förutsättning att innehållet i materialet har varit tydligt. Endast till enskilda delar har materialets bevisvärde ansetts lågt. EncroChat-materialet har i de flesta av de undersökta fallen kunnat vinna stöd av annan utredning i målet, exempelvis av hjälpfakta i form av överensstämmande omständigheter.

Det har inte kunnat utläsas att domstolarna *generellt* tillämpar ett formellt krav på så kallad stödbevisning i dessa fall. I två av de undersökta fallen har domstolarna dock hävdats att särskild försiktighet bör vidtas när EncroChat-materialet har utgjort den helt avgörande bevisningen. I ett av fallen där EncroChat-material utgjorde den avgörande bevisningen meddelades en friande dom. Det är, enligt min mening, oklart om domstolen ansåg att bevisvärdet av den framlagda bevisningen helt enkelt var för lågt eller om fällande dom inte kunde meddelas av andra skäl. Efter att denna friande dom hade meddelats observerades det att några domstolar började tillämpa ett

²⁰⁶ Se exempelvis Svea hovrätt dom den 7 maj 2021 i mål B 3203–21.

närmast formellt krav på stödbevisning i form av andra bevismedel med en direkt koppling till det bevisstema som avsågs bevisas med EncroChat-materialet. Min uppfattning är, som tidigare har avhandlats, att en tillämpning av ett formellt krav på stödbevisning saknar stöd i gällande rätt.

Rörande invändningar om hur materialet har bearbetats har domstolarnas hantering varierat. Det är tydligt att domstolarna inte anser att bevismedlens ursprung måste klargöras för att tillmäta bevismedlen betydelse eller till och med ett högt bevisvärde.

Domstolarna har också ansett att kontradiktionsprincipen har kunnat upprätthållas utan att ett bevismedels ursprung har klarlagts. När EncroChat-materialet har utgjort den huvudsakliga bevisningen har dock viss försiktighet från domstolarnas sida kunnat observeras. Denna försiktighet har i några av fallen tyckts ha utmynnat i ett uttalat krav på stödbevisning.

Det saknas i princip helt resonemang om vilka konsekvenser för bevismedlens innehåll som det oklara ursprunget kan medföra. Domstolarnas prövning av bristerna har bestått i att granska de brister som har kunnat observeras. Tänkbara brister som kan följa av bevismedlets ursprung har endast beaktats till den del dessa har påtalats av de tilltalade. Exempelvis har materialets bearbetning beaktats av domstolen endast om de tilltalade har fört detta på tal. Vilka övriga brister som skulle kunna tillskrivas materialet måste man enligt min mening resonera sig fram till, precis som de tilltalade har gjort genom att påstå felaktig bearbetning. Sådana resonemang har domstolarna i regel inte ägnat sig åt, alternativt har sådana resonemang förts utan att de har nedtecknats i dom.

Rörande tekniskt komplicerad bevisning såsom EncroChat-materialet kan det vidare vara svårt att resonera sig fram till hur innehållet i ett bevismedel påverkas av dess ursprung. Det bör exempelvis vara svårt att precisera vad som är maskinella fakta hänförliga till ett datorsystem och vad som utgör personella subjektiva tolkningar och beräkningar.²⁰⁷ För att få större klarhet kring bevismedlens innehåll har domstolarna i några av fallen tagit hjälp av sakkunniga eller hört personal från de brottsutredande myndigheterna. I regel har dock domstolens underlag till denna del utgjorts av den information som har tillgängliggjorts av polismyndigheten. Tekniska förklaringar till hur materialet har inhämtats har uteblivit till följd av försvarssekretess. Förmodligen har domstolarna ansett att tekniska redogörelser för hur materialet kan påverkas av dess ursprung inte har behövts. Huruvida domstolarna besitter tillräcklig kunskap för att avgöra hur innehållet i tekniskt

²⁰⁷ Jfr. Ekfeldt (2016), på s. 450.

komplikerad bevisning påverkas av dess delvis okända ursprung får lämnas osagt. Uppsatsen syftar inte heller till att utvärdera domstolarnas hantering av bevismedel med oklart ursprung i enskilda fall. De ovan redogjorda fallen väcker dock enligt min mening frågor om huruvida bevisprövningen av dessa bevismedel är tillräckligt utförlig och rättssäker – frågor som kommer att diskuteras mer ingående i kapitel 4.

3.3 Bevisprövningen av överskottsinformation

3.3.1 Överskottsinformation i gällande rätt

Överskottsinformation är en typ av bevismedel som på många sätt liknar de bevismedel som behandlades i EncroChat-fallen. I EncroChat-fallen har domstolarna i vissa fall använt Högsta domstolens uttalanden i mål om överskottsinformation till stöd för sina resonemang.²⁰⁸ Jag delar domstolarnas uppfattning att de båda bevismedlen har flera gemensamma egenskaper av relevans för uppsatsämnet. De kommunikationer som inhämtades och dekrypterades i EncroChat-fallen hade ägt rum mellan då okända personer och under delvis oklara förhållanden. Överskottsinformation kan karaktäriseras på ett liknande sätt.

Polismyndigheten har idag flera olika så kallade hemliga tvångsmedel som kan används som verktyg för att anskaffa bevismedel under en brottsutredning. Sådana tvångsmedel utgörs exempelvis av hemlig övervakning av elektronisk kommunikation (HÖK).²⁰⁹ Detta tvångsmedel möjliggör för polis och åklagare att i hemlighet inhämta information som överförs mellan elektroniska kommunikationsnät. Det kan exempelvis röra sig om kommunikation mellan mobiltelefoner eller överföring mellan chattkanaler. HÖK kan exempelvis användas av brottsutredande myndigheter för att utreda var en mobiltelefon har befunnit sig vid en viss tidpunkt eller vilka andra telefoner en mobiltelefon har haft kontakt med.²¹⁰ För att brottsutredande myndigheter ska kunna avlyssna telefonsamtal (telefonavlyssning) används istället hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation (HAK).²¹¹ Övriga hemliga tvångsmedel utgörs av hemlig kameraövervakning, hemlig rumsavlyssning (buggning), kvarhållande av försändelse (postkontroll) och hemlig dataavläsning (HDA).²¹²

²⁰⁸ Se Svea hovrätts dom den 7 maj 2021 i mål B 3203–21 på s. 7.

²⁰⁹ Jfr 27 kap. 18 § RB.

²¹⁰ Fitger m.fl., kommentaren till 27 kap 18 § RB, hämtad 2022-01-03 (JUNO).

²¹¹ Jfr 27 kap. 19 § RB.

²¹² Se 27 kap. 9, 20a, 20d §§ RB och 2 § HDAL.

HDA innebär i korthet att de brottsbekämpande myndigheterna efter en tillståndsprövning kan ges möjlighet att i hemlighet och med hjälp av tekniska hjälpmedel hämta in och läsa av innehållet i kommunikationer eller lagringstjänster. Lagen möjliggör med andra ord en bevisanskaffning som liknar den som de franska myndigheterna använde sig av i EncroChat-fallen. Den mest väsentliga skillnaden är att det i Sverige krävs tillstånd från domstol för att få nyttja dessa tvångsmedel för varje person som åtgärden riktas mot.²¹³ Det saknas därför möjlighet att genomföra en sådan åtgärd som gjordes av franska myndigheter, där ett helt kommunikationssystem infiltrerades.

Överskottsinformation är benämningen på information som inhämtats genom tvångsmedel och som avser andra personer eller brott än vad som var syftet med tvångsmedelsåtgärden. När hemliga tvångsmedel används förekommer det att brottsbekämpande myndigheter kommer över sådan överskottsinformation.

I det insamlade rättsfallsmaterialet förekommer i princip endast överskottsinformation från HAK och HÖK, det vill säga överskottsinformation från avlyssnade samtal och elektroniska kommunikationer. Varför överskottsinformation från övriga tvångsmedel inte förekommer i det insamlade materialet är oklart. De slutsatser som kan dras av underrätternas redovisade bevisprövning av överskottsinformationen begränsas dock till att främst avse överskottsinformation från HAK och HÖK.

Hur överskottsinformation ska hanteras har varit föremål för en omfattande diskussion under senare år. Frågan behandlades av Högsta domstolen i NJA 2003 s. 323 ”Överskottsinformationen”. I fallet behandlades särskilt frågor om bevisprövningen av uppgifter som hade uppkommit genom HÖK (då benämnt hemlig teleavlyssning). Vid tidpunkten för rättsfallet var överskottsinformation en oreglerad företeelse i svensk rätt men sedan 2005 är överskottsinformation från HÖK reglerat och tillåtet att använda för att utreda de brott som aktualiseras i överskottsinformationen under de förutsättningar som anges i 27 kap. 23 a § RB. Överskottsinformationen bör således även kunna användas som bevis i en eventuell process²¹⁴ och detsamma bör även gälla för överskottsinformation från andra typer av tvångsmedel såsom HDA.²¹⁵ Lundqvist har inte uppfattat det på detta vis, och förfäktar istället att det bör föreligga ett bevisförbud för dessa bevismedel i avsaknad av positivt lagstöd.²¹⁶ Oaktat det påståendet förekommer överskottsinformation från

²¹³ Se 2–3 §§ HDAL.

²¹⁴ Se Fitger m.fl., kommentaren till 27 kap 23 a § RB, (JUNO), hämtad 2021-11-18.

²¹⁵ Jfr. 29 § HDAL och 27 kap. 23 a § RB.

²¹⁶ Lundquist (2015), på s. 212–213.

hemliga tvångsmedel i svenska rättsprocesser och bevisvärderas inom ramen för domstolens fria bevisprövning.²¹⁷ Lundqvists uppfattning kan därför inte sägas vinna något större stöd i den praktiska rättstillämpningen.

Min bedömning är att de uttalanden som Högsta domstolen gjorde i ”Överskottsinformation” är centrala för bevisprövningen av överskottsinformation trots den senare tillkomna regleringen. Högsta domstolen anförde att avsaknaden av positiva lagregler som reglerar det hemliga tvångsmedlet inte behöver påverka bevisvärderingen av det material som anskaffats genom åtgärden. I varje fall bör detta enligt domstolen vara fallet om beslut om avlyssning har skett i behörig ordning. Om det råder tveksamheter kring hur förfarandet kring avlyssningen har gått till bör bevisvärderingen kunna påverkas. Jag tolkar Högsta domstolens uttalande som att oklarheter vid beslutsfattandet kan bana väg för ytterligare oklarheter. Metoderna för bevisanskaffningen kan enligt detta synsätt med andra ord få betydelse för bevisvärderingen.

Högsta domstolen hävdade vidare att det ligger i sakens natur att överskottsinformation måste behandlas med försiktighet, inte minst när informationen åberopas mot någon annan person än den som har varit målet med avlyssningen. Högsta domstolen ansåg att en av de främsta anledningarna till detta var att samtalet kan ha ägt rum under oklara förutsättningar som domstolen kan ha svårt att bilda sig en uppfattning om. Sådana oklarheter kan i sin tur lämna ett inte obetydligt utrymme för missförstånd och feltolkningar. Med andra ord ansåg Högsta domstolen att det kan finnas okända omständigheter som kan påverka vad som går att utläsa ur överskottsinformation. Belastande uttalanden som härrör från överskottsinformation riskerar att bli tagna ur sitt sammanhang. Domstolen anförde med anledning därav att det endast sällan bör kunna komma i fråga att grunda en fällande dom på enbart enstaka avlyssnade samtal vid vilka överskottsinformation har inhämtats. Överskottsinformation kunde dock enligt domstolen vinna stöd av annan bevisning eller av andra avlyssnade samtal där överskottsinformation har förekommit. Den information som har anskaffats kan då bedömas sammantaget och kan då anses peka i en viss riktning.

Högsta domstolen kan genom dessa uttalanden i någon mening sägas ha gett uttryck för att det i normalfallet behövs stödbevisning. Domstolen konstaterade att en omständighet som kan påverka överskottsinformationens bevisvärde är om det funnits möjlighet att hålla förhör och motförhör med de

²¹⁷ Se exempelvis Nacka tingsrätt dom den 12 maj 2020 i mål B 10674–19 och Sundsvall tingsrätt dom 11 juni 2021 i mål B 321–21.

som har deltagit i samtalet, eller åtminstone med någon av dem. Domstolen påpekar dock att även andra omständigheter kan ha betydelse.

Min uppfattning är att överskottsinformation och EncroChat-materialet är likartade bevismedel. Den för ämnet mest centrala gemensamma nämnaren är att båda bevismedel präglas av oklarheter avseende bevisanskaffningen. De processrättsliga problem som präglar överskottsinformation är därmed lika de problem som uppenbarade sig vid prövningen av EncroChat-materialet. En skillnad är att de metoder som svenska brottsbekämpande myndigheter använder sig av vid bevisanskaffningen av överskottsinformation inte är skyddade av försvarssekretess. Det bör således vara lättare att klarlägga metoderna för bevisanskaffningen. Däremot kan det fortfarande föreligga oklarheter vad gäller omständigheterna som rådde vid tillfället för bevisanskaffningen. Det kan, som Högsta domstolen påpekade i ”Överskottsinformationen”, exempelvis vara svårt att klarlägga i vilket sammanhang som de avlyssnade eller övervakade samtalen har ägt rum och vilka personer som har varit iblandade.

3.3.2 Prövningen av överskottsinformation i underrätterna

I det här avsnittet redovisas på ett övergripande sätt hur bevisprövningen av överskottsinformation har gjorts i ett antal underrättsfall. Samtliga undersökta fall har hanterats av domstolarna efter det att Högsta domstolen år 2003 kom med de vägledande uttalanden som har redogjorts för ovan. Samtliga fall har även inträffat efter att det tillkommit lagstöd för att använda överskottsinformation från hemliga tvångsmedel. Det har inte påträffats något fall där domstolarna har avvisat överskottsinformation. De undersökta fallen har avsett olika typer av brottslighet med gemensam nämnare att överskottsinformation har åberopats som bevismedel.

I några av fallen har överskottsinformationen i princip bara använts av brottsutredande myndigheter för att utreda målet. Överskottsinformationen har i dessa fall möjliggjort för anskaffning av andra bevismedel såsom beslag och spaningsobservationer.²¹⁸ I dessa fall användes därför inte överskottsinformationen i sig som ett bevismedel utan som ett verktyg för bevis efter forskning. Bedömningen av de bevismedel som hade anskaffats med hjälp av överskottsinformationen har enligt min bedömning inte påverkats av att anskaffningen möjliggjordes av överskottsinformation. Jag

²¹⁸ Se exempelvis Malmö tingsrätt dom den 21 november 2018 i mål B 3448–18, Gävle tingsrätt dom den 7 augusti 2018 i mål B 1063–18 och Hudiksvall tingsrätt dom den 29 december 2017 i mål B 2258–17.

ser heller ingen anledning till varför bedömningen borde påverkas. Lundqvist benämner dessa typer av bevismedel som ”frukten från det förgiftade trädet”.²¹⁹ Lundqvist förfäktar att bevisning ska avvisas om den har anskaffats i ett led som följer efter den initiala och otillåtna bevisanskaffningen. Domstolarnas bevisprövning av denna ”frukt” sträcker sig emellertid inte längre än att det görs en notering om att utredningen rotar sig i överskottsinformation.²²⁰ Det intressanta i sammanhanget är istället hur domstolarna har genomfört bevisvärderingen av överskottsinformation.

Den första typen är överskottsinformation från hemliga tvångsmedel som rör annan brottslighet än den som åtgärden avsåg. I dessa fall har det exempelvis rört sig om inspelningar av avlyssnade samtal från andra mål och utredningar som har haft relevans även i det behandlade målet.²²¹ I flera av dessa fall refererar domstolarna till Högsta domstolens uttalanden i ”Överskottsinformationen” och uttalar att bevismedlet, det vill säga överskottsinformationen, ska värderas med försiktighet.²²² Denna försiktiga bevisvärdering innebär att domstolarna försöker bilda sig en uppfattning om vad bevismedlet egentligen innehåller. Denna tolkningsoperation har framför allt bestått av en utredning av vad som sägs och vilka som pratar.²²³

Det är svårt att uttala sig om huruvida domstolen gör en mer noggrann prövning än vad den hade gjort om bevismedlets ursprung hade varit klarlagt. Om bevismedlet inte hade varit överskottsinformation är det dock tänkbart att omständigheter såsom vilka som figurerar i samtalet och vad de samtalar om redan hade varit klarlagda. Det kan i så fall exempelvis antas finnas flera inspelningar och en större kunskap om vilka det är som brukar en viss telefon. Det bör enligt min mening vara detta som Högsta domstolen syftade på när den uttalade att det ligger i sakens natur att dessa bevismedel måste värderas med försiktighet.

Att bevismedlet består av överskottsinformation verkar, i ljuset av domstolarnas bevisprövning, medföra att vissa omständigheter behöver klarläggas. I fall där domstolen har uttryckt osäkerhet avseende vad ett avlyssnat samtal har handlat om har åtalet kunnat ogillas.²²⁴ Innehållet i samtalen har i dessa fall inte med tillräcklig styrka kunnat visa att den

²¹⁹ Lundqvist (2018), på s. 60.

²²⁰ Se Malmö tingsrätt dom den 21 november 2018 i mål B 3448–18, Gävle tingsrätt dom den 7 augusti 2018 i mål B 1063–18.

²²¹ Se exempelvis Attunda Tingsrätt dom den 14 december 2020 i mål B 6420–20 och Jönköping tingsrätt dom den 15 juli 2016 i mål B 1743–16.

²²² Se exempelvis Stockholm tingsrätt dom den 2 oktober 2018 i mål B 7131–15.

²²³ Se exempelvis Nacka tingsrätt dom den 12 mars i mål B 3651–20.

²²⁴ Se Nacka tingsrätt dom den 12 mars i mål B 3651–20 och Sundsvall tingsrätt dom den 11 juni 2021 i mål B 321–21.

tilltalade varit den som pratat i det avlyssnade samtalet. Denna brist har inte heller kunnat läkas genom den stödbevisning som förvisso funnits i målet.²²⁵

Det har i motsvarande mån kunnat observeras att domstolarna tillmäter överskottsinformation ett högt bevisvärde om dess innehåll har bedömts som tydligt.²²⁶ Det har med andra ord inte kunnat observeras några tecken på att domstolarna tillmäter dessa bevismedel ett lägre bevisvärde enbart på grund av att de har utgjort överskottsinformation. De brister som överskottsinformation normalt är behäftade med, såsom oklarheter avseende vad samtalen egentligen handlar om, har försökt läkas av domstolen genom att exempelvis jämföra överskottsinformationen med den övriga utredningen i målet. De brister som anknyter till bevismedlets ursprung är enligt min uppfattning i allt väsentligt förhållandevis självklara. Att utreda vem det är som hörs i ett avlyssnat samtal hade givetvis varit nödvändigt även om samtalet inte hade utgjort överskottsinformation. Min bedömning är därför att det på ett principiellt plan inte bör föreligga några egentliga svårigheter för domstolarna att värdera bevismedel i form av överskottsinformation.

Den andra typen av överskottsinformation är överskottsinformation från hemliga tvångsmedel som har riktats mot andra personer än den eller de som är tilltalad i det undersökta fallet.²²⁷ Högsta domstolen uttalade i ”Överskottsinformationen” att överskottsinformationen i dessa fall ska behandlas med särskild försiktighet. Om Högsta domstolen ansåg att det beror på att bevisvärdet i dessa fall normalt bör vara lägre, eller om den särskilda försiktigheten är påkallad på grund av den särskilda integritetskränkning som kan tänkas aktualiseras i dessa fall, är oklart.

Det finns enligt min bedömning ingenting i de undersökta underrättsfallen som tyder på att domstolarna behandlar denna andra typ av överskottsinformation på något särskilt sätt. I flera av fallen där denna andra typ av överskottsinformation har förekommit har domstolarna inte fört någon närmare diskussion om bevismedlets bevisvärde trots att bevismedlet varit överskottsinformation.²²⁸ Detsamma har kunnat observeras generellt i de undersökta fallen när överskottsinformation endast har utgjort stödbevisning.²²⁹

²²⁵ Se Nacka tingsrätt dom den 12 mars i mål B 3651–20 på s. 21–22.

²²⁶ Se exempelvis Göta hovrätt dom den 28 september 2016 i mål B 2090–16.

²²⁷ Se exempelvis Malmö tingsrätt dom den 7 november 2019 i mål B 2885–17 och Falu tingsrätt dom den 14 mars 2016 i mål B 3659–15.

²²⁸ Se exempelvis Svea hovrätt dom den 1 juni 2016 i mål B 2634–16 och Malmö tingsrätt dom den 7 november 2019 i mål B 2885–17.

²²⁹ Se exempelvis Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 19 oktober 2012 i mål B 9901–16, Uddevalla tingsrätt dom den 17 mars 2020 i mål B 554–20.

I några av de undersökta fallen har överskottsinformation utgjorts av annat än avlyssnade kommunikationer. Det har då exempelvis rört sig om mastuppkopplingar och samtalsloggar till styrkande av att den tilltalade har haft vissa kontakter eller befunnit sig på vissa platser.²³⁰ Inte heller i dessa fall har bevisvärdet av innehållet i överskottsinformation diskuterats särskilt i förhållande till att det utgjort just överskottsinformation. Anledningen till att domstolen inte diskuterat innehållets bevisvärde beror, enligt min uppfattning, på att domstolen inte sett några oklarheter som beror på att bevismedlet består i överskottsinformation.

I ett scenario där överskottsinformation har utgjort stödbevisning och en mobiltelefon som spårats på något annat sätt hade kunnat kopplas till den tilltalade, exempelvis genom beslag, bör det inte spela någon större roll ur bevisvärderingshänseende att stödbevisningen tillgängliggjorts såsom överskottsinformation. Det förutsätter dock att domstolen inte låter bevisvärderingen påverkas av de andra problem som kan tänkas vara förknippade med överskottsinformation. Sådana problematiska aspekter kan exempelvis tänkas utgöras av den integritetskränkning som en avlyssning utan ursprunglig brottsmisstanke innebär. Det finns dock inget som tyder på att domstolarna låter sådana aspekter få betydelse för bevisvärderingen av överskottsinformation. Det centrala för bedömningen har varit bevismedlets innehåll och huruvida omständigheterna vid bevisanskaffningen ger anledning att betvivla innehållets riktighet.

Det kan även nämnas att ingen av de tilltalade i de undersökta rättsfallen har påstått att innehållet i överskottsinformation skulle ha varit manipulerat på något sätt. Domstolarna har inte heller särskilt diskuterat de tilltalades möjlighet att bemöta överskottsinformation. Högsta domstolen uttalade som tidigare har nämnts att den tilltalades möjlighet att hålla motförhör med de personer som påstås figurera i de inspelade samtalen har betydelse för bevisprövningen. I förhållande till exempelvis EncroChat-fallen är möjligheterna att bemöta överskottsinformation enligt min uppfattning något bättre. Metoderna för bevisanskaffningen bör vara lättare att redogöra för. I de undersökta fallen där överskottsinformation användes gick det därtill i hög utsträckning att identifiera de personer som figurerade i de avlyssnade samtalen.²³¹ Därigenom hade motförhör kunnat hållas om så hade begärts. Min bedömning är att frågan om den tilltalades rätt till kontradiktion i annat fall hade kunnat spela en större roll för domstolarnas bedömning. Att identifiera samtalsparterna var dock i första hand en fråga för domstolen i

²³⁰ Se Svea hovrätt dom den 2 november 2012 i mål B 1161–12 och Södertörn tingsrätt dom den 30 december 2016 i mål B 9901–16.

²³¹ Se exempelvis Nacka tingsrätt dom den 12 mars 2021 i mål B 3651–20 och Malmö tingsrätt dom den 7 november 2019 i mål B 2885–17.

anslutning till själva bevisvärderingen. Om innehållet i överskottsinformationen till den delen inte kunde klarläggas med säkerhet ansågs bevisvärdet lägre. Om innehållet i överskottsinformationen däremot gick att säkerställa ansågs bevisvärdet vara högre och den tilltalade ansågs ha haft tillräckliga möjligheter att kommentera överskottsinformationen.

3.3.3 Avslutande reflektioner om bevisprövningen av överskottsinformation

De undersökta domarna innehöll generellt sett betydligt mer kortfattade redogörelser för domstolarnas inställning till bevismedlets bevisvärde i förhållande till EncroChat-fallen. Det finns förmodligen flertalet skäl till detta. Min bedömning är att frånvaron av utförligare diskussioner till stor del beror på att metoden för bevisanskaffningen inte var dold för domstolen i dessa fall. Det förelåg dock, precis som i EncroChat-fallen, oklarheter avseende andra omständigheter vid bevisanskaffningen. Dessa oklarheter utgjordes framför allt av svårigheter att säkerställa vilka som figurerade i de avlyssnade samtalen samt vad samtalen egentligen handlade om.

Likt EncroChat-fallen fokuserade domstolarna sin bevisprövning på de brister i bevismedlets innehåll som gick att observera. Det förekom inga diskussioner om vilka andra tänkbara brister som bevismedlets delvis okända ursprung kunde medföra. Förmodligen har dock domstolarna kunnat undanröja de för bevisprövningen väsentliga oklarheterna genom att klarlägga samtalsämnena och identifiera samtalsdeltagarna. Förutsatt att metoderna för avlyssningen har kunnat redogöras för bör det enligt min uppfattning inte finnas något större utrymme för ovisshet kvar. De undersökta rättsfallen visar i likhet med EncroChat-fallen att det väsentliga för domstolarnas prövning är innehållet i bevismedlet. Bevismedlets ursprung och omständigheterna som rådde vid bevisanskaffningen tillmätts betydelse endast till den del de har inneburit en observerbar brist i bevismedlets innehåll. Den teoretiska möjligheten att bevismedlet kan vara behäftat med brister till följd av dess ursprung har inte tillmätts någon betydelse i sig.

4 Hur bör bevismedel med oklart ursprung prövas?

4.1 Inledande ord

I det fjärde och avslutande kapitlet av den här uppsatsen behandlas den normativa frågeställningen om hur bevismedel med oklart ursprung *bör* hanteras. Diskussionen tar avstamp i den redogörelse för gällande rätt som har gjorts i det andra kapitlet samt i de observationer av underrätternas hantering av dessa bevismedel som har behandlats i kapitel tre. De framträdande problemen avseende bevismedel med oklart ursprung utgörs som tidigare har nämnts av svårigheterna för domstolen att värdera bevismedlen, för motparten att bemöta bevismedlet samt påverkan på motpartens möjlighet att på ett tillfredsställande sätt kunna föra sin talan. Mot bakgrund av framför allt dessa problem kommer det här att diskuteras hur rätten bör hantera bevismedel med oklart ursprung. Tänkbara tillvägagångssätt för att hantera dessa bevismedel kommer att diskuteras utifrån dess problem och förtjänster ur rättssäkerhetssynpunkt.

4.2 Vad är en rättssäker bevisprövning?

Rättssäkerhet är ett begrepp som inte lätt låter sig definieras och det finns följaktligen olika idéer om hur begreppet kan tolkas. Det kan därför vara nödvändigt att inledningsvis kortfattat redogöra för hur begreppet kommer att användas i denna uppsats.

Advokatsamfundet har definierat begreppet som ett systematiskt skydd för mänskliga rättigheter garanterade genom lag och konventioner. Detta anses kräva att lagstiftningen uppnår en viss kvalitet både processuellt och materiellt samt att rättstillämpningen sker i enlighet med rättsordningens grundläggande principer.²³² I ett försök att konkretisera det sagda i förhållande till bevisprövningen kan rättssäkerhet sägas innebära ett visst krav på förutsebarhet i rättstillämpningen.²³³ Rättssäkerhet kan vidare sägas innebära att risken för att någon blir dömd på felaktiga eller osäkra grunder ska minimeras.²³⁴ Rättssäkerheten diskuteras gärna från advokathåll med

²³² Axberger m.fl. (2007), på s. 147.

²³³ Se Frändberg (2000/2001), på s. 274.

²³⁴ Jfr. Axberger m.fl. (2007), på s. 110.

avstamp i denna innebörd. Det förekommer även en annan användning av begreppet inom åklagarkrået.

Från åklagarhåll har det i samband med diskussionen om rättssäkerhet påpekats att rättssäkerheten enligt ovan nämnda betydelse inte bör främjas in absurdum.²³⁵ Samtidigt som rättssäkerheten tas i beaktande har rättsstaten i uppgift att skydda medborgarna från brott och måste därför ha möjlighet att döma brottslingar om brott ändå har begåtts. Rättsstaten ska med andra ord ha tillgång till effektiva rättsmedel. Detta mål kan benämnas rättstrygghet och bör enligt min uppfattning tas i beaktande om en mer nyanserad diskussion om prövningen av bevismedel med oklart ursprung ska kunna företas. Jag finner ingen annan lämplig infallsvinkel än att hanteringen av bevismedel med oklart ursprung måste betraktas ur en ambition att balansera dessa två i sig beaktansvärda mål för rättstillämpningen.

4.3 Bör bevismedel med oklart ursprung avvisas?

Möjligheterna att avvisa bevismedel med oklart ursprung är, som tidigare har redogjorts för, begränsade. Enligt nuvarande reglering krävs det att domstolen bedömer att bevismedlet har ett i princip uppenbart obefintligt bevisvärde, alternativt att andra och bättre bevismedel finns att tillgå. Att göra en sådan bedömning på förhand är i regel mycket svårt varpå möjligheterna att avvisa dessa bevismedel i motsvarande mån är små i normala fall. Det sagda innebär naturligtvis inte att gällande reglering är den bästa utifrån de problem som dessa bevismedel orsakar i processen.

Det kan och har argumenterats för att det bör råda ett bevisförbud avseende bevismedel som har anskaffats under tvivelaktiga förhållanden.²³⁶ Användningen av vissa specifika bevismedel med oklart ursprung är redan reglerad. Skriftliga vittnesattester och anonyma vittnesmål utgör sådana reglerade bevismedel och delar, enligt min uppfattning, flera av de problematiska aspekterna av andra sorters bevismedel i det avseende att bevismedlens innehåll kan vara osäkert och svårt att bemöta. Det går därvid att fråga sig varför det inte går att avvisa alla typer av bevismedel med oklart ursprung.

Min uppfattning är att det finns framför allt två starka skäl mot att tillämpa en avvisningsmodell vid bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung.

²³⁵ Se Axberger m.fl. (2007), på s. 110.

²³⁶ Se exempelvis Lundquist (2015), på s. 212–213.

För det första är inte alla bevismedel likartade såtillvida att det kan anses motiverat att begränsa användningen av alla sorters bevismedel med oklart ursprung. De reglerade bevismedel som exemplifieras ovan sticker på sätt och vis ut i sammanhanget genom att de innehåller utsagor om människors uppfattningar av vissa skeenden. Sådana bevismedel bör enligt min mening typiskt sett vara mer bristfälliga jämfört med andra slags bevismedel om källan till utsagorna inte röjs eller kan bemötas. Om möjligheten för motparten att ställa motfrågor och observera reaktionerna hos ett vittne därmed försvinner är det uppenbart att bevismedlet i normalfallet måste betraktas med skepsis.²³⁷ Den reglering som finns för vittnesbevisning anses normalt även motiverad med hänsyn till bland annat principerna om muntlighet och bästa bevismedlet.

Andra bevismedel med oklart ursprung är enligt min uppfattning inte nödvändigtvis behäftade med lika svåra brister i det avseendet. Ett samtal som någon okänd har spelat in går exempelvis inte att kritiskt granska genom frågor till den okände. Bevismedlet är förvisso svårare att bemöta för motparten av andra skäl men i normalfallet bör sådana svårigheter inte kunna likställas med svårigheten att bemöta exempelvis ett anonymt vittnesmål. Min bedömning är att bevisvärdet av olika typer av bevismedel påverkas på olika sätt av att dess ursprung inte har kunnat klarläggas. I de fall som rör överskottsinformation har det exempelvis handlat om svårigheter att klarlägga identiteten hos de personer som figurerar i inspelningarna samt att bilda sig en uppfattning om vad som har sagts och i vilket sammanhang som samtalet har förts. När det har rört sig om exempelvis en videospelning med oklar avsändare har domstolen behövt utreda hur inspelningen har gått till och vad inspelningen mot bakgrund därav kan sägas visa. Bristerna är likartade såtillvida att vissa omständigheter vid framkallandet av bevismedlet har behövt klarläggas men bristerna har likväl varit olika svåra att kritiskt granska och verkar kräva något olika metoder.

I några av de fall som gällde överskottsinformation och bevismedel från EncroChat kunde domstolarna enligt min bedömning utan större problem kritiskt granska de brister som fanns och använda de delar av bevismedlet som med säkerhet ansågs tala för en viss omständighet. I andra fall ansågs bristerna i utredningen innebära ett sådant lågt mått av robusthet att åtalet ogillades. Häri består det andra argumentet mot att avvisa den här typen av bevismedel generellt. Bevismedel med oklart ursprung kan innehålla en ibland stor mängd information av vikt för utgången i målet. Om bristerna dessutom kan kritiskt granskas kan det med fog argumenteras för att det vore beklagligt att kategoriskt avfärda en potentiellt viktig kunskapskälla.

²³⁷ Jfr. exv. Högsta domstolens uttalanden i NJA 1943 II s. 457.

Ett av den fria bevisprövningens syften är som tidigare har nämnts att bereda de bästa möjliga förutsättningarna för materiellt riktiga domar genom att inte begränsa domstolens prövning med exempelvis bevisförbud. Att kategoriskt avvisa bevismedel med oklart ursprung hade enligt min mening sannolikt utgjort ett steg i motsatt riktning. I flera av EncroChat-fallen utgjordes exempelvis utdragen från de dekrypterade kommunikationerna av hundratals sidor med samtal rörande de tilltalades förehavanden. Att avvisa EncroChat-materialet med hänvisning till oklarheter vid bevisanskaffningen kan betraktas som ett oacceptabelt informationsbortfall om ambitionen att tillbörligt utreda ett mål inte ska framstå som endast illusorisk.

Det finns enligt min uppfattning i huvudsak två invändningar som kan anläggas emot det ovan anförda. För det första går det att argumentera för att de skyddsintressen som ett bevisförbud skulle kunna anses främja är tillräckligt starka för att motivera att bevismedel med oklart ursprung bör avvisas.²³⁸ Sådana beaktansvärda skyddsintressen kan i sammanhanget exempelvis utgöras av skyddet mot olagliga åtgärder vid bevisanskaffning. Bevismedel med oklart ursprung anknyter, som har framgått av EncroChat-fallen och överskottsinformations-fallen, till frågan om bevismedel som har anskaffats genom olagliga metoder. Om bevismedel med oklart ursprung kan komma att avvisas bör det föreligga ett motsvarande intresse för bevisförande part att kunna redogöra för hur bevisanskaffningen har gått till. Det är vidare tänkbart att det i sin tur främjar att bevisanskaffningen går till på ett regelrätt sätt. Ett sådant påstående får dock anses utgöra en gissning om vad som följer av att bevismedel med oklart ursprung kan avvisas genom exempelvis bevisförbud.

Tillåtligheten av olagligt åtkommen bevisning är även ett ämne som delvis inte hör till uppsatsens problemområde. Det kan härvid konstateras att den svenska synen på hanteringen av bevismedel med oklart ursprung är att de i normalfallet ska tillåtas.²³⁹ Det för svenskt vidkommande rådande rättsläget kan i den meningen sägas värdera utredningsintresset högre än skyddsintresset av att bevisanskaffningen går till på ett lagligt sätt. Den andra och, enligt min mening, starkare invändningen mot att tillåta dessa bevismedel har att göra med svårigheterna att värdera och bemöta dessa bevismedel. Härvid menar jag som tidigare har nämnts att dessa svårigheter ter sig olika för olika bevismedel vilket rimmar illa med en möjlighet att kategoriskt avvisa bevismedel med oklart ursprung.

²³⁸ Se exempelvis Lundquist (1998), på s. 23.

²³⁹ Se exempelvis Högsta domstolens uttalanden i NJA 2021 s. 286 ”Kroppskamerainspelningen”.

I ett internationellt perspektiv är den fria bevisföring som tillämpas i Sverige närmast unik. I kontrast till den svenska modellen tillämpar Storbritannien bevisförbud avseende vissa bevismedel. Exempelvis tillämpas ett bevisförbud i förhållande till bevismedel som har anskaffats genom den brittiska motsvarigheten till HÖK utan att tillstånd först har beviljats av en domstol.²⁴⁰ I brittisk rätt görs vidare skillnad på olika slags avlyssningar. Frågan om vilka avlyssningar som skulle tillåtas i brittiska rättsprocesser kom att ställas på sin spets i EncroChat-fallen. Huvudfrågan för den brittiska Court of Appeal blev därför hur bevisanskaffningen av EncroChat-materialet skulle kategoriseras.

Om materialet hade inhämtats genom avlyssning av sändningar (transmissions) skulle materialet avvisas eftersom sådana tvångsmedel kräver tillstånd. Om materialet å andra sidan hade inhämtats genom avläsning av material som fanns i de påträffade Encro-telefonerna behövdes inget sådant tillstånd. EncroChat-materialet skulle i sådana fall kunna tillföras processen. Domstolen ansåg att bevisanskaffningen skulle karaktäriseras på ett sådant sätt att materialet hade insamlats genom avläsning av information som fanns i de påträffade telefonerna. Bevismedlet kunde därför tillföras processen och skulle inte avvisas.²⁴¹ Hur domstolen kunde vara säker på den slutsatsen utan att känna till hur bevisanskaffningen hade gått till kan givetvis diskuteras. Utgången i målet kan enligt min mening tänkas illustrera ett principiellt problem med legala bevisregler. Legala bevisregler kan nämligen vara svåra att utforma på ett sådant sätt att de på ett träffsäkert sätt motsvarar de bevismedel de ska reglera.²⁴²

Den brittiska hanteringen av bevismedlen från EncroChat-fallen utgör ett exempel på hur det kan gå när det blir svårt att kategorisera ett visst bevismedel i förhållande till de bevisregler som tillämpas. En skeptiker skulle till och med kunna hävda att den brittiska domstolen rent utav anpassade sin bedömning av bevisanskaffningen efter den bevisregel som aktualiserades för att bevismedlet skulle kunna tillåtas. Huruvida domstolen egentligen gjorde en sådan bedömning får emellertid lämnas osagt. Fallet exemplifierar i varje fall svårigheterna med att kategorisera ett bevismedel i förhållande till ett bevisförbud när bevismedlets ursprung inte går att fastställa. En ordning där bevisförbud tillämpas i förhållande till vissa angivna bevisanskaffningsmetoder bör enligt min mening bli svår att tillämpa när bevisanskaffningsmetoderna är okända. En sådan ordning bör lämna en hel del utrymme för osäkra bedömningar av frågor som kan vara helt avgörande för utgången i målet. Det är i det avseendet inte säkert att en utökad

²⁴⁰ Se *A, B, D & C v. Regina*.

²⁴¹ Se *A, B, D & C v. Regina*, 78 p.

²⁴² Jfr. exv. Bolding (1953), på s. 305.

användning av bevisförbud hade medfört en mer förutsägbar och därmed med rättssäker bevisprövning.

Den typ av bevisförbud som har redogjorts för ovan tar sikte på att möjliggöra avvísning av bevismedel som har anskaffats genom vissa angivna bevisanskaffningsmetoder. Det är även tänkbart att ett bevisförbud tar fasta på själva okunskapen om ursprunget till ett visst bevismedel. Det hade i sådana fall inneburit att en part behöver kunna redogöra för hur parten har kommit över ett bevismedel för att det ska få åberopas. Härvid ska framhåvas att en ordning där avvísning ges en mer framträdande roll i processen även innebär vissa konkreta processuella problem. Ett avvísningsyrkande hade inneburit att domstolen hade behövt ta ställning till huruvida bevisförande part på ett tillräckligt sätt kan redogöra för bevisanskaffningen. Ett beslut om avvísning bör inte komma som en överraskning för parterna.²⁴³ Domstolen kan inte gärna avvisa ett bevismedel utan att bevisförande part ges möjlighet att kritiskt granska en eventuell brist.²⁴⁴ Ett avvísningsyrkande hade med andra ord i dessa fall i regel inneburit en process i sig. Processer i processen har i den juridiska doktrinen betraktats som något som alltid bör undvikas.²⁴⁵ Risken är annars att processen drar ut på tiden och blir allt mer kostsam.

Sammantaget med det informationsbortfall som avvísningsmodellen bör medföra innebär det sagda att avvísningsmodellen kan orsaka fler problem än vad den hade löst. Invändningen som riktades mot svårigheterna att bemöta och bevisvärdera bevismedel med oklart ursprung har dock behandlats endast styvmoderligt ovan. Då ambitionen med den fria bevisprövningen är att möjliggöra för materiellt riktiga domar kan användningen av bevismedel med oklart ursprung anses innebära att ett visst mått av osäkerhet släpps in i processen. En invändning av detta slag är dock, enligt min uppfattning, hänförlig till den fria bevisvärderingen snarare än till frågan om avvísning. Först om det står klart att domstolarna i hög utsträckning kan anses oförmögna att bevisvärdera bevismedel med oklart ursprung bör kategorisk avvísning kunna aktualiseras. Frågan är huruvida domstolen ska ha möjlighet att fritt pröva värdet av dessa bevismedel.

²⁴³ Jfr. exv. Fitger m.fl., kommentaren till 35 kap 7 § RB (JUNO), hämtad 2021-11-23.

²⁴⁴ Jfr. exv. Fitger m.fl., kommentaren till 35 kap 7 § RB (JUNO), hämtad 2021-11-23.

²⁴⁵ Se exv. Fitger m.fl., kommentaren till 35 kap 7 § RB (JUNO), hämtad 2021-11-23.

4.4 Bör bevismedel med oklart ursprung kunna prövas "fritt"?

4.4.1 Inledande ord

Det har tidigare redogjorts för huruvida det kan anses finnas ett krav på ytterligare utredning vid bevisprövningen av bevismedel som har anskaffats under oklara förhållanden. Jag har argumenterat för att det inte går att utläsa ett sådant generellt krav ur varken Europadomstolens eller Högsta domstolens praxis. Av det tredje kapitlets rättsfallsanalys framgår att det inte heller verkar tillämpas ett sådant krav i praktiken även om viss tvekan kunde observeras i några av rättsfallen. Det har i varje fall kunnat observeras att det har meddelats fällande domar med stöd av i princip endast bevismedel med oklart ursprung. Stödbevisning kan sägas sammanhålla med en riskhanterande aspekt. En utbredning av bevismaterialet genom stödbevisning kan ge styrka åt huvudbevisningen men också stärka slutsatsen.²⁴⁶ Det kan mot bakgrund av den osäkerhet som typiskt präglar bevismedel med oklart ursprung, samt i ljuset av svårigheterna att bemöta dessa bevismedel, argumenteras för att ett krav på stödbevisning är motiverat. Härvid kan det vara intressant att göra en jämförelse med ett land som tillämpar dylika bevisvärderingsregler.

4.4.2 Internationell utblick – Storbritannien och legala bevisvärderingsregler

De legala bevisregler som tidigare gällde i Sverige ansågs främja likformighet i bevisvärderingen och därigenom förutsebarhet i processen.²⁴⁷ Att rättsväsendet agerar på ett enhetligt sätt vid den rättsliga prövningen av olika mål har i doktrinen ansetts utgöra en viktig komponent av begreppet rättssäkerhet.²⁴⁸ Det kan därför argumenteras att domstolarna bör ta hjälp av bevisregler i sin bedömning för att främja en mer likartad och därigenom mer rättssäker prövning.

I Storbritannien tillämpas jämförelsevis fortfarande bevisregler i form av bland annat lagstadgade krav på stödbevisning i vissa fall. Reglerna gäller emellertid bara brotten förräderi, mened, fortkörning samt försök till sådana brott. Kravet på stödbevisning vid fortkörningsbrott motiveras exempelvis med att en uppskattning av ett fordons hastighet ofta är subjektivt grundad och ungefärlig. Reglerna har med andra ord motiverats med hänsyn till

²⁴⁶ Lainpelto, Katrin (2012), på s. 267–268.

²⁴⁷ Lainpelto, Katrin (2012), på s. 39–40.

²⁴⁸ Axberger m.fl. (2007), på s. 109–110.

lagstiftarens uppfattning om bevismedlens generella bevisvärden. I andra fall motiveras kravet på stödbevisning av rättspolitiska mål. Kravet på stödbevisning vid menedsbrott motiveras exempelvis av ambitionen att vittnen inte ska avskräckas från att avlägga vittnesmål.²⁴⁹

Utöver kraven på stödbevisning i vissa fall tillämpas även regler för så kallade stödbevisningsvarningar. En stödbevisningsvarning innebär att domaren ska varna juryn för att döma på vissa typer av bevismedel som saknar stödbevisning. Sådana bevismedel utgjordes till en början av medbrottslingar som vittnade för åklagarsidan, målsäganden i sexualbrottsmål och vittnesutsagor från barn. Genom praxis har kravet på stödbevisningar spridit sig till en mängd andra typer av bevismedel såsom exempelvis identifikationsbevisning, erkännanden av mentalt funktionsnedsatta personer och icke tillförlitlig hörsägenbevisning.²⁵⁰

Bevisreglerna behäftar vad som anses som lågkvalitativa bevismedel med krav på antingen stödbevis eller stödbevisvarningar. Ambitionen med legala bevisvärderingsregler kan typiskt sett sägas vara att uppnå likformighet vid bedömningen av vissa bevisfakta.²⁵¹ Min uppfattning är att samma principiella problem som aktualiseras vid legala bevisförbud även gör sig påmind vid tillämpningen av bevisvärderingsregler.

Att likformigt bedöma bevisfakta, såsom hur bevisfakta påverkas av omständigheten att bevismedlet har ett oklart ursprung, kan dock få vissa oönskade konsekvenser. Bevismedel är nämligen som utgångspunkt olikartade och dess egenskaper och bevisfakta bör kunna variera i oändlighet.²⁵² I doktrin har det anförts att bevisvärderingen därav till sin natur är dynamisk och föränderlig. Av den anledningen bör det inte gå att ställa samma krav på likformighet vid bevisvärderingen som vid avgörandet av rättsfrågor.²⁵³ Hur bevisvärderingen av ett bevismedel sedan påverkas av omständigheten att dess ursprung är okänt bör därtill också kunna variera. Med andra ord kan bevismedlens bevisfakta återspegla förekomsten av de i fallet relevanta rättsfakta på olika sätt beroende på omständigheterna i det aktuella fallet.²⁵⁴

I de undersökta fallen där domstolen hade att pröva bevisvärdet av överskottsinformation och material från EncroChat var detta enligt min mening tydligt. I vissa av de undersökta fallen uppfattade domstolen sig ha

²⁴⁹ Lainpelto, Katrin (2012), på s. 222–223.

²⁵⁰ Lainpelto (2012), på s. 226–227.

²⁵¹ Se exv. Bolding (1953), på s. 305.

²⁵² Se exv. Bolding (1953), på s. 305–306.

²⁵³ Axberger m.fl. (2007), på s. 174.

²⁵⁴ Se exv. Bolding (1953), på s. 305.

möjlighet att kritiskt granska bristerna i utredningen genom användning av så kallade överensstämmande omständigheter. Dessa omständigheter ansågs kunna ge stöd för att innehållet i bevismedlet var tydligt. Bevismedlets bevisfakta kunde därigenom med hög sannolikhet anses tala för att de konkreta rättsfakta i fallet förelåg. I andra fall bedömdes innehållet i bevismedlet vara så pass otydligt att ett bevisfaktum inte i tillräckligt hög grad talade för att det hade gått till på det sätt som åklagaren hade gjort gällande. I de fallen ansågs annan bevisning av olika slag vara nödvändigt och i några av fallen friades den tilltalade helt med hänvisning till bland annat utredningens bristande robusthet. Om bevismedlen i dessa fall hade träffats av en legal bevisvärderingsregel av exempelvis brittisk typ är risken att även de fall där innehållet i bevismedlet bedömdes som tydligt hade träffats av ett krav på stödbevisning. Legala bevisregler kan i det avseendet sägas vara trubbiga i förhållande till dess förmåga att träffsäkert hantera verklighetens föränderlighet. I doktrin har det härvid anförts att legala bevisregler åtminstone historiskt har inneburit att bevisreglerna har varit så pass snäva att de har varit svåra att efterleva. Risken har då varit att domaren inte har kunnat meddela en fällande dom trots att domaren har varit fullt övertygad om den tilltalades skuld.²⁵⁵

Likformighet och förutsebarhet i rättstillämpningen kan som tidigare har nämnts sägas utgöra viktiga komponenter av begreppet rättssäkerhet.²⁵⁶ Bevisregler för hur vissa bevismedel och bevisfakta ska prövas kan anses behjälpliga i det avseendet men innebär alltså en del anmärkningsvärda tillämpningsproblem i förhållande till målens föränderliga natur.

Min uppfattning är vidare att det med visst fog kan ifrågasättas huruvida en fri bevisprövning egentligen medför en olikartad och oförutsägbar bevisprövning av de bevismedel som här diskuteras. Fördelen med att undersöka bevisprövningen av EncroChat-material och överskottsinformation är att behandlingen av liknande bevismedel har kunnat undersökas i en stor mängd rättsfall. Eventuella olikheter i domstolarnas bedömningar har därmed kunnat åskådliggöras. Min uppfattning är emellertid att det i allt väsentligt inte har kunnat observeras några sådana olikheter. Olikheterna i domstolarnas bedömningar kan enligt min uppfattning härledas till osäkerheten om huruvida det finns något egentligt hinder mot att meddela fällande dom utan så kallad stödbevisning i dessa fall. Med andra ord har olikheterna i bevisprövningen att göra med den eventuella förekomsten av en särskild bevisvärderingsregel. De metoder som domstolarna använde sig av för att stävja bristerna i utredningen skiljer sig förvisso åt. I några av fallen

²⁵⁵ Lainpelto (2012), på s. 39–40.

²⁵⁶ Axberger m.fl. (2007), på s. 109–110.

användes överensstämmande omständigheter av varierande slag och i andra fall fanns det andra bevismedel som talade i samma riktning som bevismedlet med oklart ursprung. De tilltalades invändningar har också hanterats på ett något olikartat sätt. I grunden har det dock enligt min mening rört sig om en i princip likartad procedur. Vid bevisprövningen har domstolarna i samtliga fall beslutat att tillåta de åberopade bevismedlen. I en klart övervägande majoritet av fallen har domstolarna sedan tagit fasta på de brister som bevismedlets oklara ursprung innebär för de omedelbart relevanta bevisfakta i målet och på olika sätt försökt stävja bristerna. I praktiken har det rört sig om att domstolarna har försökt att säkerställa att det verkligen är den tilltalade som figurerar i de åberopade kommunikationerna och att utröna vad kommunikationerna handlar om. I allt väsentligt utreddes liknande brister på liknande sätt i de olika fallen, även om några avvikelser förekom. Att samma bevismedel skulle kunna bedömas på väsentligen olika sätt går det inte att få något stöd för mot bakgrund av de undersökta rättsfallen. Att metoderna för att kritiskt granska bristerna i utredningen skiljer sig åt är enligt min uppfattning inte i sig ett problem ur rättssäkerhetssynpunkt. Det är däremot viktigt att domstolarna konsekvent tar bristerna i utredningen i beaktande och att bristerna ger utslag i bevisvärderingen till den del de påverkar de bevisfakta som är relevanta för målet.

Det principiella värdet av de slutsatser som kan dras från de undersökta rättsfallen är dock delvis begränsat. Domstolarnas likartade bedömningar kan i viss utsträckning tänkas bero på att det etablerades en relativt omfattande underrättspraxis kring EncroChat-materialet. Huruvida bedömningen av andra slags bevismedel med oklart ursprung kommer följa liknande mönster är inte på förhand givet.

Behovet av även annan bevisning i mål där bevismedel med oklart ursprung åberopas och det eventuella kravet på stödbevisning har diskuterats genomgående i denna uppsats. Som tidigare har nämnts används dock inte begreppet stödbevisning entydigt i doktrinen. En bevisregel med krav på stödbevisning kan redan på den punkten sägas stå på osäker grund. I doktrin har det anförts att svenska domstolar verkar ha blivit påverkade av att det har förts en debatt om behovet av stödbevisning i vissa måltyper. Det har påståtts att domstolarna har kommit att tillämpa ett närmast formellt krav på stödbevisning i exempelvis våldtäktsmål.²⁵⁷ Grunden till den tillämpningen har ansetts vara att Högsta domstolen har gett uttryck för att stödbevisning kan vara nödvändigt i våldtäktsmål där målsägandens berättelser utgör den huvudsakliga bevisningen i målet.²⁵⁸ Det har vidare anförts att underrätterna

²⁵⁷ Jfr. Diesen (2009), på s. 24 och Schelin (2007), på s. 301, 309.

²⁵⁸ Jfr Kaldal, m.fl. 2009–10, s. 99 och NJA 2009 s. 447 I och II.

har använt begreppet stödbevisning på olika sätt. En rättsfallsstudie av sexualbrottsmål visar att domstolarna i merparten av de undersökta fallen har använt begreppet stödbevisning avseende ett bevis som gav stöd åt gärningsbeskrivningen. I andra fall har begreppet använts åsyftandes ett bevis som gav stöd åt målsägandets åsaga.²⁵⁹ Rättsfallsstudien antyder att ett krav på stödbevisning i vissa måltyper kan leda till en inkonsekvent och därmed mindre rättssäker bevisprövning.²⁶⁰

I de undersökta rättsfallen där EncroChat-material bevisvärderades har en liknande oegentlighet kunnat observeras. I några av de undersökta fallen tillämpades vad som kan liknas vid ett formellt krav på stödbevisning och i andra inte. Det sagda innebär att de undersökta EncroChat-fallen ger uttryck för en inkonsekvent och därmed mindre rättssäker bevisprövning av bevismedel med oklart ursprung i domstolarna.

Domstolarnas användning av begreppet stödbevisning var i de undersökta EncroChat-fallen i varje fall konsekvent såtillvida att begreppet användes åsyftandes andra bevismedel som talade i samma riktning som EncroChat-materialet. Min uppfattning är att det inte följer av praxis att domstolarna ska tillämpa ett generellt krav på stödbevisning i form av andra bevismedel som talar i samma riktning som ett bevismedel med oklart ursprung. En sådan bevisprövning är varken förenlig med den fria bevisprövningen eller rättspraxis.

4.4.3 Utmaningen att fritt pröva bevismedel med oklart ursprung

Den fria bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung har i viss utsträckning debatterats i kölvattnet av EncroChat-fallen. Kritiker har härvid hävdat att EncroChat-materialet och dylika bevismedel normalt har ett kraftigt reducerat bevisvärde såtillvida att de knappast ensamma kan ligga till grund för fällande dom.²⁶¹

Ett av huvudskälen till det är att oklarheter vid bevisanskaffningen innebär att ”kvalitetsstämpeln” faller bort eftersom det inte går att kontrollera hur bevismedlet har tillkommit och säkerställts. Bevismedel såsom digitala bilder kan exempelvis beskärmas, förminsas och i övrigt redigeras på olika sätt. Vid presentationen av bearbetade material är det därför vanligt att originalet visas upp och att man talar om vad bearbetningen består av. Det finns ingen

²⁵⁹ Lainpelto (2012), på s. 301.

²⁶⁰ Lainpelto (2012), på s. 311.

²⁶¹ Se exv. Wahlberg (2021).

fastställd standard för hur en sådan redovisning ska se ut men det väsentliga är att eventuella tveksamheter kring bearbetningen undanröjs.²⁶² Det kan därför göras gällande att den oklara behandlingen av exempelvis EncroChat-materialet, där det saknas information om hur eventuell bearbetning sett ut, innebär att materialet bör ha ett generellt sett lågt bevisvärde. Mot bakgrund av de undersökta underrättsfallen synes domstolarnas uppfattning vara att ett bevismedels ursprung endast tillmäts betydelse till den del innehållet i bevismedlet anses oklart.

Huruvida domstolarna besitter kompetensen att avgöra hur ett bevismedels innehåll påverkas av dess okända ursprung kan givetvis diskuteras. EncroChat-material och dylika bevismedel är dessutom i många fall tekniskt komplicerade. Hur tekniskt komplicerade bevismedel påverkas av hur de har hanterats kan vara svårt att precisera. När ett bevismedels ursprung är okänt bör den svårigheten dessutom vara än större.

Begreppet rättssäkerhet omfattar bland annat att minimera risken för att någon blir dömd att minimera risken för att någon blir dömd på felaktiga eller osäkra grunder.²⁶³ De bevismedel som åberopas måste därför prövas noggrant. Det kan argumenteras för att en fri bevisprövning av bevismedel med oklart ursprung förutsätter att domstolen verkligen kan beakta de konsekvenser som ursprung och bearbetning får för ett bevismedels innehåll. Rörande tekniskt komplicerad bevisning såsom EncroChat-materialet bör denna fråga ställas på sin spets. Hur det egentligen ser ut med domarnas, eller för den delen åklagarnas och försvararnas, tekniska kompetens kan inte redogöras för på ett tillfredsställande sätt inom ramen för den här uppsatsen. Det kan däremot konstateras att liknande problematik bör uppstå vid prövningen av all tekniskt komplicerad bevisning. Huruvida rättsprocessen påverkas av en rättsosäker kompetensbrist i det avseendet är därmed en mer generell fråga.

Domstolen och parterna har möjlighet att ta hjälp av sakkunniga för att förstå bevismedel och dess eventuella brister. I de undersökta fallen har denna möjlighet nyttjats i varierande omfattning. Sakkunniga bör som utgångspunkt nyttjas för att säkerställa att eventuella brister i utredningen inte förbises. Att anlita en sakkunnig kan dock vara dyrt och en partssakkunnig kan inom vissa gränser komma att bekostas av den tilltalade om fällande dom meddelas.²⁶⁴ Kostnaden för rättssäkerheten bör bäras av staten i första hand. Domstolssakkunniga skulle i det avseendet kunna användas vid bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung. Det kan också påpekas att de sakkunniga sannolikt inte helt och hållet kan redogöra för ett

²⁶² Se Kronquist (2013), på s. 54, 131.

²⁶³ Jfr. Axberger m.fl. (2007), på s. 110.

²⁶⁴ Jfr. 31 kap. 1 § 1 st. RB och 31 kap. 1 § 2 st. RB samt Edelstam (1991), på s. 356.

bevismedel vars ursprung är oklart eftersom exempelvis bearbetningen av bevismedlet blir svårt att slå fast. Det bör i dessa fall vara viktigt att bevismedlets okända aspekter tydligt pekas ut för att minimera risken för osäkerheter i bevisprövningen. Till den del bevismedlets innehåll förblir oklart bör oklarheterna således, på ett förhållandevis säkert sätt, kunna beaktas av domstolen vid den sammanlagda bevisvärderingen.

Hur domstolen än värderar ett bevismedel är det av vikt att detta tydligt redovisas i domen. En fri bevisprövning kräver, som tidigare har nämnts, att bevisprövningen ska vara godtagbar i en rationell betraktares ögon. Detta krav förutsätter att det går att utläsa ur domen hur domaren har tänkt när bevismedlet har värderats. För att utvärdera huruvida bevisprövningen är rättssäker måste det finnas något att utvärdera. Det vore i det avseendet lämpligt om domstolarna tillämpade den turordning av bevisprövningen som Högsta domstolen anvisade i ”Balkongfallet” för att synliggöra hur de resonerar vid bedömningen av enskilda bevismedel. I de undersökta rättsfallen redovisade domstolarna i de flesta fallen hur de värderade EncroChat-material och överskottsinformation. Bevisvärdet av dessa bevismedel tillägnades ofta till och med ett eget avsnitt i domen. Förhoppningsvis beror denna tydlighet inte endast på den omfattande mediala uppmärksamhet som präglade framför allt EncroChat-fallen. Det vore förtjänligt om värderingen av även andra bevismedel redovisas på samma sätt. I doktrin har det dock påståtts att domstolarna allt för ofta brister i redogörelsen av sin bevisvärdering.

Den sista i uppsatsen behandlade bristen förknippad med bevismedel med oklart ursprung rör svårigheterna för motparten att bemöta bevismedlen. Rättssäkerhet kan sägas innebära att rättsväsendet ska tillförsäkra den misstänkte ett visst minimiskydd.²⁶⁵ Kontradiktionsprincipen, så som den är uttryckt i exempelvis EKMR, anses utgöra ett sådant minimiskydd som ska tillgodoses för att en rättsprocess ska anses rättvis. En rättsordning som inte tillgodoser parternas möjlighet att bemöta motpartens bevisning kan av den anledningen anses som mindre rättssäker.

Det ska dock påpekas att motparten i processer som inkluderar bevismedel med oklart ursprung inte helt saknar möjlighet att bemöta bevismedlet ifråga. I de undersökta rättsfallen ansåg domstolarna överlag att det var tillräckligt att den tilltalade hade fått bemöta den bevisning som hade lagts fram. Att det saknades viss information om bevismedlet ansågs inte i sig innebära en brist i förhållande till kontradiktionsprincipen. Den centrala frågan för att avgöra om kontradiktionsprincipen är tillgodosedd är alltså, mot bakgrund av det

²⁶⁵ Jfr. Axberger m.fl. (2007), på s. 109–110.

undersökta rättsfallsmaterialet, huruvida motparten över huvud taget har beretts möjlighet att bemöta bevisningen – inte huruvida motparten så långt det är möjligt kan föra motbevisning mot ett visst bevismedel.

Att det i och för sig är förenligt med kontradiktionsprincipen att bevismedel med oklart ursprung ligger till grund för fällande domar är en klen tröst för den som ska försöka bemöta dessa bevismedel. Att leda något i bevis utan att riktigt veta vad som ska motbevisas torde vara en svår uppgift. Den motbevisande parten är hänvisad till att försvararen, åklagaren och domstolen på ett tillfredsställande sätt kan beakta de brister som bevismedlets oklara ursprung kan ge upphov till. Härvid finns det dock, åtminstone formellt sett, en hel del skydd för den motbevisande parten. Dels är det försvararens uppgift att peka ut vilka brister som finns, även om en sådan uppgift sannolikt försvåras av bevismedlets okända aspekter. Dels åligger det åklagaren att beakta även omständigheter som talar för den tilltalades oskuld. Hur väl åklagare egentligen uppfyller den skyldigheten har dock varit föremål för diskussion. Ur rättssäkerhetssynpunkt har detta diskuterats utifrån åklagarens så kallade dubbla roller. De dubbla rollerna utgörs av å ena sidan åklagarens akusatoriska roll och å andra sidan objektivitetsplikten.²⁶⁶ Eftersom det inte är åklagarens enda uppgift att peka ut eventuella brister i utredningen är det sannolikt inte där en motbevisande part främst ska placera sina förhoppningar.

Domstolen har att opartiskt bedöma den framlagda utredningen i målet. Domstolens objektivitetsplikt vid bevisvärderingen innebär som tidigare har nämnts att möjligheterna att på eget bevåg inhämta information om ett bevismedel är begränsade. Att bevismedlet blir svårt att bemöta för den motbevisande parten är med andra ord en brist som är svår för domstolen att helt undanröja. Om man betraktar kontradiktion och möjligheten att föra sin talan i domstol som ett grundläggande minimiskydd utgör detta en brist ur rättssäkerhetssynpunkt. En lösning hade varit att åtminstone kräva att en fällande dom inte får meddelas med endast bevismedel med oklart ursprung som stöd. Det hade sannolikt inneburit en totalt sett större möjlighet för en motbevisande part att föra motbevisning. En sådan reglering hade dock, som tidigare har nämnts, kunnat innebära en del märkliga konsekvenser. Ponera att en av parterna lägger fram ett bevismedel utan att kunna redogöra för bevismedlets ursprung. Antag vidare att det i princip saknas övrig bevisning i målet men att domstolen ändå bedömer att talan är styrkt. Risken är då att dom inte kan meddelas trots att domstolen är övertygad om att talan är styrkt.

²⁶⁶ Jfr. Axberger m.fl. (2007), på s. 147 och 23 kap. 4 § RB.

Avslutningsvis bör diskussionen om rättssäkerhet också innehålla några reflektioner om rättstrygghet och om vikten av att rättsväsendet kan upprätthålla sin skyddande funktion. En rättsstat har till uppgift att skydda de som misstänks skyldiga till brott genom att upprätthålla rättssäkerheten. Samtidigt har en rättsstat till uppgift att också skydda dem som utsätts för brott samt en skyldighet att garantera var och ens rätt till liv, frihet och säkerhet.²⁶⁷ Däremellan bör någon slags balans skapas.²⁶⁸ Det har ovan argumenterats för att rådande reglering innebär vissa brister ur rättssäkerhetskänslor men att dessa brister bör vara tämligen begränsade. Samtidigt är alternativen till den fria bevisprövningen behäftade med andra och sannolikt mer bekymmersamma problem. Förutsatt att inga konsekvenser av ett bevismedels oklara ursprung förbises av domstolen och att bevisvärderingen tydligt redovisas i domen bör en fri och kritiskt granskande bevisprövning av bevismedel med oklart ursprung inte ses som ett problem ur rättssäkerhetssynpunkt. I en försiktigt optimistisk anda bedömer jag därför att nuvarande reglering innebär en utmaning för domstolen ur rättssäkerhetssynpunkt snarare än en rättssäkerhetsbrist.

Det ska från rättstrygghetssynpunkt också framhävas att användningen av bevismedel såsom EncroChat-materialet har inneburit att en stor mängd individer som inte respekterar andras fri- och rättigheter har kunnat försättas bakom lås och bom. En motsvarande mängd brottsoffer och inte minst svenska staten kan därtill sägas ha fått viss upprättelse. Det i sig beaktansvärda med denna brottsuppklarning kan dock givetvis tänkas förgöras om förfarandet inte är rättssäkert. Den enligt min uppfattning avgörande frågan för om bevismedel med oklart ursprung bör prövas fritt är om domstolarna kan kritiskt granska den framlagda bevisningen på ett rationellt och heltäckande sätt när ett bevismedels ursprung är oklart. Än så länge har domstolarna fått det förtroendet från lagstiftaren och jag har mot bakgrund av de undersökta rättsfallen inte kunnat observera något som har övertygat mig om att de inte förtjänar det förtroendet.

En fri och rättssäker bevisprövning av bevismedel med oklart ursprung förutsätter dock att domstolarna kan kritiskt granska dessa bevismedels brister på ett konsekvent sätt. Efter den friande domen i Svea hovrätt har det observerats att några domstolar har tillämpat ett närmast formellt krav på så kallad stödbevisning vid bevisprövningen av material från EncroChat. En tillämpning av ett krav på stödbevisning är inte i linje med den fria bevisprövningen och riskerar att göra bevisprövningen inkonsekvent och därmed mindre rättssäker.

²⁶⁷ Jfr. art. 2, 5 EKMR.

²⁶⁸ Jfr. Axberger m.fl. (2007), på s. 110–111.

Bevisprövningen av bevismedel med oklart ursprung för med sig att okända omständigheter släpps in i processen och att vissa frågor lämnas obesvarade efter att en dom har meddelats. Domstolens uppgift är dock inte, enligt min uppfattning, att reda ut hela sanningen om ett visst förfarande utan att utreda huruvida talan lever upp till de uppställda beviskraven. I sin prövning bör domstolen inte tacka nej till användbara informationskällor för att de har oklart ursprung eller bindas av bevisvärderingsregler såsom krav på stödbevisning. Min uppfattning är därför att mycket talar för att en fri bevisprövning kan leverera tillräckligt rättssäkra domar även när ursprunget till det prövade bevismedlet förblir dolt.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckt litteratur

Axberger, Gunnar, Johansson, Lisbeth, Lambertz, Göran, Levén, Staffan, Munck, Johan, Ramberg, Anne och Westberg, Peter (2007). *Rättssäkerheten i brottmål: ifrågasatt av Justitiekanslern*. Lund: Lunds domarakademi.

Bylund, Torleif (1993). *Tvångsmedel I Personella tvångsmedel i straffprocessen*. Uppsala: Iustus.

Danelius, Hans (2015). *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. 5., [uppdaterade] uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Dereborg, Anders (1990). *Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess*. Stockholm: Juristförl.

Diesen, Christian (2015). *Bevis 10 Bevisprövning i brottmål*. 2. [rev. och utök.] uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Edelstam, Henrik (1991). *Sakkunnigbeviset: en studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet = [Expert evidence] : [a study concerning the use of experts in the judicial system]*. Diss. Uppsala : Univ.

Ekelöf, Per Olof (1990). *Rättegång H. 1. 7.*, [rev.] uppl. Stockholm: Norstedt.

Ekelöf, Per Olof (1992). *Rättegång H. 4. 6.*, omarb. uppl. Stockholm: Norstedt.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009). *Rättegång H. 4. 7.*, omarb. och rev. uppl. Stockholm: Norstedt.

Eckfeldt, Jonas (2016). *Om informationstekniskt bevis*. Diss. Stockholm : Stockholms universitet.

Heuman, Lars (2005). *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*. 1. uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Kaldal, Anna och Lainpelto, Katrin (2009–10). "Nya sexualbrottsprejudikat?" JT, s. 95–103.

Kleineman, Jan (2018). 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria; Zamboni, Mauro, *Juridisk Metodlära*, 2: a upplagan, Studentlitteratur, s. 21–46.

Kronqvist, Stefan (2013). *Brott och digitala bevis: en handledning*. 3. uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Lainpelto, Katrin (2012). *Stödbevisning i brottmål*. Diss. Stockholm : Stockholms universitet.

Lavén, Håkan (2013). *Hur domstolar dömer i brottmål: om domare, rättegång, bevisning och påföljder*. 1. uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Lindell, Bengt (1987). *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt = [Matters of fact and matters of law] : [a study of borderlines, differences and relationships between fact and law]*. Diss. Uppsala : Univ.

Lindell, Bengt (2003). *Civilprocessen*. 2., [rev.] uppl. Uppsala: Iustus.

Lundqvist, Ulf (1998). *Bevisförbud: en undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång = [Prohibitions against evidence] : [the exclusion of illegally or unfairly obtained evidence in criminal procedure]*. Diss. Uppsala : Univ.

Lundqvist, Ulf (2015). *Laga och rättvis rättegång: om bevisförbud i rättspraxis*. 1. uppl. Knivsta: Bokbyrån.

Nordh, Roberth (2013). *Bevisrätt C: bevisvärdering*. Uppsala: Iustus.

Nordh, Roberth (2019). *Bevisrätt A: allmänna bevisfrågor : om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.. Andra upplagan* Uppsala: Iustus förlag.

Schelin, Lena (2007). *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*. Omarb. [utg.] Stockholm: Norstedts juridik

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

Artiklar

Ahlstrand, Thomas (2002). ”Till frågan om fri bevisprövning och bevisförbud”, i SvJT, s. 546–547.

Bolding, Per Olof (1953). ”Sannolikhet och bevisvärdering i brottmål”, i SvJT s. 305–338.

Frändberg, Åke (2000/01). ”Om rättssäkerhet”, i Juridisk Tidskrift, Nr. 2, s. 269–280.

Jareborg, Nils (2004). ”Rättsdogmatik som vetenskap, i SvJT 2004, s. 1–10.

Sandberg, Claes (2005) ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?”, i Tidsskrift for rettsvitenskap, Vol. 118, nr 4–5, s. 648–656.

Wahlberg, Stefan (2021). ”Vägen till helvetet är kantad av goda intentioner” i Dagens juridik, hämtad 2021-10-15.

Offentligt tryck

Motion till riksdagen 2020/21:3302

Proposition 2004/05:131 – Reformering av processen i allmän domstol.

Proposition 2016/17:218 – Nya regler om bevisinhämtning inom EU.

SOU 1938:44 – Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk.

SOU 2021:35 – En stärkt rättsprocess och en ökad lagföring.

JO 1980/81.

JO 1988/89.

Justitieutskottets betänkande 2019/20: juU27

Övriga källor

EncroChat-utredningen i Frankrike, svensk översättning av Polismyndigheten, (hämtad den 8 september 2021 såsom aktbilaga 9 tillhörande Högsta domstolen, mål B 2222–21, inkommen till Högsta domstolen den 29 april 2021).

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från Europadomstolen

Balziuk mot Polen, dom den 25 mars 1998 i mål 23 103/93

Bönisch mot Österrike, dom den 5 maj 1985 i mål 8658/79.

Doorson mot Nederländerna, dom den 26 mars 1996 i mål 20 524/92.

Ibrahim and others mot Förenade Konungariket, dom den 13 september 2016 i mål 50 541/08, 50 571/08, 50 573/08 och 40 351/09.

Jalloh mot Tyskland, dom den 11 juli 2006 i mål 54 810/00.

Khan mot Förenade Konungariket, dom den 12 maj 2000.

Kostovski mot Nederländerna, dom den 20 november 1989 i mål 11 454/85.

Kuopila mot Finland dom den 27 april 2000 i mål 27 752/95.

Mayali mot Frankrike, dom den 14 juni 2005 i mål C-38/18.

P.G. & J.H. mot Förenade Konungariket, dom den 25 september 2001 i mål 44 787/98.

Salduz mot Turkiet, dom den 27 november 2008 i mål 36 391/02.

Schatschaschwili mot Tyskland, dom den 15 december 2015 i mål 9154/10.

Schenk mot Schweiz, dom den 12 juli 1988 i mål 00010862/84.

Tence mot Slovenien, dom den 31 maj 2016 i mål 37 242/14.

Van Mechelen and others mot Nederländerna, dom den 30 oktober 1997 I mål 55/1996/674/861–864.

Rättsfall från Högsta domstolen

Högsta domstolen, dom den 14 oktober 2019 i mål T 2973–18.

Högsta domstolen, beslut den 19 maj 2021 i mål B 2222–21.

NJA II 1943 s. 457.

NJA 1982 s. 175.

NJA 1986 s. 489.

NJA 1991 s. 56.

NJA 1992 s. 532.

NJA 1993 s. 616.

NJA 1998 s. 204.
NJA 2001 s. 177.
NJA 2003 s. 323.
NJA 2005 s. 205.
NJA 2006 s. 457.
NJA 2007 s. 547.
NJA 2007 s. 1037.
NJA 2010 s. 151.
NJA 2011 s. 638.
NJA 2015 s. 702.
NJA 2019 s. 802.
NJA 2021 s. 286.

Rättsfall från hovrätterna - EncroChat

Svea hovrätt, beslut den 17 juni 2020 i mål B 4665–20.
Svea hovrätt, dom den 18 december 2020 i mål B 12120–20.
Svea hovrätt, dom den 23 december 2020 i mål B 11583–20.
Hovrätten för Västra Sverige, dom den 25 januari 2021 i mål B 5902–20.
Hovrätten för Västra Sverige, dom den 17 mars 2021 i mål B 1466–21.
Svea hovrätt, dom den 19 mars 2021 i mål B 1090–21.
Svea hovrätt, dom den 23 april 2021 i mål B 1128–21.
Svea hovrätt, beslut den 26 mars 2021 i mål B 3203–21.
Svea hovrätt, dom den 7 maj 2021 i mål B 3203–21.
Hovrätten för Västra Sverige, dom den 18 maj 2021 i mål B 1858–21.
Svea hovrätt, dom den 21 maj 2021 i mål B 2251–21.
Hovrätten för Västra Sverige, dom den 28 maj 2021 i mål B 2659–21.
Svea hovrätt, dom den 2 juli 2021 i mål B 5151–21.

Rättsfall från hovrätterna – överskottsinformation

Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom den 19 oktober 2012 i mål B 9901–16.

Svea hovrätt, dom den 2 november 2012 i mål B 1161–12.

Göta hovrätt, dom den 28 september 2016 i mål B 2090–16.

Svea hovrätt, dom den 1 juni 2016 i mål B 2634–16.

Rättsfall från hovrätterna – övriga fall

RH 2001:71

Göta hovrätt, beslut den 13 juni 2001 i mål B 525–01.

Svea hovrätt, dom den 9 januari 2012 i mål FT 9604–10.

Svea hovrätt, dom den 17 september 2012 i mål FT 2651–12.

Rättsfall från tingsrätterna – EncroChat

Attunda tingsrätt, dom den 22 februari 2021 i mål B 10010–20.

Göteborgs tingsrätt, beslut den 24 mars 2021 i mål B 533–21.

Norrköpings tingsrätt, beslut den 30 mars 2021 i mål B 1198–20.

Södertörns tingsrätt, beslut den 31 mars 2021 i mål B 3712–12.

Stockholms tingsrätt, dom den 22 april 2021 i mål B 5546–20.

Ystads tingsrätt, dom den 14 juni 2021 i mål B 1389–20.

Norrköpings tingsrätt, dom den 18 juni 2021 i mål B 1198–20.

Vänersborgs tingsrätt, dom den 24 juni 2021 i mål B 4861–20.

Södertälje tingsrätt, dom den 5 juli 2021 i mål B 2559–20.

Södertörns tingsrätt, dom den 14 juli 2021 i mål B 3712–21.

Attunda tingsrätt, dom den 16 juli 2021 i mål B 111–21.

Solna tingsrätt, dom den 16 juli 2021 i mål B 10412–20.

Solna tingsrätt, dom den 23 juli i mål B 20–21.

Göteborgs tingsrätt, dom den 29 juli i mål B 533–21.

Göteborgs tingsrätt, dom den 30 november 2021 i mål B 1359–21 och B 1343–21.

Eksjö tingsrätt, dom den 10 december 2021 i mål B 1151–21.

Göteborgs tingsrätt, dom den 12 december 2021 i mål B 3919–21.

Rättsfall från tingsrätterna – Överskottsinformation

Falu tingsrätt, dom den 14 mars 2016 i mål B 3659–15.

Jönköpings tingsrätt, dom den 15 juli 2016 i mål B 1743–16.

Hudiksvalls tingsrätt, dom den 29 december 2017 i mål B 2258–17.

Gävle tingsrätt, dom den 7 augusti 2018 i mål B 1063–18.

Stockholms tingsrätt, dom den 2 oktober 2018 i mål B 7131–15.

Malmö tingsrätt, dom den 21 november 2018 i mål B 3448–18.

Uddevalla tingsrätt, dom den 17 mars 2020 i mål B 554–20.

Nacka tingsrätt, dom den 12 maj 2020 i mål B 10674–19.

Malmö tingsrätt, dom den 7 november 2019 i mål B 2885–17.

Attunda tingsrätt, dom den 14 december 2020 i mål B 6420–20.

Nacka tingsrätt, dom den 12 mars 2021 i mål B 3651–20

Sundsvalls tingsrätt, dom 11 juni 2021 i mål B 321–21.

Rättsfall från tingsrätterna – Övriga rättsfall

Göteborgs tingsrätt, dom den 20 oktober 2001 i mål B 7521–01.

Court of Appeal

A, B, D & C v. Regina, dom den 20 januari 2021 i mål 202 100 094 B1, 202 100 110 B1, 202 100 112 B1, 202 100 113 B1.