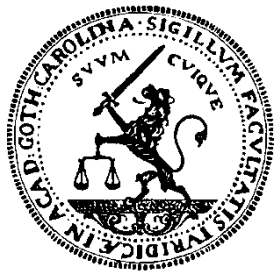

JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ayub Akbari

Bevisvärdering vid våldtäkt

- en analys av balkongmetodens tillämpning i våldtäktsmål

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Christoffer Wong

Termin för examen: HT2020

Innehåll

Summary ... **1**
Sammanfattning ... **2**
Förord ... **3**
Förkortningar ... **4**
1 Inledning ... **5**
1.1 Bakgrund ... 5
1.2 Syfte och frågeställningar ... 6
1.3 Metod och material ... 8
1.4 Disposition ... 10
1.5 Avgränsningar ... 11
2 Våldtäktsbrottet ... **12**
2.1 Gällande lagstiftning ... 12
2.2 Bevisning i våldtäkter ... 16
2.2.1 Stödbevisning ... 17
2.2.2 Teknisk bevisning ... 18
2.2.3 Vittnesförhör ... 19
2.2.4 Rättsintyg ... 19
2.2.5 Sakkunnig ... 20
2.3 På vilket sätt har den nya bestämmelsen ändrat bevisningen? ... 20
3 Den processrättsliga ramen ... **22**
3.1 Inledning ... 22
3.2 Fri bevisprövning ... 22
3.3 Avvisande av bevisning ... 23
3.4 Sakfrågor och rättsfrågor ... 24
3.5 Bevis- och förklaringsbörda ... 25
3.6 Beviskrav ... 27
4 Bevisvärdering ... **30**
4.1 Rättsliga utgångspunkter ... 30
4.2 Bevisvärderingsmetoder ... 32
4.3 Temametoden ... 33
4.4 Värdemetoden ... 33
4.5 Hypotesmetoden ... 34
5 Balkongmetoden ... **38**
5.1 Balkongmålet ... 38

5.1.1 Bevisrättsliga utgångspunkter ... 38
5.1.2 Den tekniska och rättsmedicinska bevisningen ... 39
5.1.3 HD:s slutsats av åklagarens bevisning ... 39
5.1.4 Den tilltalades berättelse och motbevisning ... 40
5.2 Allmänt ... 41
5.3 Tillämpning ... 41
5.4 Analys ... 42
5.5 Balkongmetodens tillämpning i våldtäktsmål ... 45
5.5.1 NJA 2017 s. 316 I ... 46
5.5.2 NJA 2017 s. 316 II ... 47
5.5.3 NJA 2019 s. 668 ... 49
5.5.4 Syskonfallet – Svea hovrätt B 8503–20 ... 50
5.5.5 Tinderträffen – Hovrätten för övre Norrland B 5–20 ... 52
5.5.6 Studenten - Solna tingsrätt B 9320–20 ... 54
5.5.7 Paret som bråkade – Hovrätten för Västra Sverige B 4222–20 ... 55
5.6 Kommentarer till praxis ... 56
6 Analys ... 62
6.1 Inledning ... 62
6.2 Rättsfaktans betydelse ... 62
6.3 Balkongmetoden - kritik ... 63
7 Slutsats ... 70
Käll- och litteraturförteckning ... 72
Offentligt tryck ... 72
Rapporter och andra skrifter från myndigheter ... 75
Internetkällor ... 75
Rättsfallsförteckning ... 76

Summary

In the Code of Judicial Procedure, the free examination of evidence is stipulated as a principle where all evidence that the parties can obtain is permissible and the value of that evidence is examined freely. The fact that the examination of evidence must be free means that the court is not bound by any legal rules or norms. However, the Supreme Court has developed a method of reviewing evidence that has developed and is applied mainly in rape cases. In NJA 2015 p. 702, the Supreme Court describes its method, to which they state that it must be applied with caution and discernment. Although the method has developed as a general model for the examination of evidence, it is not without shortcomings. Despite these shortcomings, the lower court instances do not prevent the frequent application of the method.

In rape cases, the evidence often places great focus on the parties' stories. The practice that has developed in rape cases in recent times has largely dealt with a statement analysis that aimed to show the strengths and weaknesses of a statement. And thus, assess with certain criteria whether this indicates if it is true or not. Through the recent amendment to the law, rape has also shifted its focus from presenting evidence about what was previously the course of action to rape, violence and threats, to revolving around volunteering. Since the necessary prerequisite have changed and thus the legal fact, a natural consequence would thus be that the evidentiary fact changes. Whether this is the consequence that has taken place in practice will be discussed in the essay.

The essay aims to shed light on the application of the balconymethod in rape cases – and discuss its strengths and weaknesses. Furthermore, a number of legal cases were raised to clarify how the method is applied in practice. There are already methods of evaluating evidence, but these have not gained the same significance as the balcony method. The hypothesis method that Christian Diesen was an advocate for is also a third method that is still relevant as it has its starting point in the evidentiary requirement in criminal cases - beyond reasonable doubt. An important distinction is made as the balcony method is rather a flow chart and not a method in the same sense as the previous “pure” evidence evaluation methods.

Sammanfattning

I rättegångsbalken finns den fria bevisprövningen stadgad. Principen innebär att all bevisning som parterna kan få fram är som utgångspunkt tillåtlig och värdet av den bevisningen får prövas fritt. Att bevisprövningen ska vara fri innebär att domstolen inte är bunden av några legala regler eller normer. Högsta domstolen har emellertid utvecklat en bevisprövningsmetod som vuxit fram och tillämpas alltjämt i våldtäktsmål. I NJA 2015 s. 702 (balkongmålet) redogör HD för sin metod, till vilken de anför ska tillämpas med försiktighet och urskillning. Även om metoden har vuxit fram som en allmän modell för bevisprövningen så är den inte utan brister. Trots dessa brister hindrar det inte underinstanserna från att frekvent tillämpa metoden.

I våldtäktsmål är bevisningen ofta sådan som lägger stort fokus på parternas berättelser. Den praxis som utvecklats i våldtäktsmål på senare tid behandlade i stort sett en utsageanalys som syftade till att visa på styrkor och svagheter hos en utsaga. Med hjälp av vissa kriterier bedöms om det talar för att den är sann eller inte. Våldtäkter har genom den senare ändringen i lagen skiftat fokus från att föra bevisning kring det som tidigare var tillvägagångssätt vid våldtäkter, våld och hot, till att kretsa kring frivilligheten. Eftersom rekvisitet ändrats och därmed rättsfaktan, skulle en naturlig konsekvens således vara att bevisfaktan ändras. Huruvida det är den konsekvens som skett i praktiken kommer att diskuteras i uppsatsen.

Uppsatsen syftar till att belysa balkongmetodens tillämpning i våldtäktsmål - dess styrkor och svagheter. Vidare lyftes en rad rättsfall upp för att tydliggöra hur metoden tillämpas i praktiken. Det finns sedan tidigare två metoder, men som dock inte fått samma betydelse som balkongmetoden. Hypotesmetoden som Christian Diesen var en förespråkare för är även en tredje metod som fortfarande är aktuell då den har sin utgångspunkt i beviskravet i brottmål - ställt utom rimligt tvivel. En viktig distinktion görs då balkongmetoden snarare är ett flödesschema och inte metod i samma bemärkelse som de tidigare ”rena” bevisvärderingsmetoderna.

Förord

Jag vill rikta ett stort tack till Birgitta och Eilard Wrangel som ändrade mitt sätt att tänka föralltid.

Jag vill även rikta ett stort tack till Eduardo Naranjo som bidragit med tankar och idéer som utvecklat mitt akademiska skrivande.

Sist men inte minst vill jag tacka min fru Alexandra för hennes tålamod och kärlek i både tuffa och goda tider.

Malmö den 6 januari 2021

Ayub Akbari

Förkortningar

BrB	brottsbalken (1962:700)
Brå	brottsförebyggande rådet
ED	Europadomstolen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska Unionen
FUK	förundersökningskungörelsen (1947:948)
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NFC	Nationellt forensiskt centrum
Prop.	proposition
RB	rättegångsbalken (1942:740)
RF	regeringsformen (1947:152)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Sexualbrott är en speciell typ av brott ur ett bevisperspektiv. Ofta grundar sig bevisningen huvudsakligen på målsägandes uppgifter. Direkta vittnesiakttagelser eller teknisk bevisning saknas ofta. Bevisningen kan ändock finnas tillräcklig för en fällande dom.[1] Man kan inte kategoriskt avfärda den möjligheten eftersom det skulle strida mot den fria bevisföringen.[2] Domstolens uppgift blir i sådana fall att bedöma trovärdigheten hos parterna och tillförlitligheten av deras utsagor, tillsammans med vad som förekommit i målet i övrigt. Domstolen är bunden av den bevisning som läggs fram och är skyldig att döma i målet.[3] Att bevisningen eller utredningen inte är tillräcklig är inte ett skäl till att avstå från att komma fram till ett avgörande, i de fallen måste man domstolen fria/ogilla åtalet.

Att våldtäkter sker i parker på natten där gärningspersonen hoppar ut ur ett buskage och överrumplar sitt offer är något som ofta kan associeras med våldtäkter. Sådana s.k. överfallsvåldtäkter förekommer naturligtvis, men majoriteten av våldtäkterna sker mellan två personer som är bekanta med varandra. Enligt Brå har endast 21 fall av totalt 202 granskade fall varit fall där parterna inte känner varandra, varpå flera av dessa är överfallsvåldtäkter.[4] En stor utsträckning av fallen numera handlar om två personer som fattat tycke för varandra under en kväll där de festat eller liknande, och senare åt natten hamnat i en sexuell situation, som målsäganden uppfattar som ett övergrepp.[5] Brå har utrett att det i en del av dessa fall kan ha förekommit våld, men där våldet inte är en förutsättning för att den sexuella handlingen kommit till stånd. Vid flera fall har frivilliga samlag övergått till att bli ofrivilliga genom att gärningspersonen plötsligt blivit hårdhänt eller ändrat sexuella moment som målsäganden inte varit med på.

Efter att ha läst flertalet våldtäktsmål från 2020 så kan man utläsa att domstolarna utgår från samma metod. Det förefaller vara en enhetlig bevisprövning i flera av rättsfallen, men det skiljer sig från de prejudikat HD producerat i rena våldtäktsmål tidigare. Även om den s.k. utsageanalysen fortfarande är en stor del i våldtäktsmål då ord står mot ord, ser man en modell som skiljer sig från de tidigare våldtäktsmålen. Vad flera av dem nyare målen har gemensamt är att dem inte verkar beakta den tilltalades version eller utsaga

[1] I BRÅ:s undersökning av fällande tingsrättsdomar under 2019 bestod bevisningen i 16 procent av fallen endast av sådana som inte vittnat om händelsen själv, utan fått händelsen återberättad av målsäganden före eller direkt efter händelsen, BRÅ 2020:6, s. 41f.
[2] Holmgård, s. 506.
[3] 30 kap. 2 § RB.
[4] Brå 2019:9, s. 31.
[5] Brå 2020:6, s. 9.

inledningsvis.[6] Flera av dem är överensstämmande när det gäller värderingen av den tilltalades version. Meningar som ”*inget av det som TT säger förringar värdet av den bevisningen som åklagaren åberopat*” och liknande uttalanden behandlas endast kortfattat i domskälen. Det väckte mitt intresse av huruvida domstolen över huvud taget beaktar den tilltalades version. Vid en närmare analys så framkommer det att den metod som används i våldtäktsmålen är den metod som utformades i det s.k. balkongmålet (NJA 2015 s. 702). Balkongmålet är inte ett våldtäktsmål, varför det gör en nyfiken på varför just den metoden används i våldtäktsmål.

1.2 Syfte och frågeställningar

En utgångspunkt i brottmål är gärningsbeskrivningen – den ram som rätten förhåller sig till i processen. Det framgår av 30:3 RB. Åklagaren ska genom sitt åtal styrka det som framgår av gärningsbeskrivningen, och rätten ska förhålla sig till om detta är styrkt eller inte. Gärningsbeskrivningen innefattar vissa rättsfakta och det är dessa som ska bevisas. Därav blir den första frågeställningen vilka rättsfakta som ska bevisas i våldtäktsbrott för att beviskravet ska vara uppfyllt. Det innefattar dels vikten av individualisering i gärningsbeskrivningen och vad som sker om någon del brister i bevisningen, och dels hur det i praxis vuxit fram viss bevisning som är mer relevant än annan.

Vad är det då som ska bevisas i våldtäkt?
(1) En otillåten gärning som består i
   (a) att den tilltalade genomfört ett samlag med målsäganden, eller annan sexuell handling som till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, och
   (b) den omständighet, att målsäganden inte deltagit frivilligt.

(2) När det gäller kravet på den personliga skulden,
   (a) att den tilltalade är så pass medveten att det kan sägas att hen har handlat med uppsåt och
   (b) att den tilltalade visste, hade insikt om eller i vart var medveten om en risk att målsäganden inte deltog frivilligt och var likgiltigt inför riskens förverkligande.

Vi kan bortse från rättfärdigande och ursäktade omständigheter som sällan är aktuella i våldtäktsmål. Den tilltalade ska frias om det brister i något av (1)(a), (1)(b), (2)(a) eller (2)(b).

[6] BRÅ 2019:9, s. 82f.

Våldtäktsbestämmelsen i 6:1 BrB har ändrats flera gånger på senare tid. När rekvisiten i bestämmelsen ändras, så påverkar det vilka rättsfakta som ska vara uppfyllda och därmed även bevisfaktan, dvs. den bevisning som har betydelse för om ett rättsfaktum existerar eller inte.[7] Den nuvarande och gällande bestämmelsen i 6:1 BrB har ändrats på så sätt att det som tidigare var tillvägagångssätt, dvs. våld och hot, nu ingår i den listan som avgör när ett deltagande aldrig kan anses frivilligt.

Med anledning av våldtäktens karaktär där två parter oftast är ensamma utgår vanligen den huvudsakliga bevisningen av den tilltalade och målsägandens berättelser. Sedan tidigare finns det två teoretiska bevisvärderingsmetoder som diskuterats flitigt i doktrinen, tema och värdemetoden. I våldtäktsmål där bevisningen ofta utgår från parternas berättelser, har det vuxit fram en metod som fastställts i NJA 2015 s. 702 (Balkongmålet). Metoden används nästan uteslutande i våldtäktsmål trots att bevisprövningen är fri och trots att HD manar till stor försiktighet med att använda metoden och värna om den fria bevisprövningen.[8]

Enligt balkongmetoden ska domstolen vid bevisvärderingen första pröva värdet av åklagarens bevisning var för sig. Rätten ska därefter ta ställning till om det sammanlagda värdet av denna bevisning är tillräckligt för att gärningspåståendet ska vara uppfyllt. Om bevisningen inte uppfyller beviskravet vid denna prövning, ska den tilltalade frias redan vid detta skede. Om rätten däremot bedömer att beviskravet är uppfyllt ska prövningen gå vidare till att granska den tilltalades uppgifter och annan bevisning som åberopats mot åklagarens gärningspåstående. Om den tilltalades berättelse eller om gärningsbeskrivningen tar sådan kraft från åklagarens bevisning att beviskravet inte är uppfyllt ska åtalet ogillas.

Balkongmetoden är emellertid inte en metod i den bemärkelsen att den syftar till att ge anvisningar i hur bevis ska värderas. Det är således värt att behandla frågan huruvida balkongmetoden är en metod i samma bemärkelse då den inte används på samma sätt som andra metoder eller om den snarare är ett flödesschema i vilken olika värderingsmetoder kan tillämpas. Den andra frågeställningen blir följaktligen hur denna metod tillämpas av domstolarna i bevisvärderingen vid våldtäktsmål och vilka för- och nackdelar som finns med den metoden. Balkongmetoden kommer att utredas som en central del i uppsatsen. För att inte komplicera begreppen används i fortsättningen balkongmetoden, även om begreppet metod i bevisvärderingen kommer att diskuteras senare.

[7] Nordh, Bevisrätt C, s. 12.
[8] NJA 2015 s. 702, p. 21.

Frågeställningar i uppsatsen är följande.

- Vilka rättsfakta är det som ska bevisas för att beviskravet ska vara uppfyllt i våldtäktsmål?
- Vilken metod använder domstolarna i sin bevisvärdering vid våldtäktsmål och vilka för- och nackdelar finns med den metoden?

Syftet med uppsatsen är att förmå domstolarna att reflektera över sin tillämpning av balkongmetoden i praktiken, i synnerhet våldtäkt. Som frågeställningarna visar ska för- och nackdelar med metoden samt kritik lyftas fram så att domstolarna kan se huruvida metoden är en fördelaktig metod i våldtäktsmålen. Den frekventa tillämpningen av metoden i våldtäktsmål väcker starka frågor om rättssäkerhet.

1.3 Metod och material

Den metod som kommer att tillämpas är den klassiska rättsdogmatiska metoden. Kleineman beskriver rättsdogmatikens syfte på följande sätt. Att genom att applicera en rättsregel finna lösningen på ett rättsligt problem.[9] Med utgångspunkt i lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och den juridiska litteraturen kommer svar till min frågeställning att sökas och slutligen att besvaras. Med anledning av karaktären i frågeställningen kommer stort fokus vara hur lagen tolkas i praktiken, vilket då även innefattar att dels att förklara processrättsliga regler och principer, men också att tolka domstolarnas bevisvärdering. Det gör att den rättsanalytiska metoden också kommer att tillämpas. Med hjälp av praxis från alla instanser kan en nyanserad bild av balkongmetoden framhållas. Eftersom balkongmetoden är en central del i uppsatsen kommer rättsfall från tingsrätt, hovrätt samt Högsta domstolen behandlas och därmed belysa de delar som är relevanta för frågeställningen.

Inom bevisrättens område finns det rikligt med litteratur som har kommit till användning i denna utredning. *Bevisprövning i brottmål*[10] av Christian Diesen har använts för att behandla den del som handlar om bevisning och täcker den större delen inom bevisområdet. För att få ett mer praktiskt perspektiv har jag använt *Bevisning i brottmål*[11] av Lars Holmgård i vissa delar som berör bevisningen. Boken behandlar många nya delar i bevisrätten men också i våldtäktsdelen. Litteratur som syftar till att belysa bevisprövningen i sexualbrott är främst Sutorius *Bevisprövning i sexualbrott*[12] och Schelins *Bevisvärdering av*

[9] Kleineman, s. 21.
[10] Diesen, 2015.
[11] Holmgård, 2019.
[12] Sutorius, 2013.

utsagor i brottmål[13]. Den litteraturen tillämpas i de delar som berör våldtäkt samt viss praxis i våldtäkt. Ekelöfs *Rättegång fjärde häftet*[14] behandlar de processrättsliga aspekterna och har använts i den mån processens del utretts eller beskrivits. Rättegång IV har också använts i de delar där tekniska begrepp och principer behandlats.

Statistik från brottsförebyggande rådet (brå) har använts för att belysa i vilken utsträckning och hur stora vissa problem är i praktiken. Statistiken har dock använts med försiktighet eftersom det alltid finns ett mörkertal samt att metoden i urvalet av statistiken ofta inte kan jämföras med ens egen slutsats.

Förarbeten till den senaste sexualbrottslagstiftningen har använts för att beskriva hur den nya sexualbrottsparagrafen är formulerad och vilka ändringar som skett, samt vilken betydelse det fått i praktiken. Propositionen, betänkanden samt SOU till den senaste samtyckeslagstiftningen har använts i den del som behandlar våldtäktsbestämmelsen. Även vissa lagkommentarer från både 6 kap. BrB och rättegångsbalkens regler har använts för att ge en så tydlig bild av bestämmelserna som möjligt.

För att få en djupare och ett bredare perspektiv på bevisrätten har en stor del av doktrin och annan juridisk litteratur använts. Diesen skrivit en intressant artikel som behandlar balkongmålet och dess inverkan i bevisvärderingsdebatten. Denna artikel har följts av ytterligare artiklar av Agnafors och Mellqvist som behandlar samma ämne – balkongmetoden. Förutom de sistnämnda har annan litteratur i bevisrätten kombinerats. Bexars lagkommentar till sjätte kapitlet brottsbalken samt Yakoub Gustafssons artikel om det nya våldtäktsbrottet har använts till stor del i den del som behandlar våldtäktsdelen.

Viss historik kommer att behandlas, på grund av de många ändringarna i både lydelsen och påföljden på senare tid. Det belyser vikten av allmänhetens intresse i frågan avseende sexualbrott, dels på grund av dess karaktär men också dels för att det finns ett behov ur straffrättsligt hänseende att se extra allvarligt på våldtäkter.

Framlyftas måste det faktum att granskning av domar utan att själv medverka i de olika förhandlingarna, begränsar väsentligt förmågan att själv göra egna säkra slutsatser kring trovärdighet och tillförlitlighet.

[13] Schelin, 2007.
[14] Ekelöf, 2009.

1.4 Disposition

Inledningsvis kommer en framställning av huvudparagrafen i 6 kap. i brottsbalken, våldtäktsparagrafen. På grund av de många ändringar finns det inte direkt utrymme för att gå in på samtliga ändringar eftersom balkongmetoden inte heller tillämpats förrän efter 2015. Rekvisiten (rättsfaktan) i våldtäktsparagrafen kommer att framställas med utgångspunkt i lag, förarbeten och lagkommentarer. Denna del följer av ett kapitel med den bevisning som ofta är aktuell i våldtäkter samt vilka rättsfakta som ska bevisas vid våldtäkt; detta för att visa vilken bevisning som är vanligast och varför. Naturligtvis är det väldigt individuellt ifall viss bevisning finns. Det är även upp till åklagaren vilken bevisning som hen väljer att åberopa. Det finns emellertid visst värde i att förstå varför de vanligaste former av bevisning förekommer i just våldtäktsmål och vilken betydelse de har.

Det tredje kapitlet berör centrala processrättsliga reglerna kring bevisning i svensk rätt och hur de tillämpas i praxis och framförallt i balkongmetoden. En bakgrund av de processrättsliga regler som ligger till grund för domstolarnas dömande är nödvändig för att förstå vilka regler och principer som domstolarna är bundna av. Bevisbörda, beviskrav och den fria bevisprövningen kommer att särskilt framställas och analyseras närmare med utgångspunkt i doktrin.

I fjärde kapitlet, och de följande, kommer fokus i uppsatsen att brytas ner till att beröra endast bevisvärderingen, med det första som en inledning till bakomliggande utgångspunkter i bevisvärdering och vilka metoder som finns och används i praxis och hur de har berörts i doktrin.

I femte kapitlet kommer balkongmetoden särskilt att framställas, vilket innefattar dels en genomgång av rättsfallet och dess omständigheter. Mina slutsatser av rättsfallet och balkongmetoden kommer att föredras. En framställning av rättsfall där balkongmetoden har tillämpats kommer att göras. I denna del har jag använts samtliga instanser för att för att bättre få en förståelse av metoden.

Sjätte kapitlet ägnas åt en analys och en sammanfattning av mina tankar och slutsatser.

Sjunde och sista kapitlet behandlar slutsatsen av uppsatsen.

1.5 Avgränsningar

Fokus kommer vara på den processrättsliga aspekten i domstolarna. Det finns inte utrymme för att gå in på brottsutredningarnas polisiära perspektiv, även om det är intressant. Följaktligen kommer utredningen att begränsas till att avse endast domstolens bevisvärdering i brottmål.

Arbetet kommer endast att behandla det uppsåtliga våldtäktsbrottet i 6 kap. 1 § brottsbalken. Det finns inte utrymme att behandla varken oaktsam våldtäkt, som är ett nytt sexualbrott och kräver grov oaktsamhet för att bli aktuellt. Det finns heller inte tillräcklig praxis för att behandla det nya brottet. Andra sexualbrott i sjätte kapitlet är heller inte aktuella. Lydelsen i våldtäktsbrottet har ändrats i omgångar på senare år, varför en historisk överblick med de aktuella ändringarna är viktig. I 6 kap. 4 § BrB finns våldtäkt mot barn stadgat, där ett absolut förbud mot sexuella handlingar framgår. Eftersom det inte kräver något tvång, våld eller hot så hade uppsatsen blivit alltför vidsträckt om den delen också varit med. Min utredning kommer att fokusera på fullbordade våldtäkter mot vuxna kvinnor, dvs. från 18 års ålder och uppåt.

Det är endast svensk rätt, med undantag för några utländska artiklar, och de svenska rättskällorna som kommer att studeras även om vissa paralleller kommer dras till europeisk rätt såsom Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna samt avgöranden i Europadomstolen. Eftersom komparativ metod inte heller är aktuell kommer inte några detaljerade bestämmelser från främmande rättssystem att beskrivas eller utredas.

2 Våldtäktsbrottet

2.1 Gällande lagstiftning

Den stora samtyckesregleringen fick äntligen sitt stora genombrott efter förslag från 2014 års sexualbrottskommitté.[15] Den nuvarande och gällande bestämmelsen grundar sig på huruvida deltagandet i den sexuella handlingen är frivillig eller inte. Det är frivilligt deltagande som avgör gränsen mellan en straffri och en straffbar gärning. Det krävs numera inte våld eller hot eller att gärningspersonen utnyttjat offrets särskilt utsatta situation, för att gärning ska vara straffbar som våldtäkt.[16] Syftet med den nya lagen är att tydliggöra varje människas ovillkorliga rätt till personlig och sexuell integritet samt sexuellt självbestämmande.[17]

Dessutom har sexualbrottslagstiftningen kompletterats med det nya brottet oaktsam våldtäkt, som finns stadgad i 6 kap. 1 a § BrB. I Brå:s granskning av 280 våldtäktsdomar under 2019, har oaktsam våldtäkt varit första- eller andrahandsyrkande i en tredjedel av fallen. Endast 2 av de granskade domarna har haft oaktsam våldtäkt som ett förstahandsyrkande.[18]

Enligt Brå:s rapport om den nya samtyckeslagen i praktiken har anmälningar för fullbordade våldtäkter ökat med 21 procent sedan ändringarna infördes i juli 2018.[19] Antalet fällande domar ökade från 190 domar 2017 till 333 domar 2019, vilket är nästan en fördubbling.[20] Brå utreder vilka faktorer som ligger bakom den utmärkande ökningen. En förklaring som ligger närmast är att sådana händelser som förut inte kunnat leda till åtal och fällande dom nu gör det. Det tolkas också såsom att ett syfte med lagstiftningen har uppnåtts.

Våldtäkt enligt 6 kap. 1 § BrB.
Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt till fängelse i lägst två

[15] Prop. 2017/18:177, 2017/18:JuU29 och SOU 2016:60.
[16] Bexar, Mikaela: Brottsbalken (1962:700) 6 kap. 1 §, Karnov i JUNO, besökt 2020-09-30.
[17] Prop. 2017/18:177, s. 1.
[18] Brå, 2020:6, s. 85.
[19] Brå 2020:6, s. 23.
[20] Ibid, s. 27.

år och högst sex år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt.

En person kan aldrig anses delta frivilligt om
1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan,
2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetslöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller
3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen.

I det följande ska först de objektiva rekvisiten i våldtäktsbestämmelsen behandlas och analyseras. Därefter kommer en kort redogörelse för de subjektiva rekvisiten.

Inte deltar frivilligt. Numera krävs det inte att gärningsmannen använt våld, hot eller utnyttjat offrets särskilt utsatta situation. Bedömningen ska istället grundas på en helhetsbedömning. Vidare måste det frivilliga deltagandet finnas under hela den sexuella handlingen.[21] Det innebär att sexuella handlingar där offret överraskas kan ett frivilligt deltagande normalt inte anses finnas. Typexempel är sexuella handlingar som utförs i samband med läkarundersökningar eller i folksamlingar under festivaler, konserter och liknandearrangemang.

När man bedömer om ett deltagande är frivilligt eller inte ska särskild hänsyn tas till om frivilligheten kommit till uttryck genom ord, handling eller på annat sätt. Med annat sätt menas t.ex. kroppsspråk eller minspel. Den som frivilligt deltar i en sexuell handling ger som utgångspunkt uttryck för sin vilja att delta. Motsatsvis får avsaknaden av sådana uttryck förstås som att deltagandet inte är frivilligt.[22]

I nuvarande bestämmelse finns det inget krav att det frivilliga deltagandet måste komma till uttryck, emellertid ska det särskilt beaktas vid bedömningen av frivilligheten om någon gett uttryck för sin vilja att delta genom ord, handling eller på annat sätt. Det har sin utgångspunkt i att den som deltar frivilligt ger uttryck för sin vilja att delta på något sätt och vid avsaknad av sådana uttryck får det förstås som att deltagandet inte är frivilligt.[23]

[21] Prop. 2017/18:177, s. 79.
[22] Dahlström, Strand och Westerlund, 2020, Brott & påföljder, s. 181.
[23] SvJT 2020 s 114, Hanna Gustafsson Yakoub, två sätt att tolka det nya våldtäktsbrottet.

En persons inre önskan att inte delta i den sexuella handlingen, räcker inte i sig för straffansvar, om personen ändå går med på den. Att någon utsätts för påtryckningar eller övertalningsförsök och sedan tillåter en sexuell handling innebär inte att ett frivilligt deltagande inte föreligger. Det avgörande är om personen fritt kunnat ta ställning till om hen ska delta i den sexuella handlingen. Det innebär att tjatsex inte är straffbart om personen valt att delta i handlingen och det inte föreligger omständigheter som innebär att valet att delta inte ska tillmätas betydelse (tredje meningen).[24]

Genomför samlag eller annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Av förarbetena framgår att ordet *genomför* ska tolkas så att det inte spelar någon roll huruvida målsäganden eller den tilltalade varit initiativtagare till samlaget. Även fall där målsäganden utför handlingen på sig själv omfattas av begreppet, således är det möjligt att våldtäkt kan utföras på distans, t.ex. genom internet. Det diskuteras i propositionen om det ska framgå av bestämmelsen vilka situationer som omfattas av begreppet samlag.[25] Samlag avser endast då vaginala samlag och där könsdelarna berört varandra, det krävs alltså inte någon penetration. Det krävs heller inte att någon sädesavgång har skett. Inte heller fordras något krav på varaktighet i samlaget.

Sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag handlar om t.ex. orala eller anala samlag men också föremål, fingrar eller knytnäve förs in i en kvinnas underliv.[26] Begreppet omfattar således andra sexuella handlingar än samlag. Utgångspunkten är att det förekommit en någorlunda varaktig fysisk beröring av antingen den andres könsorgan eller den andres kropp med det egna könsorganet. Dock kan även sådana handlingar som inte innefattar sådan varaktig fysisk beröring omfattas. Det avgörande är då om handlingen haft en påtaglig sexuell prägel och dessutom varit ägnat att tydligt kränka offrets sexuella integritet.[27]

I första stycket anges också tre punkter av vilka framgår när ett deltagande i en sexuell handling aldrig kan anses frivilligt, även om målsäganden uttalat att hen deltar frivilligt. De tre punkterna berör:

1. Misshandel, annat våld eller hot,
2. Otillbörligt utnyttjande i en särskilt utsatt situation,
3. Allvarligt missbruk av beroendeställning.

[24] Prop. 2017/18:177, s. 78..
[25] Prop. 2017/18:177, s. 27f.
[26] Bexar, Mikaela: Brottsbalken (1962:700) 6 kap. 1 §, Karnov i JUNO, besökt 2020-11-21.
[27] Westerlund m.fl., s. 179.

Punkt 1. Misshandel, annat våld eller hot. Det som avses med första punkten är sådant deltagande som är en följd av misshandel eller annat våld. Den första punkten motsvarar nästan helt de rekvisit som angavs av den tidigare våldtäktsbestämmelsen i 6:1 § första stycket BrB, dvs. bestämmelsen innan samtyckeslagen. Det innebär att tidigare praxis på området fortfarande är tillämplig. Bestämmelsen avser att begränsas till de fall där den sexuella handlingen framtvingats genom våld. När någon är överens om att våld ska ingå som en del i sexuella umgänget anses inte valet vara en följd av våldet, t.ex. BDSM-sex. Ett beslut att delta i en sexuell handling kan först lämnas då den sexuella handlingen företas. Det innebär att ett i förväg lämnat samtycke till våldsinslag enligt 24:7 BrB inte nödvändigtvis innebär att beslutet att delta i den sexuella handlingen var frivilligt. Det är möjligt att någon av de som deltar har ångrat sitt deltagande under tiden. Om hen inte ångrat sig och bestämt sig för att delta har beslutet att delta inte framtvingats med våld eftersom hen då frivilligt samtyckt till våldet.[28]

Beträffande hot för våldtäktsansvar är det hot om brottslig gärning som avses. Det kan rikta sig dels mot person, men också mot egendom. Hot som inte uppfyller hot om brottslig gärning är inte tillräckligt för våldtäktsansvar. Även utpressningshot är aktuella för ansvar för våldtäkt. Dock behövs det inte att tvånget är otillbörligt, till skillnad från utpressning som regleras i 4:4 första stycket andra meningen BrB.[29] I de fall behöver det inte vara gärningsmannen som uttrycker hoten, det kan komma från en annan person. Likaså kan hotet riktas mot annan än offret.[30]

Huruvida deltagandet i en sexuell handling är en följd av våld eller hot är rättstillämparens uppgift med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet. Det krävs inte att våldet eller hotet skett i direkt anslutning till den sexuella handlingen. Våld och hot som inträffat tidigare kan således i vissa fall vara tillräckligt för att ett deltagande ska anses som ofrivilligt.[31] Det är således upp till åklagaren att bevisa att deltagandet är en följd av våldet eller hotet.

Punkt 2. Otillbörligt utnyttjande i en särskilt utsatt situation. En person som inte är kapabel att ge uttryck för sin egen vilja befinner sig i en särskilt utsatt situation. Offret saknar eller har i vart fall begränsade möjligheter att freda sin sexuella integritet när personen på grund av medvetslöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation. Med allvarlig rädsla menar man

[28] Bäcklund, Agneta m.fl., Brottsbalken su 17, kommentaren till 6 kap. 1 § (JUNO) 2020-12-28.
[29] Prop. 2017/18:177, s. 80.
[30] Bäcklund, Agneta m.fl., Brottsbalken su 17, kommentaren till 6 kap. 1 § (JUNO) 2020-12-28.
[31] Prop. 2017/18:177, s. 81.

rädsla av kvalificerat slag. Det kan t.ex. handla om frozen fright där offret hamnar i ett tillstånd där hen inte kan röra sig och blir därmed passiv under övergreppet.[32]

Punkt 3. Missbruk av beroendeställning. Någon som befinner sig i en beroendeställning kan aldrig anses delta frivilligt eftersom offret inte har något annat val än att delta i den sexuella handlingen, och deltagandet ses inte som ett utövande av självbestämmanderätten. Beroendeställningen kräver att det finns ett s.k. avhängighetsförhållande mellan gärningsmannen och offret. Det kan t.ex. vara ekonomiskt, anställnings, eller lydnadsförhållande som avses. Även lärares ställning kan avses som beroendeställning inom skol och universitetsväsendet. Förutsättningen är att beroendeställningen allvarligt missbrukas, genom att t.ex. hota med avsked och således förmår den underordnade till en sexuell handling. Den press som den underordnade utsätts för måste vara av allvarlig betydelse för hen för att kravet på missbruk ska ha varit allvarligt.[33]

Subjektiva rekvisit. Förutom att dessa objektiva förutsättningar ska vara uppfyllda krävs också uppsåt för att dömas för våldtäkt.[34] I våldtäktsmål kan två stycken uppsåtsformer bli aktuella. Det är främst insiktsuppsåt, där den tilltalade varit medveten om att målsäganden inte deltog frivilligt. Även likgiltighetsuppsåt kan bli aktuellt där prövningen görs i två steg. Först prövas om den tilltalade insåg risken för att målsäganden inte deltog frivilligt. Därefter prövas om den tilltalade förhållit sig likgiltig inför detta, genom att insikten om att målsäganden inte deltog frivilligt inte skulle ha avhållit den tilltalade från den sexuella handlingen.[35]

2.2 Bevisning i våldtäkter

Bevisningen vid våldtäkter kan se olika ut. Oftast är den huvudsakliga bevisningen parternas berättelser, eftersom de är de enda som närvarat vid händelsen. Inte sällan läggs det då stor vikt vid trovärdighet och tillförlitlighet. Begreppet trovärdighet avser pålitligheten av en person (egenskapen hos personen) och tillförlitlighet för pålitligheten av utsagan (egenskapen hos utsagan).[36] Till detta kommer annan bevisning som kan styrka deras berättelser, s.k. stödbevisning. En framställning av den bevisning som ofta brukar åberopas i våldtäkter kommer nedan.

[32] Prop. 2012/13:111, s. 113.
[33] Bäcklund, Agneta m.fl., Brottsbalken su 17, kommentaren till 6 kap. 1 § (JUNO) 2020-12-28.
[34] Nordh, Bevisrätt B, s. 31.
[35] Brå 2020:6, s. 52.
[36] Holmgård, s. 181.

2.2.1 Stödbevisning

Betydelsen av stödbevisning tycks vara något oklar, men i princip innebär begreppet att den ger positivt stöd åt ett huvudbevis. Således utgör den en del av åklagarens huvudbevisning.[37] Problemet med en sådan definition är att den innehåller huvudbevis som begrepp, som är ännu mer diffust än det man vill definiera. All bevisning kan i princip kallas för stödbevisning. Ekelöf menar att är fel att betrakta huvudbeviset som avgörande och stödbevisningen som av mindre betydelse. Det handlar istället om att det är olika bevis med olika bevisvärde.[38]

Diesen beskriver stödbevisning som samverkande bevis, vanligen i form av svaga bevisfakta eller indicier, exempelvis skador av svårtolkat slag.[39] Även om stödbevisning saknas är det fel att säga att en fällande dom inte kan ges i en ord mot ord-situation eftersom det råder fri bevisvärdering. Min uppfattning är att praxis på denna punkt har frångått principen om fri bevisvärdering eftersom Högsta domstolen i flera fall[40] konstaterat att det normalt krävs stödbevisning för att åtalet i ord mot ord-situationer ska vara styrkt. I sexualbrottsmål är vanlig stödbevisning vittnesbevisning om vad målsäganden berättat och hur hon agerat efter händelsen. Eftersom målsäganden kan uttrycka vad hon varit med om på olika sätt, så måste inte stödbevisningen ske genom vittnesförhör. Det är vanligt med t.ex. sms, vad hon skrivit på sociala medier men också vad hon sagt i samtalet till larmcentralen.[41]

I balkongmetoden läggs det stort utrymme på att målsägandens berättelse får stöd från övrig bevisning. I detta sammanhang så syftar domstolen oftast till stödbevisning. Ju mindre trovärdig och tillförlitlig målsägandens berättelse är desto mer stödbevisning krävs för att åklagarens bevisning ska nå upp till beviskravet.[42]

Lambertz uttalade tidigare att det inte finns något absolut krav på stödbevisning för en fällande dom i brottmål på grund av den fria bevisprövningen.[43] Utvecklingen i praxis har emellertid successivt ändrats där Högsta domstolen ställt alltmer krav på stödbevisning för att nå upp till beviskravet. En av anledningarna torde vara att det i sexualbrott, främst situationer där ord står mot ord, måste finnas någon bevisrättslig ram för att tackla de svåra bedömningarna. Stödbeviset, som anses ha lägre bevisvärde, skulle

[37] Schelin, s. 41.
[38] Ekelöf, s. 25–26.
[39] Diesen, 2000, s. 228 not 95.
[40] NJA 2005 s. 712 och NJA 2009 s. 447 I och II.
[41] Holmgård, s. 157.
[42] NJA 2017 s. 316 II, p. 25.
[43] https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=5034753 (besökt 2020-10-01).

kunna vara avgörande i vissa fall eftersom det kan påverka domslutet när det läggs fram. Oavsett vilket bevisvärde varje enskilt bevis kan ha, så ska ju rätten ska värdera samtliga bevis i målet.[44]

Rättsfallet NJA 2005 s. 712 har bekräftat det faktum att det numera alltid krävs stödbevisning i ”utsagemålen”, dvs. de mål där bevisningen till största del består av målsägandeutsagan och där åtalet grundas på den. HD har i rättsfallet krävt att målsägandeutsagan ska bekräftas av någon form av stödbevisning för en fällande dom ska kunna meddelas.

Enligt Brå har målsägandets mående efter påstådda våldtäkten fått ett högre bevisvärde sedan den senaste lagändringen i våldtäktsparagrafen. Tidigare har målsägandens mående inte bedömts som bevis för att stödja målsägandens händelseförlopp, utan kunde ha andra orsaker. Eftersom ofrivilligheten nu är en del av bevistemat så är det inte konstigt målsägandens känslor får större betydelse.[45] Principen om fri bevisvärdering innebär ju att domstolen fritt ska värdera bevisningen och inte ska vara bunden av några normer eller regler. Om viss bevisning ges eller ska ges högre värde vid våldtäkter, skulle detta möjligen inte vara helt i enlighet med den fria bevisvärderingen.

2.2.2 Teknisk bevisning

Teknisk bevisning i form av DNA-spår räcker inte i sig för en fällande dom. I ord-mot-ord-situationer är DNA-spår av t.ex. sperma från den misstänkte ett bevis att styrka att samlag eller en sexuell handling ägt rum. Det är dock inget självständigt bevis för att styrka ofrivilligheten till samlaget eller den tilltalades uppsåt. Det är vanligt att den misstänkte erkänner samlaget men bestrider att det varit ofrivilligt. Således är sådan bevisning sällan till hjälp.[46]

Det finns i vissa fall viss relevans av DNA, t.ex. när den tilltalade bestrider att samlag över huvud taget ägt rum. I ett fall från hovrätten ändrade dock inte, det faktum att en annan persons sperma fanns i sängen, deras beslut om att fälla en person för våldtäkt, mot sitt nekande och till vilken han bestred att samlag skett.[47]

I Brå:s granskning av våldtäkter från anmälan till dom, framkom att en fällande dom var möjlig trots att någon teknisk eller annan skriftlig bevisning av betydelse inte fanns. I dessa fall var dock sannolikheten

[44] Ekelöf, s. 26.
[45] Brå, 2020:6, s. 42.
[46] Brå, 2016:19, Förändrade krav på bevisning?, s. 38.
[47] B 2860–20, Hovrätten för Västra Sverige, s. 5.

för en frikännande dom hög.[48] Det visar på att målsägandens trovärdighet har stor betydelse och kan vara en avgörande faktor.

2.2.3 Vittnesförhör

I 36 kap. 1 § RB framgår vilka som inte får höras som vittnen – den som är part i målet. Det gäller den tilltalade, medtilltalade, medmisstänkta, redan lagförda, åklagaren och målsäganden (oavsett om hen för talan eller inte). Den som kallas att vittna är skyldig att vittna. Det avläggs en vittnesed, vilket innebär att det är straffbart att tala osanning och rätten ska erinra vittnet om sanningsplikten och edens vikt, 36 kap. 11 § RB samt 36 kap. 14 § RB. Från den allmänna vittnesplikten är vissa undantagna. Den som är närstående till den tilltalade eller till målsägande som är part, 36 kap. 3 § RB. Med närstående avses den som med part är eller varit gift, i rätt upp- eller nedstigande släktskap, i rätt upp- eller nedstigande svågerlag, syskon (även halvsyskon) samt i det svågerlag, att den ene är eller varit gift med den andres syskon. Närstående till den tilltalade får vittna men måste inte, i det fallet den vittnar får hen inte avlägga ed, 36 kap. 13 § RB. Närstående till andra parter ska dock avlägga ed.[49]

2.2.4 Rättsintyg

Vid sexualbrott är det väldigt vanligt att både rättsintyg och journalanteckningar används som stöd för att bevisa skador hos målsäganden eller den tilltalade. Rättsintyget föregås av en kroppsundersökning för målsäganden och en kroppsbesiktning för den misstänkte. I rättsintygen bedömer läkare hur och när en skada kan ha uppkommit. Syftet med rättsintyget är att det ska ligga till grund för bedömningen av om ett brott har begåtts.[50] Journalanteckningar används däremot för att beskriva skadorna och behandlingen av skadorna. Journalanteckningarna upprättas inte i syfte att användas som bevisning om brott, likväl finns dem ofta med i bevisningen för att ge stöd åt målsägandens utsaga. Det är även vanligt i våldtäktsmål att den som utfört kroppsundersökning hos målsäganden åberopas som vittne. Syftet med detta förhör är att då höra vilka skador som hen har funnit genom undersökningen och huruvida det hänger ihop med slutsatsen i åklagarens hypotes, t.ex. att det finns vissa skador i underlivet hos målsäganden som skulle kunna visa på ett tilltvingat samlag. Vid dessa sammanhang så är det oftast åklagaren som åberopar läkaren, vilket då aktualiserar de vittnesreglerna i RB eftersom det då blir talan om muntlig bevisning. Det innebär också att domstolen bör uppmärksamma eventuell partiskhet hos detta vittne.

[48] Brå, 2019:9, s. 102.
[49] Holmgård, s. 356–357.
[50] Ibid, s. 493.

2.2.5 Sakkunnig

En sakkunnig är en fysisk person som kan förordnas av antingen rätten, domstolssakkunnig, eller av parterna själva, partssakkunnig. De gamla reglerna i 40 kap. RB utgår från att domstolssakkunnig är att föredra framför partssakkunnig. Dock är det i praktiken ofta åklagaren som åberopar den sakkunnige. Det är viktigt för rätten att värdera den sakkunniges förhör med försiktighet eftersom hen är åberopad av en part och därmed kan vara partisk. Till skillnad från domstolssakkunniga, saknas jävsbestämmelser för partssakkunniga. Sakkunnigutlåtande är den vanligaste formen skriftlig bevisning som förekommer vid våldtäkt.

2.3 På vilket sätt har den nya bestämmelsen ändrat bevisningen?

Eftersom formuleringen i våldtäktsbestämmelsen har ändrats, har bevisningens fokus också ändrats. Det grundläggande bevistemat har flyttats från det som tidigare var tillvägagångssätt till våldtäkten - våld, hot och utnyttjande - till ofrivilligheten. Numera är det avgörande rättsfaktumet om målsäganden deltagit frivilligt och därmed det som bevisningen förs kring. På grund av att det inte längre krävs våld eller hot för våldtäkt, och att det särskilt ska beaktas om frivillighet kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt, så är en intressant frågeställning på vilket sätt bevisningen har ändrats eftersom avsaknaden av våld och hot numera inte är ett rekvisit i våldtäktsbestämmelsen.[51] Våld, annat våld eller hot om brottslig gärning är istället det som ingår i den första punkten i 6:1 BrB av omständigheter som aldrig kan grunda frivillighet.

I propositionen var uppfattningen att den nya bestämmelsen inte kommer leda till några stora skillnader beträffande bevisningen. I utredningen uttrycktes försiktigt att det kan till och med bli så att statistiken för antalet fällande domar kan minska i förhållande till antalet anmälda brott, men att det finns anledning att tro att antalet anmälda händelser däremot kommer att öka. Utredaren uttryckte i propositionen starka skäl att ändra beteckningen våldtäkt. Eftersom det numera inte behövs våld för att det ska vara fråga om våldtäkt är det lite missvisande med beteckningen våldtäkt. Utredaren föreslog därför att beteckningen skulle ändras till sexuellt övergrepp, vilket då även sexuellt övergrepp skulle få andra beteckningar som följd.[52] Det blev dock inte någon ändring eftersom man fann att de följande ändringar med ändringsbeteckningen skulle leda till en risk att sexuellt tvång inte uppfattades som tillräckligt allvarligt.[53]

[51] Brå, 2020:6, s. 40f.
[52] Prop. 2017/18:177, s. 94f.
[53] 2017/18:JuU29, s. 9.

Av flera i riksdagen så var också uppfattningen att den nya regleringen inte kommer att ändra bevisläget mer än att det nu kommer att läggas större fokus på målsäganden. Det fanns dock ändå skäl med en noggrann och systematisk förundersökning att driva igenom förslaget utifrån ett helhetsperspektiv.[54]

Trots detta har de nya fallen haft en drastisk höjning av antalet fällande domar sedan den nya lagstiftningen infördes. Enligt Brå har 31 procent av fallen väldigt stark bevisning[55] som består av vittnen som sett händelsen, någon form av inspelning från händelsen eller ett erkännande på sms. I 39 procent av fallen har bevisningen relativt stark bevisning, som innebär att någon form av teknisk bevisning finns, t.ex. rättsintyg med skador på målsäganden, larmsamtal eller att vittnen sett vad som skett direkt före eller direkt efter händelsen. I den sista nivån bestod fallen endast av målsägandens uppgifter tillsammans med vittnen som inte sett händelsen utan fått höra av målsäganden vad som hänt.[56]

När domstolen bedömer frivilligheten är fokus på vilket sätt det framkommit om målsäganden uttryckt sin vilja att inte delta. Brå:s granskning visar att i de fall som lett till fällande domar finns en uppfattning att det tydligt framkommit att målsäganden inte vill delta. Andra fall är överrumplingsfall och där det saknas signaler på att hon vill ha sex och reagerat med passivitet när den sexuella händelsen sker blir hon paralyserad.[57]

Eftersom det avgörande rättsfaktumet i våldtäktsbestämmelsen numera är frivillighet så innebär det också att utsageanalysen får större betydelse. Frivilligheten är utgångspunkten för bedömningen. I balkongmetoden är det alltid målsägandens berättelse som i första hand prövas. Därmed är den praxis som finns med kravet på stödbevisning ännu mer aktuell än tidigare. Det är kanske därför också som den ofta förekommande indirekta bevisning om målsägandens beteende efter händelsen har större betydelse numera.

Frågan om bevisningen ändrats väcker i sin tur en annan intressant fråga: huruvida balkongmetoden på ett rättssäkert sätt tillgodoser en säker prövning av den nya bestämmelsen. Att den tilltalades berättelse och motbevisning inte beaktas förrän domstolen prövat åklagarens bevisning först, innebär att all relevant bevisning inte prövas i sitt sammanhang. Om rättsfrågan är huruvida frivillighet förelegat eller inte, kan den ena partens berättelse inte prövas mot beviskravet förrän den andra partens berättelse också prövats. Det innebär att beviskravet aldrig kan anses uppfylld i det första steget eftersom beviskravet inte endast avser bevisningens styrka, utan slutsatsens säkerhet.

---

[54] 2017/18:JuU29, s. 30.
[55] Brå kategoriserar nivåerna med nivå 1 som består av riktigt stark bevisning, nivå 2 relativt stark bevisning och nivå 3 målsägandens berättelse tillsammans med stödvittnen som inte bevittnat själva händelsen.
[56] Brå, 2020:6, s. 41f.
[57] Ibid, s. 10.

3 Den processrättsliga ramen

3.1 Inledning

I följande avsnitt kommer särskilt de delar av processen som är knutna till balkongmetoden och dess tillämpning att behandlas. För att få en grundläggande blick av vilka regler och principer som styr processrätten så kommer en framställning nedan att göras.

3.2 Fri bevisprövning

”*Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat. Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.*” 35 kap. 1 § rättegångsbalken.

I bestämmelsen slås principen om den fria bevisprövningen fast. Fri bevisföring och fri bevisvärdering är två komponenter av den fria bevisprövningen. Det framgår inte uttryckligen men anses ha slagits fast genom stadgandet av bestämmelsen.[58] Den fria bevisprövningen innebär att i princip alla former av bevisning är tillåtna. Det svenska rättssystemet har få inslag av legala bevisregler. Parterna ska ha stor frihet att lägga fram utredning för domstolen eftersom det bäst främjar en effektiv och rättssäker process. Domstolen får således stort utrymme att fritt värdera bevisningen som läggs fram.[59]

Genom regleringen i artikel 6 i EKMR om rätten till en rättvis rättegång har den fria bevisföringen inskränkts något. I Europadomstolens praxis har olovligt anskaffad bevisning ansetts strida mot artikel 6 i EKMR.[60] Det har till exempel ansetts som ett brott mot artikel 6 i EKMR att en utsaga tillkommit på ett klart otillbörligt sätt, t.ex. erkännande som framkommit genom tortyr.[61] Beträffande bevisning som tillkommit genom t.ex. brottsprovokation har Europadomstolen i ett flertal avgöranden anfört att det inte är Europadomstolens uppgift att avgöra huruvida enstaka bevis är tillåtna eller inte. Det avgörande är istället frågan om rättegången i sin helhet varit rättvis, inbegripet hur bevisningen erhållits.[62] Det innebär sammantaget att det numera finns vissa gränser för bevisföringen men också vissa små rekommendationer i bevisvärderingen måste följas. Således är den fria bevisföringen och bevisvärderingen inte lika fri som tidigare.

[58] Schelin, s. 19f.
[59] Ibid, s. 28.
[60] Se t.ex. Harutyunyan mot Armenien (dom 28.6.2007), Othman mot Storbritannien (dom 9.5.2012), Jalloh mot Tyskland (11.7.2006).
[61] Schelin, s. 19f.
[62] P.G. och J.H. mot Storbritannien, p. 76; Prop. 2004/05:143 s. 27.

Utgångspunkten i svensk rätt är alltså att all bevisning är tillåten. Den fria bevisföringen har numera dock vissa begränsningar. Om sådan bevisning som tillkommit på ett klart otillbörligt sätt tillåts, strider detta mot artikel 6 i Europakonventionen och den tilltalades rätt till en rättvis rättegång. Ett klart otillbörligt sätt kan vara bevisning som tillkommit genom tortyr, då det strider mot art. 3 i EKMR och påverkar då i sin tur att personen ifråga får en rättvis rättegång som helhet.

I rättegångsbalkens förarbeten framgår att ett avgörande inte får grundas på totalintrycket av det föreliggande materialet.[63] En tolkning av detta uttalande skulle rimligtvis innebära att rätten inte gör en helhetsbedömning av bevisningen utan ska göra individuella bedömningar av utredningens olika beståndsdelar.[64] Diesen har framhållit att innan man kan göra en bedömning av skulden är det viktigt att domstolen värderar varje bevis för sig. Det innebär att värderingen ska ske bevistema för bevistema (dvs. rättsfaktum för rättsfaktum, rekvisit för rekvisit), och inte endast värdera varje bevismedel (t.ex. en vittnesutsaga).[65]

3.3 Avvisande av bevisning

Det finns en föreställning om att viss bevisning i Sverige är ”inadmissable” eller otillåtlig, vilket ofta syns i amerikanska filmer eller tv-serier. Den fria bevisprövningen skiljer sig jämfört med andra rättssystem eftersom all bevisning som läggs fram i domstol är som utgångspunkt tillåtlig.[66] Det finns emellertid situationer där domstolen kan avvisa bevisning. Dessa situationer eller gränser på bevisföringen har vuxit fram genom Europadomstolens praxis, vilket Sverige är skyldiga att följa när det avser otillbörligt eller felaktigt upptagna bevis. Artikel 6 i EKMR stadgar rätten till en rättvis rättegång. EKMR som gäller som lag i Sverige och således måste rätta sig efter de regler som följer av EKMR.[67] Rätten till en rättvis rättegång inriktar sig mot den tilltalade; dock har även åklagaren och målsäganden som är part utan uttryckligt stöd har rätt till en rättvis rättegång.[68] Enligt ett avgörande från Europadomstolen[69] är det inte tillåtet att ta upp ett erkännande som tillkommit genom tortyr (som är förbjuden enligt art. 3 EKMR). Man anser att ett erkännande genom tortyr är ett fel som inte går att reparera och därmed har en straffrättslig förutsättning fallit. Följaktligen kan man därmed inte väcka åtal.[70] Det framgår också uttryckligen av 35:7 RB vilken

[63] SOU 1938:44, s. 377f.
[64] Holmgård, s. 32. Se även kapitel 5 bevisvärdering.
[65] Diesen, JT 2015–16 s. 666.
[66] Schelin, s. 19f.
[67] 2 kap. 19 § RF: ”Lag eller annan föreskrift inte får meddelas” i strid med Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen.
[68] RH 2012:14, avseende mål om sexuellt övergrepp mot barn och målsägandens rätt till en rättvis rättegång behandlades.
[69] Jalloh mot Tyskland, 2006.
[70] Diesen, 2015, s. 120.

bevisning som rätten får avvisa. Det avser bevisning som helt saknar relevans för en fråga som rätten har att pröva.

3.4 Sakfrågor och rättsfrågor

Gränsdragningen mellan sakfrågan och rättsfrågan är av stor betydelse bl.a. för den processuella systematiken, förfarandet och kompetensfördelningen mellan rätten och parterna.[71] Rättsfrågor är inte bevisbara på samma sätt som sakfrågor.[72]

Rättsfrågor anses ofta vara normativa frågor som kräver ställningstaganden till värderingar. En uppkommen rättsfråga, som t.ex. att domstolen ska ta ställning till huruvida den målsäganden deltagit frivilligt eller inte, avgörs efter avvägning av olika argument och av förutsedda effekter. Med sakfrågor avses däremot frågor som grundas på en sannolikhetsbedömning av den presenterade bevisningen. När domstolen gör en bevisvärdering är det en bevisfråga som bedöms. Bevisvärderingen handlar om en sannolikhetsbedömning, som ofta bygger på en erfarenhetssats som anger hur vanligt det är att en viss typ av bevistema orsakats av en viss typ av faktum.[73]

Bolding definierar sakfrågan som en fråga om vilka fakta som ska läggas till grund för rättens avgörande. Rättsfrågan å andra sidan består i frågan vilka rättsföljder som ska anknytas till dessa fakta.[74]

Bevisfrågor brukar förbindas till sakfrågor. Det finns inga rättsregler som bestämmer vilket värde olika bevis ska ges eller vilka bevis som får beaktas. Bevisvärderingen kan beskrivas vara en kunskapsteoretisk verksamhet. Vilken styrka som krävs på bevisningen för att beviskravet ska vara uppfyllt är däremot en normativ fråga. Domaren har beviskravet som måttstock. Beviskravet blir därmed en tolkningsfråga. Om man ska skilja på sak- och rättsfråga bör till sakfrågan hänföras fastställandet av fakta med hjälp av fri bevisvärdering. Då inkluderas i sakfrågan ett ställningstagande till beviskravet.[75]

HD har en roll som prejudikatinstans och beviljar prövningstillstånd om det bl.a. är av vikt för ledning av rättstillämpningen, 54 kap. 10 § första stycket 1 RB. Prejudikat i bevisvärderingsfrågor kan inte bildas på grund av att bevisvärderingen är fri. HD har dock gjort vissa uttalanden rörande bevisprövningen som är

[71] Lindell, s. 16.
[72] Nordh, praktisk process II, s. 27f.
[73] Heuman, SvJT 2014, s. 361f.
[74] Bolding, s. 36.
[75] Ekelöf m.fl., s. 7f.

av principiell natur. Frågan är huruvida dessa uttalanden är bindande för underrätterna. Eftersom bevisprövningen är fri är de inte formellt bindande. Dock torde det finnas goda skäl att frångå de uttalande som HD gör.[76] Allt som oftast ser man också att underrätterna följer HD:s auktoritativa uttalanden. [77]

3.5 Bevis- och förklaringsbörda

I brottmål är det åklagaren som har bevisbördan att styrka brott. Åklagarens bevisbörda framgår inte av lag men är en allmän princip som är viktig inom alla rättsstater. Orsaken till att bevisbördan ankommer på åklagaren har sin grund i oskyldighetspresumtionen, dvs. att en ska betraktas som oskyldig till dess att motsatsen är bevisad. Oskyldighetspresumtionen är en viktig princip som framgår av artikel 6.2 i Europakonventionen och numera av EU:s oskyldighetspresumtionsdirektiv[78]. Även i artikel 11.1 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna samt 48.1 i EU-stadgan är den starka princip stadgad.[79]

Åklagarens gärningspåstående är de uppgifter som åklagaren ska ange i stämningsansökan, 45:4 RB. En av straffprocessens hörnstenar är den bestämmelse som framgår av 30:3RB. Enligt den bestämmelsen framgår att domstolen endast får döma över den gärning för vilken ansvar har yrkats. Det innebär att rätten i sin prövning är bunden till sin åklagarens gärningsbeskrivning.

Åklagaren ska utöver de objektiva förutsättningarna, även bevisa gärningspersonens uppsåt eller oaktsamhet, de subjektiva förutsättningarna – vilket alltid ska framgå i gärningsbeskrivningen.[80] Det innebär till exempel att åklagaren måste styrka att den tilltalade genomfört samlag med målsäganden, som inte deltog frivilligt. Detta i sig räcker inte för att åklagarens bevisbörda ska vara styrkt, det krävs ytterligare att bevisa den tilltalades uppsåt, dvs. att den tilltalade insett eller haft insikt om att målsäganden inte deltog frivilligt. Bevisbördan omfattar samtliga omständigheter som ingår i gärningspåståendet, dvs. för varje enskilt rättsfaktum. Samtliga gärningsmoment ska alltså sägas ha inträffat med viss grad av sannolikhet för att åtalet ska kunna bifallas.[81]

Åklagarens bevisbörda avser rättsfakta. Rättsfakta är faktiska omständigheter som har eller har kunnat inträffa i verkligheten och som ensam eller i förening med andra rättsfakta direkt kan leda till att en viss

[76] Holmgård, s. 42f.
[77] Lindell, s. 124f.
[78] Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/343, artikel 6.
[79] Ibid, s. 82.
[80] Det framgår av rekvisitomständigheterna i 45 kap. 3 § 3 p. RB och av 1 kap. 2 § 1 st. BrB.
[81] Jacobsson, s. 232.

rättsföljd inträder.[82] För att förenkla detta så är rättsfakta i brottmål olika brottsrekvisit. Till exempel är ett uttalande av ett visst hot ett rekvisit för olaga hot (4:5 BrB). För våldtäkt däremot utgör uttalande av ett visst hot endast bevis för rekvisitet att målsäganden inte har deltagit frivilligt i samlaget (6:1 första punkten BrB). Åklagarens gärningsbeskrivning (bevistema) innehåller faktiska förhållanden (rättsfakta) som motsvarar brottets abstrakta beskrivning i brottsbalken. Åklagaren har bevisbördan för att de angivna rättsfakta föreligger.

Man skiljer rättsfakta från bevisfakta. Bevisfakta är faktiska förhållanden som ger stöd för ett visst rättsfaktums existens. Det kan till exempel vara ett vittne som sett händelsen. Till skillnad från rättsfakta är inte bevisfakta förenat med någon omedelbar rättsföljd. Bevisfakta kan även vara ett hjälpfaktum i förhållande till något annat.[83] Hjälpfakta är däremot sakförhållanden som påverkar vilket bevisvärde ett bevisfaktum har. Det tjänar emellertid inte som direkt bevisning för ett rättsfaktums existens.[84] Hjälpfakta kan t.ex. vara ljusförhållanden på brottsplatsen eller att vittnet var alkohol- eller narkotikapåverkad, vilket påverkar tillförlitligheten i hens utsaga.[85]

Erfarenhetssatser är av betydelse i bevisvärderingen. Genom en erfarenhetssats kan sambandet mellan två företeelser bedömas. Ofta är en erfarenhetssats domarens allmänna livserfarenhet.[86] Det handlar alltså domarens juridiskt relevanta referenser som på grundval av sin livserfarenhet och allmänna kunskap om hur vissa saker förhåller sig till varandra utifrån deras erfarenhet.[87] I våldtäktsmål är exempelvis en erfarenhetssats att en målsägande som talar sanning berättar om detaljerade händelser. Det kan dock finnas skäl för att målsäganden inte lämnar en detaljerad berättelse även om den är riktig. Som exempel kan nämnas att händelsen har varit väldigt traumatiserande för henne eller att hon av chocken inte minns detaljer.

Bevisbördan anger vem som står risken för att tillräcklig bevisning inte presenteras. Om inte beviskravet uppfylls av den som har bevisbördan så är målet förlorat. Åklagaren måste alltså presentera tillräcklig stark bevisning för ett rättsfaktum, för att det ska läggas till grund för domen.[88]

[82] Nordh, Praktisk process I, 2018, s. 25.
[83] Nordh, Bevisrätt C, s. 12.
[84] Ibid.
[85] Nordh, praktisk process II, 2019, s. 25f.
[86] Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 219f.
[87] Sutorious, Diesen, s. 288.
[88] Ekelöf, s. 79.

Utgångspunkten i brottmål är som tidigare nämnts att åklagaren har bevisbördan och att den tilltalade har rätt till passivitet och rätt att tiga.[89] Det finns dock situationer där den tilltalade måste kunna förklara vissa omständigheter för att inte åklagarens tes ska ligga honom till last. Av 35:4 RB framgår att den tilltalades passivitet kan tillmätas bevisvärde. Man talar här om förklaringsbörda. När det finns DNA-spår eller fingeravtryck från den tilltalade på en viss plats i samband med att brott begåtts, så måste det anses åvila den tilltalade att förklara anledningen till det. Den tilltalades tystnad innebär dock inte att friande förklaringar är uteslutna.[90] Det spelar ingen roll om den tilltalade har erkänt eller förnekat, om han kommit med någon förklaring till förekomsten av åklagarens bevisning eller inte: rätten är inte bunden av den tilltalades förklaringar. Rätten ska ex officio pröva om åklagarens gärningspåstående kan anses överensstämma med de faktiska förhållandena.[91]

Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 2013 s. 931 (p. 34), uttryckt betydelsen av förklaringsbördan. De anför att den tilltalade i vissa fall i rättspraxis kunnat åläggas en förklaringsbörda och fällts till ansvar om hen inte kunnat uppfylla denna.

I praktiken är det svårt att avgöra om alla relevanta omständigheter blir prövade. Om den tilltalade själv framhåller vad han anser vara relevant i målet blir det mycket lättare för åklagaren och rätten eftersom de då kan begränsa utredningen till det som den tilltalade anger som sin förklaring. Skulle han inte göra det, vilket han naturligtvis har rätt till, så kanske han gör en rättsförlust då åklagaren och rätten inte prövar viktiga omständigheter som annars skulle gynna den tilltalade eller vara till fördel för honom. Det skulle kanske möjligtvis även innebära att friande möjligheter bortses, som till exempel att pröva alternativa hypoteser eller alternativa gärningsmän.[92]

3.6 Beviskrav

Beviskravet i brottmål finns heller inte stadgat i någon lag utan har slagits fast i praxis.[93] Med beviskrav menar man vilken styrka bevisningen måste ha för att det påstådda rättsfaktumet ska anses uppfyllt enligt åklagarens bevisbörda och för att det ska kunna läggas till grund för en fällande dom. Det beviskrav som råder i brottmål är att det ska vara ställt utom/bortom rimligt tvivel att den tilltalade har begått den gärning som framgår av gärningsbeskrivningen. Det är ett väldigt högt beviskrav. Anledningen till det höga

[89] Holmgård, s. 91.
[90] Ibid.
[91] Schelin, s. 192.
[92] Diesen, s. 127–128.
[93] NJA 1980 s. 725 och NJA 1996 s. 176.

beviskravet är att så gott som möjligt undvika att oskyldiga döms till brott.[94] Utgångspunkten är rättssäkerheten. Däremot bör beviskravet inte ställas så högt att det urholkar brottsbekämpningen; det bör finnas en faktisk möjlighet att döma tilltalade för brott.

Att ändra formuleringen av beviskravet till en numerisk nivå skulle inte tjäna något till eftersom den bevisning som presenteras inte kan omvandlas till någon procentenhet. Det skulle dessutom skilja sig mellan olika domare i bedömningen av om bevisningen uppfyller den angivna numeriska nivån eller inte. Således skulle det inte underlätta att ändra beviskravet till en numerisk nivå även fast skulle vara möjligt.[95]

En viktig utgångspunkt om beviskravet är att den inte bara avser bevisningens styrka. En förutsättning för en fällande dom är, förutom att bevisningen är tillräcklig, även att man kan utesluta alternativa händelseförlopp och gärningsmän.[96] Enligt Gregow så kan beviskravet uttryckas med att ”det praktiskt sett ska framstå som uteslutet att den åtalade är oskyldig”.[97]

Beviskravet omfattar rättsfakta, dvs. de omständigheter som utgör brottet. Var och en av de rättsfakta som framgår av gärningsbeskrivningen ska vara uppfyllda för att fälla någon för brott. Förutom de objektiva rekvisiten i gärningsbeskrivningen ska de subjektiva rekvisiten också uppfylla beviskravet. Beviskravet för de subjektiva rekvisiten är de samma som gäller i brottmål, dvs. att det är ställt utom rimligt tvivel att en person utfört gärningen med uppsåt eller oaktsamhet, även om det flitigt diskuterats i doktrinen att svårigheterna att bevisa den subjektiva täckningen tenderar till att det inte är realistiskt att tillämpa samma beviskrav för uppsåt.[98] Avseende ansvarsfrihetsgrunder, t.ex. nödvärn och nöd, gäller dock inte samma beviskrav utan åklagaren ska presentera så mycket bevisning så att nödvärnsinvändningen framstår som obefogad.[99]

I domen måste en viss osäkerhet tillåtas, men den osäkerheten är väldigt begränsad. Osäkerheten får inte omfatta tvivel som kan anses rimliga.[100] I det rättsfall, där HD först fastlade det angloamerikanska beviskravet ”ställt utom rimligt tvivel”, så anförde HD att de alternativa händelseförloppen kan anses alltför rimliga för att ligga inom ramen för ”det tillåtna tvivlet.”[101]

[94] Schelin, s. 58f.
[95] Diesen, s. 137.
[96] Holmgård, s. 96.
[97] Gregow, SvJT 1996, Några synpunkter.., s. 510.
[98] Diesen, s. 164; Det är genom NJA 2012 s. 45 numera fastställt att det är ställt utom rimligt tvivel som gäller även för uppsåt.
[99] Holmgård, s. 87f.
[100] Nordh, Bevisrätt B, s. 32.
[101] NJA 1980 s. 725, på s. 739.

Avseende rättsfakta är det viktigt att understryka att rättsfaktum såsom tid och plats för brottet har samma beviskrav som brottmål i övrigt.[102] Det ska alltså vara ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade har begått gärningen den tid och plats som åklagaren angett i gärningsbeskrivningen. Tidpunkterna har krav på att vara specificerade. När det däremot gäller skadestånd, dvs. det enskilda anspråket som är civilrättsligt, åligger det målsägande att, liksom i tvistemål, styrka den skada som den tilltalade orsakat hen men även styrka sitt påstående om skadans storlek. Att en domare känner sig övertygad av subjektiva skäl om den tilltalades skuld kan inte godtas, dvs. på grund av en allmän känsla hos domaren. Det måste finnas objektiva skäl och dessa objektiva skäl måste vara tillräckliga för att åtalet ska bifallas.[103] Orsaken till detta är att rättskipningen skulle bli godtycklig om domarens personliga övertygelse låg bakom beviskravet. Att lika fall ska behandlas lika är en princip som är fundamental i en rättsstat och den skulle hotas om den subjektiva känslan avgör, eftersom den varierar mellan domare och riskerar att baseras på felbedömningar.[104]

[102] Diesen, s. 154f.
[103] Gregow, 1996, s. 511.
[104] Diesen, s. 30f.

4 Bevisvärdering

4.1 Rättsliga utgångspunkter

Bevisupptagningen sker under huvudförhandlingen där bevisningen läggs fram och rätten tar del av den, 46:6 st. 2 RB. Under överläggningen tar rätten ställning till den bevisning som lagts fram under huvudförhandlingen. Rätten drar då slutsatser kring de rättsfakta som åberopats vid huvudförhandlingen och redovisar dem i domen, 30:7 st. 1 och 30:5 st. 1 p. 5. Det är rättens ansvar att utföra bevisvärderingen.

Att bevisvärderingen är fri innebär att domaren inte är bunden av några legala regler. Det innebär dock inte att domaren får grunda avgörandet på en rent subjektiv uppfattning kring de olika bevisens värde. Övertygelsen ska vara objektivt grundad och kunna stödjas på skäl som kan godtas av andra förståndiga personer.[105] Överinstanserna ser till att bevisprövningen och bevisvärderingen gjort på ett rättssäkert sätt och att den tilltalade fått sin sak prövad. Bevisvärderingen ska även utföras utifrån allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler; är det erfarenheter som ligger utanför domarens kompetens, bör sakkunskap anlitas.[106] Det finns inga regler vilket värde som ska sättas på olika former av bevisning, men det torde vara rimligt att viss bevisning bör värderas högre än andra. T.ex. bör forensisk bevisning som fingeravtryck eller dna med hög statistisk sannolikhet ha högre bevisvärde än återgivning av andrahandsuppgifter.

Enligt motiven till RB är utgångspunkten att varje bevis och varje rekvisit ska bedömas för sig.[107] Det ger uttryck för den atomistiska bevisvärderingen. Den går ut på att bryta ned gärningsbeskrivningen i olika bevisteman och bedöma hur starkt stöd varje enskilt bevisfaktum ger åt ett visst tema, och sedermera lägga ihop de enskilda bedömningarna till en sammantagen bedömning av hela bevisningen. En holistisk bevisvärdering delar man inte upp bevisen på det sättet, utan bedömer bevisningen i sin helhet.[108] Den holistiska bevisvärderingen ser bevisningen i sin helhet, men även händelseförloppet som framgår i gärningsbeskrivningen. Den som bedömer bevisning enligt den holistiska bevisvärderingen värderar bevisning mot bakgrund av all annan bevisning i målet.[109] Till skillnad från den atomistiska värderingen

[105] SOU 1938:44, s. 377.
[106] Schelin, s. 22–23.
[107] Ibid, s 378.
[108] Dahlman, s. 29f.
[109] Andersson, Lainpelto, Festskrift till Diesen, s. 410f.

som bedömer bevisningen självständigt, menar förespråkarna för holistiska värderingen att ett bevisvärde av enskilt bevis endast kan fastställas ifall all annan bevisning beaktas.[110]

I bevisprövningen skiljer man mellan motsatsbevis och ordinär motbevisning.[111] Motsatsbevis är bevisomständigheter som talar emot gärningspåståendet och hänförs till annat utanförstående påstående. Till exempel den tilltalades påstående om att han inte var vid platsen för brottet och det finns stöd för detta i utredningen så kullkastas åklagarens gärningspåstående om att den tilltalade varit delaktig i brottet. Ordinär motbevisning å andra sidan syftar till att försvaga värdet hos åklagarens bevisning. Det största skillnaden är att motsatsbevis aktualiseras i den slutliga prövningen av felmarginalen, dvs. när en annan förklaring ska prövas och om rimligt tvivel föreligger eller ej. Ordinär motbevisning prövas vid bedömning av det positiva beviskravet. I fall man inte prövar positiva beviskravet först är det risk för att åtalet kan bifallas på för svag bevisning.[112]

I bevisvärderingen spelar erfarenhetssatser en stor roll. Erfarenhetssatser kan beskrivas som abstrakta satser beträffande hur faktiskt omständigheter förhåller sig till varandra. I RB:s motiv görs en distinktion mellan å ena sidan faktiska förhållanden som är allmänt veterliga (notoriska fakta) och å andra sidan erfarenhetssatser som är kända för domaren.[113] Allmänna erfarenhetssatser grundar sig på livserfarenhet, såsom sunt förnuft och gott omdöme och särskilda erfarenhetssatser bygger istället på bedömningar av särskild sakkunskap.[114]

2006 utarbetas en rapport av JK som granskade mål där resning beviljats i elva mål. I rapporten görs gällande att bevisvärderingen i de ursprungliga domarna utförts felaktigt. I samtliga fall som granskats har rättens underlag för prövningen varit ofullständigt. Vidare har de granskade sexualbrottsmålen inte utrett de alternativa förklaringar som förekommit i tillräcklig omfattning samt att det av processmaterialet och förundersökningsmaterialet redan gick att konstatera att materialet var ofullständigt.[115] Vid noggrann läsning av rapporten får man uppfattning att det funnits tvivel som kunnat anses rimligt och i vissa fall att utredningen inte uppnått det utredningskrav som gäller för att brottet ska anses tillräckligt utrett. Rapporten ger också uttryck för betydelsen av att bedömningarna blir korrekta för rättssäkerheten.

[110] Pardo 2000, s. 401.
[111] Diesen, s. 267.
[112] Schelin, s. 268.
[113] Nordh, Bevisrätt C, s. 42f.
[114] Lindell, s. 227.
[115] JK: felaktigt dömda, s. 442.

4.2 Bevisvärderingsmetoder

I bevisvärderingen finns två metoder som det länge debatterats kring i doktrinen - temametoden och värdemetoden. Även hypotesmetoden har räknats till en av dem. De tre metoderna bygger i stort på sannolikhetsresonemang.[116] En central skillnad mellan dem är att ursprungssannolikheten tillmäts olika betydelse. Vid tillämpning av temametoden har ursprungssannolikheten stor betydelse, men vid värdemetoden ingen eller liten betydelse. Värdemetoden och temametoden ger anvisningar var för sig om hur bevisning ska värderas, både enskilt och övergripande. Hypotesmetoden å andra sidan innehåller inte någon anvisning om hur bevisningen *ska* värderas. Det kan i det sammanhanget ifrågasättas huruvida hypotesmetoden verkligen utgör en metod.[117] Enligt Diesen själv utgör hypotesmetoden en normativ bevisteori, dvs. teorier om hur bevisning *bör* utföras.[118]

Det finns flera bevisteorier som berör bevisvärderingen. Deskriptiva modeller syftar till att beskriva hur bevisvärderingen går till och har den psykologiska vetenskapen som grund. Både tema och värdemetoden hänförs till så kallade frekvensteorier. De har istället som syfte till att försöka räkna ut sannolikheten för det inträffade.[119] Det finns även den teori som Dahlman förespråkar, Bayes teorem eller bayesiansk sannolikhetsteori. Den grundar sig på sannolikheten för ett visst bevistema vid varje given situation.[120]

En annan mer intressant ståndpunkt är att balkongmetoden är en bevisprövningsmodell – för hur bevisningen ska prövas och i vilket skede. Den är således inte en metod i samma bemärkelse som de andra metoderna som framställts ovan, eftersom den inte ger några anvisningar för om hur bevisningen *ska* eller bevisning *bör* värderas. Enligt Mellqvist används balkongmetoden både som en metod för bevisvärdering men också som en metod för domskrivning.[121] Min uppfattning är att den är snarare ett flödesschema för strukturen i bevisprövningen. Det är i sammanhanget viktigt att poängtera att det skiljer sig i metoderna då de i föregående stycke är bevisvärderingsmetoder och balkongmetoden är en bevisprövningsmodell. Begreppen sammanhänger visserligen med varandra och bevisvärderingen påverkas av i vilken ordning bevisningen prövas. Enligt balkongmetoden ska den av åklagaren åberopade bevisningen först prövas. Det som oftast görs i detta steg är att målsägandens berättelse granskas först. Indirekt görs detta till ett huvudbevis som får ett stort värde, beroende på utslaget av analysen som görs av utsagan.

[116] Nordh, Bevisrätt C, s. 48.
[117] Ibid, s. 47.
[118] Diesen, s. 30.
[119] Ibid.
[120] Dahlman, s. 8.
[121] Mellqvist, JT 2019/20, s. 776.

När ord står mot ord måste målsägandeutsagan bedömas – det är då en utsageanalys görs. Utsageanalysen har sin utgångspunkt i psykologisk forskning[122] och den försöker visa skillnader i struktur mellan det lögnaktiga och sanningsenliga berättandet. Vid analysen kan man med hjälp av olika kriterier avgöra huruvida utsagan innehåller lögnaktiga eller sanningsenliga inslag. Gregow utvecklade analysen och presenterade de faktorer som avgör om utsagan innehåller den ena eller den andra kategorin, bl.a. längd, detaljrikedom, konstans, resistens, homogenitet samt brist på fel och orimligheter.[123] Det har dock framförts kritik mot uppställandet av sådana kriterier. Willén och Strömwall menar att det inte finns något vetenskapligt stöd[124] för de kriterierna som uppställs, förutom i ett kriterium – klar.[125]

4.3 Temametoden

Temametoden innebär att man bedömer hur sannolikt bevistemat är givet den föreliggande bevisningen. En förespråkare för metoden är Per Olof Bolding. Genom att tillämpa metoden kan frågan besvaras genom att tillämpa den erfarenhetssats som är bäst anpassad till omständigheterna i det enskilda fallet.[126] Metoden bedömer bevisningen i målet både för och mot sannolikheten för bevistemats existens. Man lägger till bevisning var för sig och bedömer hur starkt bevistemat blivit av den senast tillförda bevisningen. Även temametoden har kritiserats av att vara en s.k. vågskålsmodell där man samlar det som talar för och det som talar mot temat och väger dem mot varandra. Skulle då det ena väga mer så är beviskravet uppfyllt. Diesen menar att metoden är mer problematiskt vid den situation då den tilltalade blankt förnekar gärningen. Det saknar då nämligen motbevisning och huvudfaktan är då tillräcklig för en fällande dom.[127]

4.4 Värdemetoden

Värdemetoden bygger på utgångspunkten att domaren ska söka fastställa hur säkert det är att en viss omständighet (bevisfaktum) är orsakat av bevistemats existens.[128] Det kan också formuleras som hur säkert det är att bevistemat orsakat bevisfaktumet. Varje bevis värderas för sig och de olika värdena läggs sedan ihop. Det sker sedan en bedömning av hur sannolikt det är att ett bevis orsakat bevistemat.[129] Metoden förutsätter dock att det finns ett orsakssamband mellan bevistemat och beviset, vilket innebär att all bevisning anses som kausal.

---

[122] Trankell, 1965.
[123] Gregow, SvJT 1996, s. 518.
[124] Willen & Strömwall menar att även om den utsageanalys som användes av Trankell kan ha baserats på vetenskapliga grunder så prövades den aldrig vetenskapligt, s. 746.
[125] Willén & Strömwall, s. 747f.
[126] Nordh, Bevisrätt C, s. 64.
[127] Diesen, 1994, s. 10.
[128] Nordh, Bevisrätt C, s. 61.
[129] Holmgård, s. 44.

Den relevanta frågan i brottmål är emellertid hur sannolikt det är att bevistemat föreligger. En av anledningarna till varför värdemetoden inte fått någon större inverkan i domstolarnas dömande är att värdemetoden syftar till att fastställa hur sannolikt det är att ett visst bevisfaktum föreligger, ifall åklagarens gärningspåstående är riktigt.[130]

4.5 Hypotesmetoden

För att domstolen ska finna att bevisningen ställts utom rimligt tvivel krävs att friande alternativ till åklagarens gärningspåstående har kunnat eliminerats.[131] Åklagarens gärningspåstående, s.k. huvudhypotesen, ska som utgångspunkt vara rimlig och det förutsätts att den prövats redan innan åtal väcks.[132] Det är mot huvudhypotesen som alternativa hypoteser ska prövas, vilket i brottmål alltid är åklagarens gärningsbeskrivning som framgår i stämningsansökan.

En modell som används vid bevisprövningen är hypotesprövningsmetoden. Metoden innebär att gärningspåståendet delas upp i rättsfakta (rekvisit) och verifiering sker genom falsifiering av alternativa (friande) hypoteser i varje del.[133] Den tilltalades skuld fastställs genom att bevisen för det åtalade brottet anses tillräckligt starka i sig för att åtalet ska bifallas och att andra alternativa förklaringar än åklagarens gärningsbeskrivning kan uteslutas. För att åtalet ska anses vara ställt utom rimligt tvivel krävs att det efter utredningen i målet saknas konkreta omständigheter som kan hänföras till de friande alternativen.[134]

En förutsättning för att pröva alternativa hypoteser är att rätten kan avgöra om den bevisning som finns räcker för att fastställa skuldfrågan är tillförlitlig, dvs. om processmaterialet anses duga för en slutsats ”på goda grunder”. Om utredningen är för tunn, är möjligheterna att finna tvivel begränsade och ännu mer begränsade att göra tvivlet rimligt. Bedömningen av huruvida utredningen räcker för att fastställa skuldfrågan kommer före bevisvärderingen och prövningen av beviskravet. Bedömningen av utredningens tillräcklighet skiljer sig också beroende på brottets grovhet, den tilltalades inställning och brottets komplexitet samt hur bevisningen i det aktuella målet ser ut.[135] Diesen gör en distinktion mellan hypoteserna, då han kallar den ena för utredningshypoteser och den andra för bevisprövningshypoteser. Utredningshypoteser är vad som borde ha utretts i målet. Om utredning saknas om ett relevant alternativ

130 Ibid.
131 Schelin, s. 60.
132 Diesen, JT 1999–00, s. 304
133 Diesen, s. 216.
134 Diesen, Christian, *Bortom allt tvivel?*, Festskrift till Per Ole Träskman, 2011, s 155–156.
135 Diesen, s. 227.

saknas också förutsättningar för att finna tvivel, vilket gör falsifieringsmetoden till intet fungerande. Metoden fungerar endast om utredningen är tillräcklig för bevisprövningen och rätten ska då bedöma om det finns stöd för alternativa förklaringar i processmaterialet. Genom denna metod kan frågan om vad som menas med ”rimligt” tvivel besvaras.[136] Lindell anser att hypotesmetoden är en metod för beslutsfattande, snarare än en bevisvärderingsmetod.

Det finns en väsentlig skillnad i kraven på verifikation. Det innebär att det för en fällande dom krävs att alla rekvisit i gärningspåståendet är bevisade. För en friande dom räcker det däremot att någon alternativ hypotes har en viss substans. Det räcker således att någon bevisomständighet med något bevisvärde i något rekvisit kan rucka på slutsatsen att brottet är bevisat. Detta visar på vilken betydelse de alternativa hypoteserna kan ha. Det friande alternativet måste likt det fällande alternativet dock konkretiseras på något sätt, annars hade det i de flesta fall varit omöjligt att döma.[137]

Ett problem med alternativa hypoteser är att om de friande alternativa hypoteserna elimineras står endast åklagarens huvudhypotes kvar som då i sig anses bevisad. Det krävs därför att huvudhypotesens berättigande prövas självständigt eftersom en hypotes aldrig kan prövas fullständigt.[138] Enligt den s.k. hypotesprövningsmetoden ska i första hand därför huvudhypotesen inledas med en självständig prövning. Det kan inte bli aktuellt att pröva friande alternativ om man i ett första skede inte fastställt skuldfrågan.

Man skulle kunna ställa upp bevisprövningen i tre steg. För det första utreda om utredningen är tillräcklig (utredningskravet). För det andra pröva om åklagarens bevisning räcker för en fällande dom (det positiva beviskravet) och för det tredje pröva sådana förhållanden som talar emot gärningsbeskrivningen (det negativa beviskravet).

Prövningen av det positiva beviskravet måste göras rekvisit för rekvisit, och när alla rekvisit anses styrkta är brottet bevisat. Vid värderingen av enskilda bevis och sammanvägningen därav, ska påverkande faktorer som talar för eller emot ett påstående vägas i relation till verkligheten. Slutsatsen handlar alltså om hållfastheten vid sambandet mellan bevis och rekvisit i det enskilda fallet. När man ska värdera denna hållfasthet är ordinära motbevisningen relevant. Alla omständigheter som talar emot åklagarens bevisning ska särskilt beaktas. Rätten söker här om eventuell motbevisning kan rucka på den samlade bevisstyrkan i

[136] Diesen, Bortom allt tvivel?, s. 156.
[137] Ibid, s. 156.
[138] Schelin, s. 60.

rekvisitet (deltemat). Temat är styrkt om inget av betydelse uppstår som talar emot slutsatsen. Motsatsbevis tar man inte upp i detta skede, utan i den del som prövar det negativa beviskravet.[139]

Min uppfattning är att det i sexualbrott vanligast handlar om alternativa händelseförlopp där målsäganden bestrider att det skett frivilligt och den tilltalade istället anser att frivillighet förelegat. Vid sådana situationer, dvs. där ord står mot ord och bevisningen är begränsad, är det en fördel att använda hypotesmetoden. Eftersom man först prövar det positiva beviskravet så blir fokus på den tilltalades uppgifter mindre. Först när domstolen konstaterat, och även beaktat eventuell motbevisning, att åklagarens bevisning om den tilltalades skuld är tillräckligt stark – ska en bedömning göras av felmarginalen.

Alternativa hypoteser kan föras fram från försvaret och av rätten ex officio. De alternativa hypoteser som förs fram från försvaret präglas av vissa begränsningar. För det första torde det endast vara aktuellt med alternativa hypoteser vid förnekande. Om det är ett felaktigt erkännande, bör försvaret ändra inställningen. För det andra kan försvaret välja mellan förneka gärningsmannaskapet och förneka den brottsliga gärningen. Slutligen är försvaret är bunden av den tilltalades version av det inträffade. Det innebär att försvaret ska försöka verifiera den alternativa hypotes som förnekandet grundas på. De alternativa hypoteserna som försvaret presenterar måste kunna relateras till den tilltalades egna uppgifter.[140]

Lambertz kritiserar att det i domar förekommer uttryck som att ”den tilltalade inte har kunnat lämna någon annan förklaring än den som följer av åtalet”. Eftersom den tilltalade inte har någon skyldighet att komma med någon alternativ förklaring så leder den skrivningen ofta till fel.[141]

Fitger är kritisk till uppställandet av alternativa hypoteser då han menar att man sällan kan eliminera den uppställda hypotesen på grund av bristen på bevisning i målet som kan användas för eliminationen. När bevisningen inte är tillräcklig för att dra några säkra slutsatser om relevansen av de alternativa förklaringarna bör det åligga rätten i deras utredningsskyldighet att ställa frågor som renderar dem hjälpfakta utifrån de möjliga alternativa händelseförloppen.[142]

[139] Diesen, s. 230.
[140] Diesen, s. 243f.
[141] SvJT 2009 s. 10.
[142] Schelin, s. 67.

Motivfrågan är ofta förekommande i våldtäktsmål. Det innebär att om rätten prövar om det finns någon anledning till att målsäganden skulle falskeligen anklaga den tilltalade eller i vissa avseenden lämna felaktiga uppgifter. Gregow har också uppställt ett antal hypoteser som bör prövas avseende motivfrågan

- om det finns några personliga konflikter mellan målsäganden och tilltalande,
- om målsäganden har blivit eller anser sig ha blivit illa behandlad av den tilltalade,
- om målsäganden har några psykiska problem eller är labil av andra skäl,
- om målsäganden har påverkats av andra (föräldrar, polis vid förhör, vänner etc.),
- om det kan vara en alternativ gärningsman,
- om det finns några ekonomiska motiv på grund av det höga skadeståndsbeloppet.[143]

Situationen kan ofta vara sådan att någon konkret, alternativ gärningsman inte pekas ut i den förebragta utredningen. Det utgör emellertid inget stöd för att den tilltalade är skyldig, pga. utredningsluckan; inte heller kan det på något sätt fyllas ut som komplement mot bristande bevisning mot den tilltalade.[144]

[143] Gregow, SvJT 1996 Några synpunkter.., s. 519.
[144] Westberg, JT 1992/93 s. 889.

5 Balkongmetoden

5.1 Balkongmålet

För att kunna förstå den metod som presenterades i rättsfallet så kommer rättsfallet och de bakomliggande omständigheterna att framställas. Händelseförloppet såg ut som följande.

L och B är ett par och har under kvällen haft besök av släktingar. Efter att gästerna lämnat har det uppstått konflikt mellan L och B, som ledde till att B lämnade lägenheten och L blev kvar i lägenheten med deras son. Under tiden som B var borta så hade parterna kontakt med varandra via sms. L ville inte att B skulle komma tillbaka, vilken han dock gjorde efter midnatt.

L minns inte mycket av vad som föregått innan hon föll från balkongen, förutom att hon minns att B bar hennes på sin vänstra axel genom lägenheten och ut på balkongen. Hon minns även att hon hade ont och inte kunde tala. Ute på balkongen minns hon också att B roterade henne och därefter minns hon inget förrän hon vaknade upp på sjukhuset långt senare.

B greps på platsen och åtalades för försök till mord. B förnekade att han hade gjort L illa och anförde istället att L försökt ta sitt liv och hon var den som boxade och slog på honom under deras gräl. Det blod som förekom i lägenheten och på hans kläder förklarade B med att L blött näsblod samt att han fått blod på sig när han efter fallet försökt lyfta L. B förklarade vidare att L var svartsjuk, att hon gått igenom en abort samt att hon misslyckats med sina studier. Han ifrågasatte också L:s minneförlopp och att det hon sagt har hon fått av upplysningar från polisen, vilket påverkat hennes berättelse.

Hovrätten ändrade tingsrättens fällande dom till en frikännande. HD meddelande prövningstillstånd och skulle pröva om den bevisning som åberopats är tillräcklig för att det ska vara styrkt att B begått den gärning som framgår av gärningsbeskrivningen.

5.1.1 Bevisrättsliga utgångspunkter

HD anför inledningsvis allmänna utgångspunkter om bevisning och redovisar den metod som sedermera får betydande genomslag i framförallt våldtäktsmål. HD går också in på beviskravet och fastställer på ett kort och koncist sätt att det inte får råda några rimliga tvivel om B försökt ta L:s liv genom att kasta,

knuffa, eller släppa ned henne från balkongen. Det innebär följaktligen att det inte får finnas andra möjliga förklaringar till händelseförloppen än det som presenteras i åtalet.[145]

Bevisningen i målet, förutom parternas berättelser, bestod av teknisk och rättsmedicinsk bevisning som är både omfattande och rik på detaljer och av vilket det går att dra flera avgörande slutsatser avseende händelseförloppet. HD börjar med att redogöra ingående för denna bevisning.

5.1.2 Den tekniska och rättsmedicinska bevisningen

HD:s egna slutsatser kring den tekniska och rättsmedicinska bevisningen börjar med det faktum att blodet i lägenheten måste vara färskt och avsatts innan L:s fall från balkongen. För detta talar att blodet funnits på sådana platser där det borde sköljts bort vid ett normalt nyttjande av detta. Även den omständighet att gästerna under kvällen borde märkt om L tillfogats blödande sår ifall detta skulle hänt någon eller några dagar förehändelsen, L:s moster och hennes barn har inte märkt något under kvällen. Blodet är även avsatt på den täcke av snö som fallit på balkongen under kvällen precis före fallet.

Ytterligare föreligger den omständighet B haft L:s blod på flera ställen på sina kläder. B utesluter det faktum att B skulle fått blodet från L efter fallet eftersom han påträffats med skor när han var nere på gården och det förekommer inget blod på skorna, men likväl påträffades blod på B:s strumpor. HD tillägger att det i praktiken inte är möjligt att B fått blod på sig och sina kläder och därefter avsatt det i lägenheten. HD avfärdar också B:s hypotes att blodförekomsten skulle vara näsblod på L eftersom det inte finns något tekniskt stöd i utredningen för detta.

Slutsatsen av den tekniska och rättsmedicinska utredningen är följaktligen att L fått blödande sår och att hennes kropp blivit utsatt för våld även efter att hon blivit blodig, vilket även är förenligt B:s skador. L har också flyttat sig eller blivit förflyttat efter att blivit blodig.[146]

5.1.3 HD:s slutsats av åklagarens bevisning

Sammantaget anför HD att det som L berättat om händelseförloppet får starkt stöd av bevisningen i övrigt. Dels med blodet på kläderna på B och i lägenheten men också dels av grannarna som vittnade om bråket och att det abrupt tyst. HD utesluter också den omständighet att L efter att ha blivit blodigt misshandlad skulle självmant hoppa ut från balkongen. Bevisningen tyder istället på att det var B som efter han misshandlat henne, kastat ner henne från balkongen och denna är sammantaget så stark att den är

[145] NJA 2015, s. 702, p. 29.
[146] NJA 2015, p. 45.

tillräckligt för att beviskravet ska vara uppfyllt.[147] Detta är utan att man tagit hänsyn till B:s berättelse, vilket man gör i nästa steg. Det skriver man också i punkt 23 att om bevisningen är så stark att den i sig är tillräcklig för att beviskravet ska vara uppfyllt måste den tilltalades berättelse och bevisning som stöder denna granskas.

5.1.4 Den tilltalades berättelse och motbevisning

HD går vidare till att bedöma om det som B anfört och den av honom åberopade motbevisningen leder till någon annan slutsats. B:s berättar å sin sida att L under deras gräl slagit honom med en örfil och en smäll på hakan, varpå han lämnade hemmet och kom tillbaka tre timmar senare. När han kom tillbaka så fortsatte grälet. När B frågade om de kanske skulle skiljas blev L svart i blicken och öppnade balkongdörren och B sprang efter henne, snubblade och föll i köksöppningen och såg då L ligga på balkongräcket och föll ned. Blodförekomsten på kläderna förklarar B med att han sprang ner för att se hur det gick med L och försökte då lyfta henne och fick hennes blod på kläderna. När han sedan återvänt till lägenheten har L:s blod avsatts där. B säger också att L tidigare blött näsblod när hon befunnit sig i lägenheten, vilket också kan förklaras till blodet där. Skadorna på knogen menar B att han slog handen i en vägg samt att skrapsåren uppstod i samband med att han försökte lyfta L från altangolvet.

Kriminaltekniker har uteslutit det som B anfört beträffande blodförekomsten i lägenheten. Även vittnesbevisningen av B:s agerande i anslutning till altanen tyder på samma slutsats. HD ställer sig till slutsatsen att blodet på kläderna och i lägenheten utesluter B:s hypotes. Det finns inget stöd i bevisningen för skadorna på B:s hand, ingen har sett att L försökt lyfta upp L. Även om han skulle gjort det är det osannolikt att det skulle förorsakat de icke ringa skadorna än den på knogen. L kan rimligen inte ha hamnat så långt ut från balkongen om det gått till på det sätt som B uppgett – att hon låg på balkongräcket och föll ned. Sammantaget så anför HD att händelseförloppet inte varit det som B uppgett och att B:s motbevisning inte förringar värdet av det mycket starka stöd som den övriga bevisningen i målet ger åt åtalet. Slutligen konstaterar HD att det saknas antydan att det gått till på ett tredje sätt, som varken B eller L uppgett.[148] Inte heller rubbar övrig bevisning det starka stöd L:s berättelse får av den åberopade bevisningen.

Slutsatsen i skuldfrågan blir att det är ställt utom rimligt tvivel att B efter att först ha misshandlat L, kastat eller under rörelse släppt henne från balkongen på sjätte våningen. Risken för att L skulle dött har varit

[147] NJA 2015, s. 702, p. 62.
[148] NJA 2015, s. 702, p. 71.

överhängande och det har B insett, och att det var hans mål att beröva livet om L – varför han handlat med avsiktsuppsåt. Påföljden blev 14 års fängelse.[149]

5.2 Allmänt

Det är anmärkningsvärt att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i en sakfråga som bevisprövning, än mindre att dem prövar den. Möjligen kan det vara av den anledning som åklagaren inte överklagade hovrättens dom. Eftersom grundtanken är att det råder fri bevisprövning är det konstigt att HD tar på sig lagstiftarens roll genom att fästa en norm över hur bevisprövningen ska gå till.

HD anför i rättsfallet att den fria bevisprövningen inte innebär att värderingen av den åberopade bevisningen är helt överlämnad åt domstolens skönsmässiga bedömning. Det är endast rationella skäl som får inverka på bedömningen. Vidare anförs att analysen ska vara objektivt grundad och utföras strukturerat.[150]

HD anger också i punkt 21 att det inte är möjligt att ange en modell för bevisbedömningen som kan tillämpas i alla mål, men att det inte utesluter att det för en kategori av fall kan finnas en metod som bättre än andra och som på ett omsorgsfullt sätt säkerställer värderingen av bevisningen av domstolens överväganden. I detta utlägg är HD något försiktigt med att ange att metoden inte bör användas som en generell metod, eftersom de såklart månar om den fria bevisprövningen.

5.3 Tillämpning

I NJA 2015 s. 702 redovisar HD i punkt 22 och 23 sin metod för bevisvärdering och uttalar följande.

1. Först granskas den av åklagaren åberopade bevisningen som har betydelse för bevistemat, dvs. gärningsbeskrivningen. Vid detta skede ”är det lämpligt” att varje bevisfaktum värderas för sig. Sådan bevisning som bedöms vara av mindre betydelse ska inledningsvis läggas åt sidan. Om den genomförda värderingen av bevisningen inte uppnår beviskravet ställt utom rimligt tvivel ska den tilltalade frikännas redan i detta skede.
2. Om granskningen enligt punkt 1 däremot utfaller i att bevisningen är så stark att den i sig är tillräckligt för att beviskravet (ställt utom rimligt tvivel) ska vara uppfyllt, måste den tilltalades berättelse och

[149] Ibid, p. 73–74.
[150] Ibid, p. 21.

bevisning som stöder denna granskas. Om den tilltalade motbevisar det som läggs honom till last eller förringar värdet av åklagarens bevisning ska åtalet ogillas.

3. Om den tilltalades motbevisning enligt punkt 2 inte får den effekt som anges så ska fällande dom meddelas.
4. Slutligen görs en övergripande och sammanvägning av bevisningen. Här kan det finnas anledning att beakta sådan bevisning som tidigare lagts åt sidan. Denna punkt fungerar som en kontrollstation.[151]

I punkt 2 framgår att det ska göras en granskning av den av åklagaren åberopade bevisningen och huruvida denna bevisning når upp till beviskravet ställt utom rimligt tvivel. Den tilltalades bevisning ska alltså i detta skede inte alls beaktas. I detta skede ska följaktligen rätten ta ställning och dra en slutsats till om beviskravet är uppfyllt eller inte.

5.4 Analys

HD skriver inledningsvis att man inte kan ange en modell för bevisbedömningen som kan tillämpas i alla mål, men att det för en kategori av fall kan finnas en metod som är bättre än andra. HD anger inte precis vilka kategorier det skulle kunna vara, förutom att balkongmålet är en av dem. Det innebär också rimligen att olika metoder kan användas beroende på vilken typ av mål det är och vilken karaktär brottet har. Det klargörs inte i målet vilka kriterier som bestämmer i vilka fall metoden kan appliceras. HD insåg troligtvis inte vilken effekt denna metod skulle ha i våldtäktsmål. Att modellen blev universell i just våldtäktsmålen förefaller märkligt inledningsvis, eftersom det i våldtäktsmål inte finns lika robust utredning som i balkongmålet och slutsatserna blir inte lika säkra som i balkongmålet. Konsekvensen av en för smal eller svag utredning blir att domstolen inte får möjlighet att finna rimligt tvivel, varför åtalet måste ogillas eftersom de starka slutsatser som beviskravet kräver inte kan dras. Slutsatsens säkerhet bygger på huruvida den bevisning som finns är robust. Detta leder också tillsammans, med vad som tidigare sagt om att all bevisning som finns ska föras fram, att bevisning som är av mindre betydelse får ännu större betydelse och värde. Såsom t.ex. målsägandens beteende efter händelsen och berättelser till nära vänner och andra som vittnar om vad hen sagt. Att mycket bevisning ska föras fram tenderar till att få fram ett säkert underlag, men det kan också få motsatt effekt, t.ex. att sådan bevisning som tidigare inte haft betydelse nu plötsligt har en avgörande betydelse.

[151] Mellqvist, SvJT 2019/20, Några kommentarer till vissa kommentarer, s. 778.

I ord-mot-ordsituationer, där vittnen saknas är bevisvärderingen ofta mycket besvärlig eftersom parternas uppgifter inte kan kontrolleras. Fokus blir då på den utsageanalys som vuxit fram i praxis, där man bedömer trovärdighet och tillförlitlighet av utsagorna och där olika kriterier talar för och emot olika scenarier. Utsageanalysen förklaras mer ingående i NJA 2010 s. 671. Eftersom det sällan är möjligt med en fullt tillförlitlig målsägandeutsaga, vilket ofta krävs för att kunna utesluta den tilltalades alternativa version så har behovet av stödbevisning numera vuxit fram som ett krav för att beviskravet ska vara uppfyllt.[152] I balkongfallet finns det rikligt med bevisning och till skillnad från ord-mot-ord fall finns det i detta fall möjlighet att kontrollera B:s alternativa hypoteser och även bevisning för att eliminera dem. Samtliga av de förklaringar som B lämnar kan kontrolleras mot den bevisning som finns och sedermera elimineras.

Likt Diesen är även min uppfattning att utom rimligt tvivel är ett negativt beviskrav som innebär slutsatsens säkerhet och inte bevisningens styrka. Utom rimligt tvivel kräver att andra förklaringar än den som framgår av gärningsbeskrivningen (bevistemat) är uteslutna innan man kan ta ställning till skuldfrågan och domslutet. I balkongmetoden prövas först åklagarens huvudbevisning mot det positiva beviskravet och därefter den tilltalades motbevisning som i och för sig är leder till slutsatsen att gärningspåståendet är ställd utom rimligt tvivel. För att styrka brottet enligt det positiva beviskravet räcker det förvisso att huvudbevisningen beaktas mot motbevisningen. Däremot sker det ingen kontroll av slutsatsens säkerhet efter denna värdering enligt balkongmetoden. Anledning till att domstolen måste värdera alternativa hypoteser och inte bara åklagarens bevisning är på grund av att åtalet då kan vinna bifall på för svag bevisning. Domstolen måste följaktligen eliminera alternativa hypoteser för att kontrollera så att slutsatsen att bevisen är tillräckliga.[153]

I balkongmålet så skriver HD följande. ”Det saknas varje antydan till att det kan ha gått till på något tredje sätt, dvs. på ett sätt som varken B eller L har uppgett”. Detta uttalande har sin utgångspunkt i beviskravet och att uteslutande av alternativa hypoteser är ett måste för att beviskravet ska anses uppfyllt. Det sätt som beviskravet är formulerat kräver att en eliminering sker av alternativa hypoteser, dvs. fakta i målet som kan påvisa att det gått till på ett annat sätt än det som åklagaren gör gällande. Domstolen ska också ex officio pröva om det kan ha gått till på ett annat sätt när det anses befogat. Diesen tar som exempel upp att domstolen kan fria en misshandelsåtalad på grund av nödvärn, trots att försvaret inte gjort invändning därom (men att det finns fakta i målet som talar i sådan riktning).[154]

[152] Diesen, 2015/16, s. 670.
[153] Ibid, s. 672.
[154] Diesen, 2015, s. 675.

I punkten 20 skrivs att endast rationella skäl får inverka på bedömningen. Analysen ska vara objektivt grundad och utföras strukturerat. Domstolens överväganden och slutsatser ska redovisas i domskälen på ett sätt som gör det möjligt för läsaren av domen att följa hur prövningen har genomförts. Att bevisvärderingen ska bygga på rationella skäl och inte subjektiva uppfattningar är inte kontroversiellt i sig, det är ett krav som alltid ska vara uppfyllt. Domarna ska vara objektiva i sitt dömande. När domstolen värderar den bevisning som åklagaren åberopat ska det stödjas på fakta i målet och inte på domarens känslor.

Som tur är tillämpas inte balkongmetoden ensidigt och utesluter andra modeller. Balkongmetoden är således inte bevisvärderingsmetod i samma bemärkelse som andra metoder. Till exempel används utsageanalysen tillsammans med balkongmetoden och det ger således stöd för att metoden är flexibel och transparent. Enligt Agnafors bör en bevisvärderingsmodell vara enkel, koherent och transparent.[155] Att metoden är enkelt torde det inte råda något tvivel om. Enkel i den mån att metoden är lättbegriplig och tillämpas på ett inte komplicerat sätt. Domstolen avgör vilken bevisning som i det första steget ska läggas åt sidan, sådan bevisning som har mindre betydelse. En metod bör också enligt både Agnafors och Mellqvist vara pedagogisk, vilket balkongmetoden visar brister på. Jag håller inte riktigt med. Efter att ha läst ett stort antal rättsfall sedan metoden började tillämpas kan jag se strukturen och pedagogiken tydligt i målen. Vissa brister finns i att framställa det slutliga steget, där den bevisning som tidigare lagts åt sidan, tas fram för att sammanvägas. Flera tingsrätter och hovrätter brister i att förtydliga denna del, men för övrigt är det i min mening inte svårt att se strukturen i tillämpningen av metoden.

En metod ska dessutom ha som syfte för att den ska kunna tillämpas att söka minimera den felmarginal som uppstår vid svåra bedömningar, samt att söka säkerställa materiellt riktiga domar – dvs. att förhindra att oskyldiga döms för brott.[156] Om en metod inte är säker i sin tillämpning, är den inte mycket till hjälp och blir knappast effektiv i lagföringen.

I balkongmålet finns det rikligt med teknisk och rättsmedicinsk bevisning. Om metoden är tillämplig även i de fall där det inte finns någon stödbevisning, har inte framkommit. Eftersom det numera krävs någon form av stödbevisning för en fällande dom, är det möjligt att i de fall där stödbevisning saknas eller endast består av vittnesförhör som handlar om målsägandens beteende och mående efter händelsen, att balkongmetoden inte är nödvändig eller över huvud taget behöver tillämpas. I ord-mot-ord situationer

[155] Agnafors, s. 360.
[156] Diesen, s. 15.

tillämpas utsageanalysen och ställer utsagorna mot varandra. Det räcker dock inte att en berättelse är mer trovärdig än en annan.[157]

En kritik mot balkongmetoden som anses klart befogad är att metoden tillämpar en delad bevisbörda.[158] Frågan är hur detta hänger ihop med åklagarens bevisbörda och den tilltalades rätt att tiga. I Murray vs. UK ansåg Europadomstolen att rätten till tystnad inte är en absolut rättighet.[159] Det är således inte ett absolut förbud mot att använda den tilltalades tystnad emot denne. Europadomstolen menade att i de fall där bevisningen påkallar en förklaring tillåter domaren att beakta tystnaden hos den tilltalade som bevisning mot honom. Europadomstolen har också slagit fast att en dom inte får grunda sig på enbart eller i huvudsak det förhållandet att den tilltalade vägrar yttra sig. Den tilltalades tystnad får således inte vara det enda eller det huvudsakliga beviset.[160] Enligt balkongmetoden finns det risk att den tilltalade åläggs en bevisbörda och därmed tillämpas en delad bevisbörda. Den tilltalades bevisning blir emellertid först aktuell när åklagarens åberopade bevisning når upp till beviskravet. Det är alltså i det andra steget som den tilltalade måste bevisa sin oskuld, eller i vart fall försöka ändra värdet på åklagarens bevisning. Det kommer att diskuteras närmare i analysdelen.

5.5 Balkongmetodens tillämpning i våldtäktsmål

I det följande kommer en framställning av balkongmetodens tillämpning i de olika domstolarna. Rättsfallen som framställs belyser främst bevisningen vid våldtäkt och balkongmetodens tillämpning. Det kan i målen förekomma flera åtalspunkter men framställningen berör endast våldtäktåtalet. I framställningen finns det tre HD-prejudikat. Utgångspunkten är också att utifrån frågeställningen belysa hur HD tillämpar metoden. Av flera skäl kommer dessutom rättsfall från hovrätt och tingsrätt som handlar om våldtäkt att presenteras, för att fördjupa oss i granskningen i balkongmetoden. De rättsfall som framgår i det följande kapitlet har noga valts ut där domstolen tydligt använt balkongmetoden i sin bevisvärdering. Det urvalet var inte svårt, eftersom det är den modellen som numera dominerar bevisvärderingen. Det bör uppmärksammas att våldtäktsbestämmelsens äldre lydelse framgår i NJA 2017 s. 316.

[157] Se exempel NJA 1980 s. 725 och NJA 1992 s. 446.
[158] Mellqvist JT 2019–20, s.780; Agnafors, JT 2019–20, s. 358.
[159] John Murray v. the United Kingdom, p. 47.
[160] Condron v. the United Kingdom.

5.5.1 NJA 2017 s. 316 I

Rättsfallet handlar om två kollegor - den tilltalade KK och målsäganden - som ska haft samlag i målsägandens bostad. Huruvida detta samlag har varit påtvingat eller ett frivilligt samlag är den rättsfråga som ligger bakom åtalet. Både hovrätten och HD använder den balkongmetoden i sin bevisvärdering. I enlighet med den metoden granskar domstolarna först om åklagarens bevisning är tillräcklig för att beviskravet ska vara uppnått.

Förutom målsägandens berättelse utgår bevisningen ifrån ett rättsintyg som visar på några spår i underlivet hos målsäganden. Det råder tvivel huruvida såren orsakats av motvilligt vaginalt samlag av kraftig styrka och långdraget förlopp eller om det möjligen skulle kunna orsakats av ett intensivt frivilligt samlag. Varken de skiljaktiga i hovrätten eller HD ger rättsintyget något märkvärt stöd för gärningsbeskrivningen. Även målsägandens samtal till larmcentralen ger stöd för att hon var upprörd och grät samt berättade om den inträffade våldtäkten av hennes tidigare kollega.

Vidare utgår bevisningen från målsägandens beteende efter händelsen. Målsäganden kontaktade sin väninna och besökte henne samma kväll. Väninnan uppfattade målsäganden som väldigt uppriven och berättade att målsäganden tvingats till sex av KK. Detta beteende stöds ytterligare av en polis som även han samma kväll besökte målsäganden i hennes bostad. Han berättar i förhör att han uppfattade målsäganden som chockad, väldigt uppriven och jätteledsen samt att hon berättade att hon blivit våldtagen av en tidigare kollega trots att hon flera gånger sagt nej. Detta sammantaget styrker enligt HD målsägandens sinnestillstånd och det faktum att hon varit med om ett övergrepp.

KK:s förklaring var att målsäganden reagerade på det sätt som hon gjorde eftersom KK avslutat deras relation. Därav består KK:s motbevisning främst sådant som styrker denna hypotes. Vidare vill KK genom sin motbevisning belysa målsägandens överreaktion till följd av att hon lider av borderline, vars symptom bl.a. är impulsivitet och svårigheter att hantera separationer. De skiljaktiga i hovrätten och HD finner denna förklaring rimlig och tvivlar om att det skulle kunna vara på det sätt som KK påstår, i vart fall att det inte går att utesluta. De fäster vikt vid den omständighet att KK förklarat att de haft en sexuell relation och skulle det vara på det sätt så ifrågasätts tillförlitligheten i målsägandens uppgifter.

Målet innehåller rikligt med bevisning. Förutom parternas berättelser består bevisningen av larmsamtal från målsäganden till polisen, sakkunnigutlåtande, rättsintyg (målsäganden), journalanteckningar. Det kan dock ifrågasättas om stödbevisning har något större värde, då både hovrätten och HD utgår till största delen av målsägandens berättelser och vittnesförhören. Hovrätten anför initialt kortfattat hur

bevisprövningen tillämpades i balkongmålet och kommer fram till hur den metoden ska tillämpas i det förevarande målet. Huruvida viss bevisning ska urskiljas från hovrättens initiala bedömning framgår inte. Istället är utgångspunkten att det är det sammanvägda värdet av den bevisning som åklagaren åberopat till stöd för åtalet som ska bedömas inledningsvis.[161]

Av domskälen går det dock att utläsa att hovrätten i det första steget finner målsäganden både trovärdig och tillförlitlig samt att bevisningen som åklagaren åberopat är tillräcklig för att beviskravet ska vara uppfyllt. I det andra steget prövas ifall det finns skäl för målsäganden att tala osanning, vilket KK påstår. Den tilltalade har åberopat både sin fru som berättat om hans relation med målsäganden samt en tidigare arbetsledare som vittnat om att han sett målsäganden och KK pussas och kramas. I detta steg menar hovrätten att inget av det som den tilltalade säger eller den bevisning som han åberopat minskar värdet av det mycket starka stöd som bevisningen i målet ger åt åtalet och ändrar därmed inte heller slutsatsen i skuldfrågan i det första steget.

5.5.2 NJA 2017 s. 316 II

Rättsfallet rör visserligen våldtäkt mot barn, men har prejudicerande verkan i bevisvärderingen. Likt det tidigare rättsfallet och i enlighet med balkongmetoden så utförs bevisprövningen på det sätt som görs i balkongmålet i både hovrätten och HD.

Tingsrätten konstaterar att målsägandens berättelse det måste beaktas med särskild försiktighet, då den inte är så spontan, klar, levande och rik på detaljer som krävs för att den ska läggas till grund för bedömningen. Vid den samlade bedömningen var inte målsäganden så trovärdig och tillförlitlig som krävs och den stödbevisning som presenterades hade heller inte den styrka som bör krävas för att kunna läggas till grund för bedömningen. Således var det inte ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade gjort sig skyldig till de brott som lagts honom till last.

Hovrätten var dock av en annan uppfattning och menade att målsägandens brister i detaljrikedom och spontanitet kan förklaras genom hennes funktionsavvikelser som begränsar hennes verbala kommunikationsförmåga och sociala samspel i kombination med hennes låga ålder (14 år). Oavsett anledningar till att målsägandens berättelse inte är så lång, levande och rik på detaljer avseende den sexuella handlingen menar hovrätten att det måste ställas höga krav på stödbevisningen, för att utsagan ska läggas till grund för bedömningen.

[161] NJA 2017 s. 316, på sida 322.

Stödbevisningen ger ett starkt stöd till målsägandens berättelse. Den består av målsägandens beteende och berättelser om den sexuella handlingen samma dag till sin väninna. Väninnan uppfattade målsäganden som ledsen och berättade att hon blivit våldtagen. Även till en polis, en barnmorska och en kurator har hon i allt väsentligt sagt samma sak. Likaså för sina föräldrar, utan närmare detaljer har hon berättat att hon blivit våldtagen.

Hovrätten menar vidare att inget av det som den tilltalade anger om det faktiskt händelseförloppet i bilen, där övergreppet ska ha skett, motbevisar den övriga bevisningen. Det är intressant att hovrätten uttrycker att det är ”visat” i sin formulering av att beviskravet är uppnått. Torde inte detta på något sätt illustrera att ”visat” inte är tillräckligt för att beviskravet ställt utom rimligt tvivel ska vara uppnått, med tanke på att HD ändrade domen.

HD konstaterade, liksom underinstanserna, att uppspelning av videoupptagningar med målsäganden och vittnen ställer särskilda krav på hur förhören har genomförts. Försvararens begränsade förmåga att ställa följd- och motfrågor måste beaktas utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv. Det blir naturligtvis inte samma möjligheter för försvaret att ifrågasätta trovärdigheten eller försöka bekräfta alternativa hypoteser, som om målsäganden eller vittnena närvarat vid förhandlingen inför rätten.

HD börjar att värdera målsägandens berättelse och anför följande. Hennes inledande vittnesmål var kort och i väsentliga delar detaljfattig. Vid frågor från förhörsledare har målsäganden svarat på ett kortfattat sätt. Enligt en psykolog från BUP, kan målsägandens ADHD och kontaktsstörningar, ses som en motivering på målsägandens bristande verbala förmåga i hennes berättelse.

Av gärningsbeskrivningen framgår att den tilltalade ska tvingat målsäganden till samlag genom att lägga sig på henne och hålla kvar henne med sin kroppsvikt. HD menar att målsägandens berättelse emellertid inte ger entydigt stöd för denna del av gärningspåståendet.

Varken målsägandens väninna eller barnmorskan kan bekräfta att målsäganden berättat om några djupare detaljer av det slag som framgår av gärningsbeskrivningen. Avslutningsvis anför HD att målsägandens berättelse inte är direkt tydlig på de för åtalet centrala punkterna, vilket ställer starkare krav på stödbevisningen. Den åberopade stödbevisningen ger emellertid inte tillräckligt stöd för gärningsbeskrivningen – varför beviskravet inte är uppfyllt. Det saknas då anledning att gå in på vad den tilltalade berättat.

Här är ett lysande exempel på när den bevisning som åberopats till stöd för bevistemat inte når upp till beviskravet i det första steget av balkongmetoden. I enlighet med metoden saknar sådan bevisning som åberopats mot bevistemat betydelse. Den tilltalade ska då frikännas, vilket också blev fallet i nuvarande mål.

5.5.3 NJA 2019 s. 668

HD meddelade prövningstillstånd i frågan om den tilltalade SEB ska dömas för våldtäkt eller om gärningen utgör oaktsam våldtäkt. Gärningsbeskrivningen såg ut som följande.

> SEB har genomfört samlag samt annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag med målsäganden som inte deltog frivilligt. Den sexuella handlingen har bestått av att SEB fört in sina fingrar i målsägandens underliv. Det hände den 17 oktober 2018 på [---], Skellefteå kommun. – SEB begick gärningen med uppsåt.

I Högsta domstolen har riksåklagaren lagt till följande alternativa gärningspåstående.

> SEB har, när han begick den åtalade gärningen, varit grovt oaktsam beträffande omständigheten att målsäganden inte deltog frivilligt.

Målet handlar om SEB och målsäganden som haft kontakt via sociala medier under en lång tid. SEB har föreslagit att de skulle ha sex, och målsäganden har sagt att hon inte ville ha sex men föreslagit att han kunde få träffa och sova över i hennes lägenhet. SEB anlände efter midnatt och dörren stod öppen varpå målsäganden låg i sängen med trosor under ett täcke när han kom dit. SEB klädde av sig allt förutom sina kalsonger och lade sig i sängen och sov över hos målsäganden. Målet handlar beträffande det som sker under natten, där berättelserna skiljer sig åt.

Målsäganden berättar om ett händelseförlopp där hon stelnat till och inte visste hur hon skulle bete sig efter att den tilltalade började ta på hennes kropp, stoppade in sina fingrar i hennes underliv och sedermera hade vaginalt samlag med henne. Hon berättar att hon låg i samma position under hela förloppet och att hon inte visade på något sätt att hon ville delta.

SEB å sin sida men att han började ta på målsäganden, att han inte fick ett nej och när han smekte henne runt trosorna hjälpte hon honom av med trosorna, varpå de sedan hade vaginalt samlag. Han berättar även

att målsäganden var passiv men uppfattade det som att hon var med på det inledningsvis men efter en stund kändes det inte bra och säger att hon kanske inte ville.

HD går sedan in på den rättsliga regleringen och skillnaderna i prövningen mellan uppsåt och oaktsamhet. Först konstaterar HD de sexuella handlingar som begåtts - det är dels samlaget och dels införandet av fingrar i målsägandens underliv.[162] Därefter prövas frågan om frivillighetsrekvisitet och det konstateras att målsägandens berättelse får stöd från två vittnespersoner som efter händelsen fått berättat för sig om händelseförloppet. (HD hänvisar här till 2017 s. 316 I p. 11) Den omständighet att hon redan på förhand skickat sms till SEB och framfört att hon inte ville ha sex, tillsammans med det faktum att ett frivilligt tillbakaträdande när som helst kan ändras ger visst stöd åt hennes berättelse. Att målsäganden förhållit sig passiv spelar också in i den bedömningen.

I detta skede menar HD redan att den förebragta bevisningen räcker för att beviskravet ska vara uppfyllt, beträffande omständigheten att målsäganden inte deltagit frivilligt och HD går vidare att pröva om SEB:s berättelse ändrar den bedömningen. HD bedömer emellertid inte brister i hans utsaga och bedömer uppgifterna som svårtolkade och hans berättelse påverkar inte värderingen av åklagarens bevisning. Frågan som nu utreds handlar om SEB haft uppsåt eller varit grovt oaktsam till omständigheten att målsäganden inte deltagit frivilligt.

Av den prövning som sker i skuldfrågan kommer HD fram till att SEB har agerat i osäkerhet om hur situationen skulle förstås när målsäganden var passiv, att han avbrutit samlaget när han inte förstod om målsäganden deltog frivilligt eller inte. Utifrån detta menar HD att kravet på uppsåt inte är uppfyllt eftersom han insåg risken för att målsäganden inte deltog frivilligt men att han inte varit likgiltig inför denna risk, eftersom han avbröt samlaget.[163] HD bedömde dock att han varit grovt oaktsam eftersom han insett risken att målsäganden inte deltog frivilligt, men att han trots detta genomförde de sexuella handlingarna – varför han dömdes för oaktsam våldtäkt.[164]

5.5.4 Syskonfallet – Svea hovrätt B 8503–20

Rättsfallet handlar om två närstående personer. Fallet är intressant då domstolen på ett pedagogiskt sätt redogör för balkongmetoden. Målsäganden lider av alzheimer och fick i rättsfallet vittna genom

[162] NJA 2019, s. 668, p. 29.
[163] NJA 2019, s. 668, p. 41.
[164] Ibid, p. 43-45.

videoinspelning efter att hennes sjukdom hindrat henne från att fullfölja vittnesförhöret under förhandlingen. Gärningsbeskrivningen ser ut som följande.

> TT har genomfört samlag med NN1 som inte deltog frivilligt. Det hände någon gång mellan den 7 november 2018 och den 8 november 2018 på hemligväg 12, X-stad, X kommun. Försvårande omständigheter är att målsägande och tilltalad är närstående. TT begick gärningen med uppsåt.

Inledningsvis framställer tingsrätten i vanlig ordning de rättsliga utgångspunkterna för våldtäktsbestämmelsen och belyser på ett tydligt sätt frivillighetsrekvisitet. Sedan går tingsrätten in på utgångspunkterna för bevisvärderingen där balkongmetoden kort förklaras. Vidare framställs de principiella uttalanden som gjorts i de prejudikaten avseende sexualbrott, NJA 2010 s. 671, NJA 2009 s. 447 I och II samt 2017 s. 316.

Den tilltalade TT förnekar samlag med erkänner sexuellt ofredande enligt andrahandsyrkandet. TT kom till målsäganden och skulle sova över hos henne. En konsekvens av sjukdomen är dels svårigheter i att redogöra för tid och detaljer. Dock kan domstolen utifrån uppgifterna som hon lämnat före förhören avbröts och de inspelade videoförhören fastställa att hon är tydlig i vissa uppgifter. Hon berättar att hon låg i sin säng när TT kom fram till sängen, lade sin arm om hennes hals, drog undan täcket och flyttade hennes trosor åt sidan, lade sig ovanpå henne och trängde in i henne varpå han fick utlösning i eller på henne.[165] Målsäganden har inte kunnat eller velat gå in på några detaljer om den sexuella händelsen (lika fall ska behandlas lika?). Hon har också berättat att de dessförinnan varit på centrum där de ätit, delat på en flaska vin och haft trevligt. Trots att viss försiktighet krävs i detta rättsfall, finner tingsrätten målsäganden som trovärdig och att hennes uppgifter är tillförlitliga, även om vissa detaljer skiljer sig åt. Inte heller finner tingsrätten att det finns anledning för henne att felaktigt vilja anklaga TT för brott.

Åklagarens bevisning är robust och bevisning som stöder målsägandens uppgifter är dels sms som skickats mellan parterna efter händelsen, målsägandens återberättelse för SB som ringde till polisen, polisen har också förhörts och fått historien återberättad för sig av målsäganden. Journalanteckningar och rättsmedicinska utlåtanden stödjer ytterligare hennes berättelse, där spermier funnits, samlag kan konstateras samt vissa skador som i slidan påvisats. Slutsatsen av den stödbevisning som framlagts är att den i sig är tillräcklig för att beviskravet ska anses uppfyllt.

[165] Svea hovrätt, B 8503–20, s. 7f.

Domstolen går sedan vidare för att pröva TT:s berättelse och om denna motbevisar gärningspåståendet i sådan grad att åtalet inte ska anses styrkt. TT berättar att han ville trösta målsäganden som låg i sin säng och såg låg och tungsint ut. Han lade sig i sked med målsäganden och fick erektion, varpå målsäganden gick upp för att gå på toa eller för att röka. När hon kom tillbaka onanerade han och fick utlösning som hamnade på hennes höft. Morgonen därpå åt de frukost och han köpte en lampa till henne och åkte sedan tillbaka till Norge.

Tingsrätten menar att även om TT gjort ett trovärdigt intryck så förtar inte hans berättelse värdet av den övriga bevisningen. Den bevisning som tidigare lagts åt sidan beaktas nu och tingsrätten anför att inget av de som TT framför i hans berättelse är sådant som går att kontrollera, t.ex. kvitto för lampköpet som ska ha gjorts efter händelsen. sammantaget finner tingsrätten att TT:s uppgifter inte påverkar den värdering som tingsrätten gjort av åklagarens och målsägandens bevisning. Det är därför ställt utom rimligt tvivel att TT genomfört samlag utan att målsäganden deltog frivilligt, vilket han insett.

Hovrätten gör samma bedömning som tingsrätten och i sina domskäl redogör de kort och koncist för sina slutsatser. Hovrätten anför att målsägandens uppgifter inte kan ses som helt tillförlitliga på grund av sin sjukdom, och ska därför värderas med försiktighet. För att hennes berättelse ska kunna läggas till grund för en fällande dom, krävs stark stödbevisning. Det avgörande är läkarens vittnesmål, som berättar om den omständighet att spermier funnits i målsägandens vagina som rätten väljer att fästa tilltro vid. Härmed fastslås att ett fullbordat samlag genomförts, vilket eliminerar omgående det alternativ att spermien tillhör någon annan än TT. Till detta är målsägandens berättelse och mående efter händelsen till närstående också av avgörande betydelse.

Hovrätten anför slutligen att inga av de förklaringar som TT lämnat förändrar inte bedömningen ovan.

5.5.5 Tinderträffen – Hovrätten för övre Norrland B 5–20

Målet handlar om målsäganden och den tilltalade som kommit i kontakt genom dejtingappen Tinder. Den 20 maj vid 03-tiden kom målsäganden hem och kom i kontakt med den tilltalade som då gick hem till målsäganden. Båda hade konsumerat mindre mängder alkohol och de hade samlag med varandra. Den tilltalade lämnade hennes bostad efter detta. Två dagar senare anmälde målsäganden honom för våldtäkt.

Tingsrätten börjar med att pröva målsägandens berättelse. Efter att den tilltalade anlänt till hennes bostad har de därefter haft ett frivilligt sexuellt umgänge, både oralt och vaginalt samlag. I samband med det

vaginala samlaget ska den tilltalades beteende ändrats, då han örfilade henne och tagit struptag så att det svartnade för henne. Därefter ska den tilltalade ha velat ha analsex, vilket målsäganden flera gånger ska ha sagt nej till. Den tilltalade ska emellertid ändå ha trängt in i hennes anal och målsäganden ska sedan ha fått panik och kommit loss och sprungit till badrummet. Efter att hon återvänt till sängen ska samlagen ha fortsatt både i sängen och i duschen, trots att hon motvilligt sagt nej. Hon ska efter händelsen också fått ett sms av den tilltalade där han ber om ursäkt för att ha varit hårdhänt.

Den tilltalades berättelse stämmer till stort överens med målsägandens, men att samlaget ska ha varit frivilligt från båda. Han har inte uppgett att han örfilat målsäganden eller tagit struptag om henne.

Tingsrätten menar att målsägandens berättelse är tillförlitlig, då den är lång, levande, rik på detaljer samt fri från motsägelser, dåligt sammanhang eller tvekan i avgörande delar.[166] Målsäganden har inte några skador på hals eller rodnader från örfilarna. Flera av målsägandens väninnor har fått händelsen återberättad för sig, och tingsrätten menar att deras uppgifter anses utgöra ett mycket starkt stöd för åtalet. Även en kurator som varit i kontakt med målsägandens berättelse om händelsen ger starkt stöd för åtalet. Tingsrätten finner således att den åberopade bevisningen i sig räcker för att beviskravet ska vara uppfyllt och går därefter in på om den tilltalades berättelse motbevisar gärningspåståendet i sådan grad att åtalet inte är bevisat.

Den bevisning som den tilltalade åberopat påverkar inte åklagarens bevisning.

Tingsrätten finner att målsägandens uppgifter ska läggas till grund för bedömningen och hennes redovisade förlopp av händelsen är förenligt med gärningsbeskrivningen. Hovrätten sluter sig i stort till det som tingsrätten kommit fram till.

Detta mål är exemplariskt beträffande balkongmodellens tillämpning där man tydligt ser att tingsrätten prövar varje bevis för sig och sedan kommer fram till en slutlig bedömning kring åklagarens bevisning. Det faktum att vissa omständigheter i målsägandens berättelse inte kan visas (skador från struptag och örfilar) verkar spela mindre roll. Man kan också se att utsageanalysen fortfarande är en del i balkongmodellen, i bevisvärderingen.

[166] Umeå TR, B 267–19, s. 10

5.5.6 Studenten - Solna tingsrätt B 9320–20

Tingsrätten skriver redan inledningsvis i sina domskäl under allmänt om bevisvärdering att balkongmodellen är den modell som kommer att tillämpas i målet.[167]

Målet handlar om en målsäganden som är student, som åt middag och drack två glas vin med den tilltalade och vaknade upp dagen efter i hans säng. Målsäganden misstänkte att hon blev drogad av den tilltalade och våldtagen. Hon drabbades efter denna händelse av PTSD och blev deprimerad. Efter händelsen ville hon komma i kontakt med den tilltalade på nytt för att få ett erkännande om att denne våldtagit målsäganden. Det blev således en ny träff med middag. Denna gång hade målsäganden kontakt med sin väninna D, som var förberedd ifall hon skulle bli drogad på nytt. Efter middagen så gick de hem till den tilltalade. Där fortsatte de att dricka alkohol och under tiden hade målsäganden kontakt med sin väninna D. Under tiden hade de samlag och målsäganden säger att hon sa nej hela tiden och att hon försökte göra motstånd, bet honom i armen, axeln och på hans mun. Efter samlaget frågade hon den tilltalade vad som hänt vid den tidigare händelsen men fick inget riktigt erkännande, varpå det uppstod gräl där målsäganden hämtat en kniv och satt den mot sin hals. Den tilltalade ska ha tagit kniven ifrån henne och puttat ner henne några gånger på golvet. Därefter anmälde målsäganden båda händelserna som våldtäkter till polisen.

Tingsrätten finner målsägandens uppgifter som tillförlitliga och framstår som självupplevda. Vidare anförs emellertid att hennes dåliga mående och fokus på den första händelsen gör att hennes berättelse bör tas med stor försiktighet. Dock är det förbryllande att hon hela tiden haft kontakt med sin väninna under tiden. Även det faktum att hon konfronterat den tilltalade om händelsen som skett året innan, om hon blivit våldtagen bara några minuter innan ifrågasätts. Tingsrätten menar sammanfattningsvis att målsägandens uppgifter inte är så tillförlitliga som krävs för att de ska kunna läggas till grund för en fällande dom. Till detta saknas även stödbevisning som styrker den tilltalades skuld.

Således menar tingsrätten att åtalet ska ogillas utan att den tilltalades berättelse ska prövas. Även om den tilltalades berättelse har brister och besynnerligheter, saknar det betydelse.[168]

Här är ett exempel på när åklagarens huvudbevisning inte är så stark som krävs för att det första steget i balkongmodellen ska anses uppfylld. Domstolen behöver således inte gå vidare för att pröva den tilltalades berättelse eller motbevisning eftersom det inte har någon betydelse. Det är också en illustration på att beviskravet är högt ställt i brottmål; att det ska vara praktiskt sätt uteslutet att den tilltalade har gjort sig

[167] Solna TR B 9320–20, s. 4.
[168] Solna TR B 9320–20, s. 10.

skyldig till det som lagts honom till last. I målet verkar det finnas motiv från målsäganden som ifrågasätts. Rättssäkerheten ska vara utgångspunkten, dvs. att beviskravet ställs så högt är en säkerhet för att minimera risken för att oskyldiga inte döms.

5.5.7 Paret som bråkade – Hovrätten för Västra Sverige B 4222–20

Målet handlar om ett par som haft en destruktiv relation. Efter att paret en kväll har bråkat ska den tilltalade först tagit en kudde över ansiktet på målsäganden. Vidare ska han ha tagit en kniv och hotat målsäganden med att skära halsen av henne om hon inte gjorde som han sa. Därefter ska han ha haft vaginalt samlag med henne bakifrån. Den tilltalade berättar om visst våld, men inte i den omfattningen som målsäganden påstår. Han berättar inte om något hot och inte heller om att de haft samlag med varandra. Bevisning om själva händelsen består främst av parternas berättelser.

Tingsrätten börjar med att granska målsägandens berättelse och vad som framkommit i övrigt till stöd för åklagarens gärningsbeskrivning. När det gäller våldtäkten har målsägandens berättelse inte varit detaljrik, men den är rimlig och hon berättar de olika händelserna i ordning. Berättelsen framstår även som självupplevd. Sammantaget menar tingsrätten att den är så pass övertygande att den kan vara tillräcklig, om den får ytterligare stöd av annan bevisning.

Målsägandens berättelse får visst indirekt stöd av vittnen för agerande efter händelsen, dock är det ingen som berättat i detaljer eller över huvud taget om våldtäkten. Det finns övertygande bevisning om skador på målsäganden. Den bevisningen talar emellertid varken för eller emot om hon tvingats till något samlag, dock förstärker den intrycket av att målsägandens berättelse är sann. Målsäganden är helt säker på att den tilltalade fick utlösning. Dock visar den tekniska undersökningen ingen förekomst av spermier på vare sig målsägandens trosor eller en morgonrock. Det är en brist och skapar visst tvivel eftersom målsäganden anser sig vara säker på den omständigheten att den tilltalade fick utlösning i henne. Den tilltalade har å sin sida bestämt nekat till att de haft samlag under händelsen.

Tingsrätten menar sammantaget att den avsaknaden av teknisk bevisning är den största svagheten i beviskedjan. I övrigt hade hon väntat med att polisanmäla händelsen samt narkotika i kroppen. Således finner tingsrätten att, även om målsägandens berättelse framstår som trovärdig så, är det högt ställda beviskrav som gäller i brottmål måste finnas stödbevisning att hennes uppgifter inte får tillräckligt stöd av annan utredning för att det ska kunna grundas en fällande dom.

Hovrätten gör i princip samma bedömning av målsägandens berättelse, men menar att målsägandens trovärdighet och tillförlitlighet ska bedömas med försiktighet mot bakgrund av den narkotika som funnits i hennes kropp. Även den tekniska och medicinska bevisningen väcker tvivel hos hovrätten eftersom de menar att målsäganden sagt att hon efter att den tilltalade fått utlösning i henne, ska ha tagit på sig trosorna. Avsaknaden av spermaförekomsten på trosorna, inte bara ett par utan två, samt att den gynekologiska undersökningen inte heller påvisa några spermier. Hovrätten menar sammantaget av detta att en utsagas trovärdighet och tillförlitlighet är det centrala i bevisvärderingen och det skapar tvivel i målsägandens saga. Vittnesbevisningen är endast indirekt och motverkar inte det tvivel som finns hos utsagan. Således finner hovrätten, likt tingsrätten att det inte är bevisat utom rimligt tvivel att den tilltalade begått den gärnings som lagts honom till last.

5.6 Kommentarer till praxis

Det som följer av samtliga mål är intresset av målsäganden att falskeligen vilja anklaga den tilltalade för brott. Det är inte nödvändigtvis kopplat till balkongmetoden, utan är snarare en generell prövning av målsägandens trovärdighet och ifall hon har några motiv till anklagelsen. Våldtäkt anses som särskilt allvarligt, vilket även visar sig i det stora skadestånd som offret kan få vid våldtäkt. Schablonersättningen för våldtäkt är ett av de brotten som ger högst ersättning[169], vilket även illustrerar brottets allvarlighet.

När åklagaren lägger upp sin talan och tar ställning till vilken bevisning hen vill åberopa inför domstolen är det av avgörande betydelse att gärningsbeskrivningen är väl utformad i stämningsansökan. Även för den tilltalade och hans försvar är det av relevans att gärningsbeskrivningen är väl utformad eftersom de ska kunna bedöma vilka invändningar de ska rikta mot åtalet och hur de i övrigt ska lägga upp försvaret. En välskriven gärningsbeskrivning underlättar möjligheterna för domstolen att genomföra en välstrukturerad process samt på ett tydligt sätt redogöra sina överväganden i domen.[170] Gärningsbeskrivningen har betydelse för alla mål beträffande bevisningen, men för balkongmetoden i synnerhet eftersom det påverkar bevisföringen. Den bevisning som prövas i det första steget, gör det mot bevistemat, dvs. gärningsbeskrivningen. Om gärningsbeskrivningen innefattar att den tilltalade med visst våld tilltvingat sig samlag eller annan liknande sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, är det rimligt att bevisning förs därom. T.ex. visas utdrag ur journalanteckningar med bilder från skador eller liknande för att visa på eventuellt våld.

[169] Brottsoffermyndighetens referatsamling 2020, s. 93.
[170] Dag, SvJT 2020, s. 74.

Om en abstrakt utformad gärningsbeskrivning godtas, skulle straffprocessen tappa sin stringens och heller inte uppfylla kraven enligt artikel 6:3 a i EKMR. Den som anklagas för brott har rätt att i detalj få veta innebörden och grunden för anklagelserna.[171]

Av HD:s prejudikat från 2009 (NJA 2009 s. 447 I & II) framgår tydligt att polisens utredningar måste förbättras, bli bredare och djupare. På så sätt kan rätten lägga mindre vikt vid trovärdighetsbedömningar. Allt som är av betydelse och som kan ge bättre underlag för att bedöma parternas utsagor ska inhämtas och dokumenteras. Enligt JK:s rapport om felaktigt dömda konstaterades också att rättsfallen från 2009, förutom att markera det höga beviskravet, är en påminnelse om att polis och åklagare måste göra det som är praktiskt möjligt för att kontrollera bevisningen och säkerställa stödbevisning (annars tittar domstolarna särskilt på det och brister kan falla tillbaka på tillförlitligheten).[172] Det har betydelse även för balkongmetoden vilken utredning som har gjorts av polisen, eftersom det påverkar vilken bevisning som åberopas av åklagaren i det första steget. Av betydelse är även den bevisning som säkrats under förundersökningen, förutsatt att den har den robusthet som krävs samt om den når upp till det beviskrav som krävs för att prövningen ska gå vidare.

Utveckling av bevisningen i våldtäktsmål är tydlig beträffande värdet av muntliga utsagor. Det läggs stort fokus på muntliga utsagor och i stort målsägandets beteende efter händelsen är anmärkningsvärt, även om det är inom ramen för den fria bevisföringen. HD har inte uttalat sig särskilt om bevisvärdet av sådan bevisning. Det har också diskuterats huruvida detta är hörsägenbevisning eller inte. Hörsägenbevisning är sådan bevisning som kommer från en andrahandskälla. Hörsägenbevisning som innebär en kedjebevisning, utgör en särskild problematik eftersom den inte går att hänföras till någon ursprungskälla och begränsar den tilltalades möjligheter att kontrollera eller ifrågasätta uppgifter från den ursprungliga källan. Även om målsägandens beteende efter händelsen inte är direkt hörsägenbevisning bör bevisvärdet av den vara litet. I våldtäktsmålen är det dock alltid förekommande med förhör med personer (vänner eller bekanta till målsäganden) som fått händelsen återberättad för sig från målsäganden. Vikten av denna bevisning verkar vara att bevisa dels att våldtäkten är inget som målsäganden hittat på, samt dels visa att målsäganden varit med om något traumatiskt. Det är lätt att överskatta värdet av sådan bevisning och det är tydligt att värderingen av sådan bevisning i våldtäktsmålen numera har stort värde.

I likhet med Schelin anser jag att det är signifikativt att så pass stor betydelse tillmäts målsägandens beteende efter övergreppet. Det är tydligt att hur målsäganden beter sig efter påstått övergrepp i

[171] Diesen, s. 202.
[172] Lambertz, s. Felaktigt dömda, 2009, s. 171.

larmsamtal, i samtal till vänner, polis och läkare får en väldigt stor betydelse av innehållet i utsagan men även till dess tillförlitlighet. Det bildas en norm om hur man ska och bör bete sig om man verkligen varit med om ett övergrepp. På motsvarande sätt är de som inte beter sig enligt denna norm inte lika trovärdiga eller svårare att bli betrodda.[173] Det finns ingen mall för hur personer, som utsätts för sexuella övergrepp, reagerar och det är dessutom ett känt faktum att sådana övergrepp kan leda till tillstånd av orörlighet under övergreppet.[174] Det torde läggas större vikt vid själva övergreppet och detaljer kring detta. HD har tydliggjort att sådana utsagor som saknar detaljer om just övergreppet når normalt sett inte upp till beviskravet.[175] Vid sådana utsagor ställs det tämligen höga krav på styrkan vid den övriga bevisningen (stödbevisningen).

I NJA 2017 s. 316 I är två ledamöter i hovrätten är skiljaktiga. De menar att de vittnen som åberopats av den tilltalade, en i tingsrätten och två i hovrätten, bekräftar den intima relationen mellan målsäganden och den tilltalade. Vidare anförs att oaktat att det går att invända mot dessa vittnen pga. att de är partiska eller deras uppgifter ifrågasättas, är det sammantagna värdet av deras vittnesmål inte sådant att deras uppgifter är orimliga. Eftersom det är åklagaren som har bevisbördan, och inte tvärtom, menar de skiljaktiga att man måste utgå från att parterna hade ett intimt förhållande. Att målsäganden nekar detta intima förhållande tyder på att hon inte går att lita på – att hon inte är trovärdig. På grund av detta menar de skiljaktiga att beviskravet inte är uppfyllt och inte räcker för en fällande dom.

De skiljaktiga har prövat bevisningen i sitt sammanhang och inte enbart utgått från åklagarens bevisning i det första steget. Min uppfattning är att det ger ett mer korrekt värde av bevisningen samt att det ger den tilltalade en mer rättssäker prövning eftersom hans motbevisning då inte behöver ställas mot en redan prövad bevisning som troligtvis är övervärderad.

HD konstaterade i NJA 2017 s. 316 II, liksom underinstanserna, att uppspelning av videoupptagningar med målsäganden och vittnen ställer särskilda krav på hur förhören har genomförts. Försvararens begränsade förmåga att ställa följd- och motfrågor måste beaktas utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv. Det bereder naturligtvis inte samma möjligheter för försvaret att ifrågasätta trovärdigheten eller försöka bekräfta alternativa hypoteser, som om målsäganden eller vittnena närvarat vid förhandlingen inför rätten.

[173] Sutorios, syftar till målen NJA 2009 s. 447 I & II, s. 111.
[174] Möller, Anna, Söndergaard, Hans-Peter, Helström, Lotti: Tonic immobility during rape, Department of Clinical Science and Education, Karolinska institutet, 2017 Stockholm.
[175] Se t.ex. NJA 1991 s. 83.

Å andra sidan visar rättspsykologisk forskning på att en person upplevs vara mer trovärdig när man tar del av hens utsaga direkt på plats, än vid en videoupptagning.[176]

En intressant anmärkning kan göras i prejudikatet NJA 2017 s. 316 II. HD uttrycker att det saknas stöd från psykologisk forskning att konstansbrister är kriterium på bristande tillförlitlighet.[177] Att en berättelse varit konstant över tiden är således inte längre ett kriterium som ökar tillförlitligheten hos en utsaga. Det finns nämligen ingen statistisk signifikant korrelation mellan konstans över tiden och riktighet.[178]

Det talas i balkongmålet att metoden är tillämplig endast i vissa fall. Eftersom då det i balkongmålet i allt väsentligt var struktural bevisning[179] kan uttalandet uppfattas som att HD menar att balkongmetoden endast är tillämplig i mål där bevisningen endast är struktural. I NJA 2017 s. 316 var bevisningen i stort sett kausal, vilket bekräftar det faktum att balkongmetoden kan tillämpas i både struktural och kausal bevisning.

Utvecklingen har gått i den riktningen att stödbevisning ofta granskas för att kontrollera huruvida det ger stöd för målsägandens utsaga, det kan vara journalanteckningar, fotografier av digitala konversationer mellan parterna, indirekt stöd av uppgifter som lämnats till flera som vittnar om målsägandens reaktion och sinnesstämning efter händelsen (dock påverkas värderingen av dessa vittnen om de t.ex. är vänner eller närstående med målsäganden).

Domstolen värderar alltid när den tilltalade konfronteras med vad han menar med de uppgifter som han skrivit eller svarat målsäganden via digital kommunikation. Det händer ofta att domstolen lämnar uppgifterna utan avseende eller menar att dem är en ”ren efterhandskonstruktion”.[180]

Beträffande balkongmetoden i NJA 2019 s. 668 så tillämpas den numera nästan som en obligatorisk modell. Även om HD inte nämner balkongfallet i någon av de inledande punkterna, så kan man tydligt se den i bevisvärderingen.

För det första framgår det av HD att det är det positiva beviskravet som först prövas utifrån åklagarens bevisning. Redan i detta skede kan man konstatera att balkongmetoden tillämpas eftersom domstolarna i

[176] Granhag & Landström, s. 273.
[177] NJA 2017 s. 316 II, punkt 10.
[178] Fisher, Brewer & Mitchell ”The Relation between Consistency and Accuracy of Eyewitness Testimony” i Bull m.fl. *Handbook of Psychology and Investigative Interviewing*, Wiley, Chichester, 2009, s. 121f.
[179] Målsägandens uppgifter var det enda kausala beviset, som ansågs ha lågt bevisvärde.
[180] Se t.ex. B 5–20 Hovrätten för övre Norrland, s. 18.

tidigare praxis lade stor vikt vid utsagorna och den analys som skedde av dem. HD prövar målsägandens utsaga tillsammans med stödbevisningen. I detta mål är den stödbevisning som får stort värde de berättelser som lämnat av två personer som fått händelsen återberättad för sig av målsäganden.

I punkt 32 konstateras att beviskravet är uppfyllt och HD ställer då frågan om SEB:s berättelse påverkar den bedömningen. Detta är det andra steget i balkongmetoden och av detta följer att den tilltalades berättelse och den bevisning som stöder denna ska granskas. SEB:s uppgifter anses korthuggna och detaljfattiga i sina svar på frågor, vilket HD menar försvårar bedömningen av hans berättelse. Däremot finns inget som tyder på att han medvetet skulle vilja lämna oriktiga uppgifter. SEB har visserligen angett att målsäganden själv tagit av sig trosorna eller att hon i alla fall hjälpt till att få av dem, vilket HD menar kan vara en handling som i regel kan tolkas som ett uttryck för ett frivilligt deltagande. Detta ska heller inte misstolkas, eftersom ett frivilligt deltagande när som helst kan tillbakaträdas, vilket också HD tydligt konstaterar i punkt 38. HD resonerar också kring målsägandens passivitet.[181] Passivitet kan endast i undantagsfall tolkas som frivillighet enligt propositionen.[182] Domstolarna ska vara restriktiva med att bedöma att frivillighet föreligger om den inte kommit till uttryck. Detta var ett krav i det tidigare lagförslaget.[183] Där anförs att endast i undantagsfall kan ett tyst samtycke till sexuell samvaro vara tillräckligt. SEB:s berättelse påverkar sammantaget inte den bedömningen som gjorts av åklagarens och målsägandens bevisning. Av det tredje steget i balkongmetoden framgår att om den tilltalades berättelse inte får den effekt som krävs, så ska en fällande dom meddelas. Av det fjärde steget ska övrig bevisning beaktas. Här avses sådan bevisning som inledningsvis inte haft något större värde, men som kan ha fått viss relevans efter den övriga bevisningen värderats. I rättsfallet framgår inte om HD beaktat någon sådan bevisning eller om sådan bevisning för övrigt lagts åt sidan. I vart fall går HD vidare till skuldfrågan.

Att utesluta viss bevisning vid en bevisvärdering kan ifrågasättas. Diesen har framfört det inte är rimligt att sortera bort svaga bevis i den primära bedömningen, eftersom man då inte får ”korrekt” bevisvärde för ett bevis eller bevisfaktum. För att ett bevis ska kunna få ett ”korrekt” bevisvärde måste rätten värdera och ta ställning till all bevisning, såväl svaga indicier som osäkra hjälpfakta.[184] Det faktum att man inte värderar den tilltalades (försvarets) motbevisning i bedömningen resulterar i att åklagarens bevisning får ett för högt värde och framförallt tenderar den till att övervärderas. Det är således inte rimligt att viss bevisning ska uteslutas. All bevisning som är relevant för bedömningen ska vara med i bevisvärderingen av ett rättsfaktum.

[181] NJA 2019, p. 39.
[182] Prop. 2017/18:177, s. 80.
[183] Svensson, 2019.
[184] Diesen, 2015, s. 675.

I Paret som bråkade ovan tydliggörs vikten av att varje rättsfaktum måste vara bevisat för sig. I målet var det inte bevisat att något samlag hade ägt rum. Att det är bevisat att våld förekommit är inte direkt en nödvändig förutsättning för att någon våldtäkt har ägt rum. Rättsfaktumet samlag måste bevisas för sig oavsett om våld förekommit eller inte. Prövningen håller sig inom det första steget i balkongmetoden, då det är målsägandens trovärdighet och tillförlitlighet av hennes uppgifter som det tvivlas om.

6 Analys

6.1 Inledning

Efter drygt fyra år sedan som HD framställde sin metod i balkongmålet har den haft avsevärt inflytande hos underrätterna, inte enbart i våldtäktsmål utan även andra måltyper.[185] I detta kapitel kommer jag inledningsvis diskutera rättsfaktans betydelse i våldtäktsbestämmelsen. Därefter kommer en diskussion och analys av balkongmetoden och dess tillämpning. Både för- och nackdelar med metoden kommer att belysas och kritiskt granskas utifrån rättssäkerhet och rättstrygghet.

6.2 Rättsfaktans betydelse

Rättsfaktan för våldtäkt är följande. Inte deltar frivilligt, samlag, annan sexuell handling som till kräkningens allvar är jämförlig med samlag, deltagandet är en följd av våld eller hot, otillbörligt utnyttjande av någon i en särskild utsatt situation, missbruk av beroendeställning samt den subjektiva täckningen. Som bekant har åklagaren bevisbördan för varje relevant rättsfaktum i gärningsbeskrivningen.[186] Åklagaren ska således bevisa de objektiva och subjektiva rekvisiten. Det tillämpas samma beviskrav för både de objektiva och subjektiva rekvisiten, även om uppfattningen har varit att de bevissvårigheter som finns i uppsåtsfrågan har lett till att beviskravet sänkts.[187] Situationen kan vara sådan att frivillighet inte förelegat, men att det istället brister i uppsåt hos den tilltalade. Ifall rekvisitet inte deltar frivilligt är uppfyllt, innebär det inte per automatik att våldtäkt är uppfyllt. Uppsåt måste också som självständigt rekvisit vara bevisat och uppfylla beviskravet ställt utom rimligt tvivel. Det som visats i Brå:s undersökningar är att det numera ofta åberopas oaktsam våldtäkt som ett alternativt gärningspåstående. På det sättet helgarderar åklagaren sig ifall domstolen istället finner att den tilltalade varit grovt oaktsam.[188]

Det faktum att gärningsbeskrivningen är individualiserad och anger det faktiska händelseförlopp som skett är även av vikt för den tilltalade. Den tilltalade ska kunna utläsa av gärningsbeskrivningen vad det är han påstås ha gjort och försöka förbereda ett försvar. När han ska förbereda försvaret, är det viktigt att han förstår vad det är han åklagas för eftersom han då kan föra motbevisning därom. För balkongmetodens

[185] En sökning på ”olaga hot NJA 2015 s. 702” ger totalt 779 träffar från 2017 till och med 2020. En närmare granskning av flera domar visar att metoden används på samma sätt i mål om olaga hot. Sökningen gjord 2021-01-05 i JUNO med endast de allmänna domstolarna, inte förvaltningsdomstolarna.
[186] Ekelöf m.fl. s. 113.
[187] Se avsnitt 3.6.
[188] Se avsnitt 2.1.

vidkommande är det av särskild vikt att motbevisningen inriktar sig specifik mot åklagarens bevisning, då det är den han ska försöka påverka.

6.3 Balkongmetoden - kritik

I praktiken börjar bevisprövningen i våldtäktsmål oftast att målsägandens berättelse granskas. Typiskt sett innebär det att den tilltalades berättelse initialt inte prövas; inte heller hans motbevisning. Domstolen prövar i detta skede berättelsen utifrån utsageanalysen för att bedöma om den är tillförlitlig eller om målsäganden är trovärdig. Den s.k. utsageanalysen används för att analysera om utsagan är lång, detaljrik, fri från felaktigheter, inte motstridig, etc. Målsägandens utsaga är allt som oftast huvudbeviset, dvs. det är utsagan som är utgångspunkten och det är till denna som övrig bevisning kontrolleras.

Det första steget sker mot det beviskrav som Diesen nämner som det positiva beviskravet, där den tilltalades berättelse lämnas utanför. Konsekvensen av detta blir att den bevisning som åklagaren för fram till stöd för bevistemat, tenderar att övervärderas eftersom det riktiga bevisvärdet av vissa bevisfakta utgörs av all bevisning som kan höja eller sänka dess värde, inte bara det som ger stöd åt temat. Visst kan värdet av bevisningen ändras eller påverkas i det andra steget i balkongmodellen, men det är enligt min mening större risk att domstolen bildat sig en uppfattning om skuldfrågan redan i det första steget. Det andra steget riskerar att användas som en bekräftelsestation där slutsatser som tagits av bevisningen i det första steget bekräftas i den tilltalades berättelse.

I balkongmetodens första steg ska domstolen initialt urskilja den bevisningen som är av mindre betydelse och först vid en slutlig prövning beakta den bevisningen som tidigare lagts åt sidan. Frågan är hur detta hänger ihop med den fria bevisprövningen och det faktum att all bevisning som läggs fram ska prövas. Det är inte frågan om avvisande av bevisning eftersom bevisningen i vart fall prövas, om än i mindre omfattning. Domstolen frångår heller inte det faktum att varje bevis ska prövas för sig, eftersom den tar upp bevisningen i det sista steget. Således kan man konstatera att balkongmetodens bevisprövningsmodell inte strider mot den fria bevisprövningen.

Vad är det för bevismaterial i ett typiskt våldtäktsmål som kan sorteras bort?

I våldtäktsmål prövas inledningsvis det som talar för bevistemat, dvs. gärningsbeskrivningen. Rätten ska alltså först vid en granskning av det samlade bevismaterialet urskilja de bevisfakta som har betydelse för bevistemats existens. Enligt min uppfattning handlar det i praktiken om bevisning som åklagaren åberopat och som har inte har något värde för bevistemat. Sådan bevisning kommer endast prövas i det sista steget

av metoden i en sammanvägd bedömning. I balkongmålet var en stor del av vittnesförhören sådan som hade liten eller i vissa fall knappast någon betydelse för bedömningen.[189] Vittnesförhör om parets äktenskap, karaktärsbevisning samt relationer till deras släktingars var sådan bevisning som ansågs ha mindre värde i balkongmålet. Vittnesförhör i sexualbrott är emellertid ofta ett stöd, även om vittnet inte direkt sett något av händelsen.

I NJA 2017 s. 316 har HD initialt lagt följande bevisning åt sidan som inte har betydelse för bevistemat. PM från NFC som tagit DNA-prov på en handduk från den som den tilltalade använt för att detektera någon spermie. Det fanns en besudling på handduken, som innehöll en spermie. Den spermien gick dock inte att DNA-bestämmas. Exemplet visar på att beviset inte har någon som helst betydelse för bevistemat, eller att det har ett väldigt litet begränsat värde. Det är således rimligt att det beviset läggs åt sidan eftersom det inte ger något direkt stöd åt bevistemat.

Det går inte att dra någon direkt slutsats av vilken bevisning som läggs åt sidan i våldtäktsmål specifikt. Eftersom det redan råder brist på bevisning vid våldtäkter är det snarare så att bevisningen prövas oavsett, även om det har ett väldigt litet värde. Det ger sig uttryck i att vittnesförhör om målsägandens beteende och mående efter händelsen alltid åberopas. I själva verket är sådan bevisning svaga hjälpfakta och skulle normalt sett i ett mål med större delen av kausal bevisning inte haft någon betydelse.

Vad är det för material som frambringas av åklagare som krävs för att prövningen ska gå vidare?
För att balkongmetoden över huvud taget ska gå vidare till det andra steget krävs att åklagarens bevisning når upp det beviskravet ställt utom rimligt tvivel. Att bara den ena sidans bevisning ställs mot beviskravet tycks vara någon form av *pro tanto*-bedömning. Frågan är om beviskravet ställt utom rimligt tvivel är av sådan natur. Beviskravet ställt utom rimligt tvivel är inte bara ett positivt beviskrav som enbart beaktar den ena sidans bevisning. Ställt utom rimligt tvivel ska beakta båda sidornas bevisning och eliminera eventuella tvivel innan det kan vara ställt utom rimligt tvivel. Tvivel kan inte uppväckas i det första steget i metoden om inte den tilltalades berättelse eller motbevisning presenteras eftersom ställt utom rimligt tvivel är ett negativt beviskrav och det första steget endast avser det positiva beviskravet. Så vad är det för beviskrav som domstolen menar i det första steget? Menar dem att bevisningen är rimlig för att gå vidare till det andra steget och pröva den tilltalades berättelse, så kanske det är bättre att pröva bevisningen i ett svep och därefter komma fram till om beviskravet är uppfyllt eller inte.

[189] NJA 2015 s. 702, punkt 31.

Metoden beaktar vem av parterna som åberopat bevisningen. Beroende på om det är åklagaren eller försvarets bevisning så kan ett och samma bevis bedömas på varje sida. Till exempel kan ett bevis som åklagaren åberopat tala om sådant som är mot bevistemat. Ska sådan bevisning då prövas i det första steget som åklagarens bevisning eller ska rätten pröva det i det andra steget när den tilltalades motbevisning läggs fram? Enligt Mellqvist är ett förslag att oavsett vem som presenterat vittnet, dela upp vittnets iakttagelser i två delar, det som talar för bevistemat och det som talar mot. En rimlig konsekvens av detta blir att samma bevis prövas av i båda stegen. Det som Mellqvist talar om liknar den temametod där man lägger det som talar för och det som talar emot bevistemat med enskilda bevis och bestämmer sedan vilket som väger över det andra. Detta skulle dock leda till att den tilltalades rätt till tystnad skulle inskränkas eftersom han i ett sådant fall skulle riskeras att dömas för att bevisning som talar mot temat riskerar att vägas över. Balkongmetoden tar inte hänsyn till slutsatsens säkerhet, utan det blir snarare en bedömning av bevisningens styrka.

Vad är det för material som kan sänka åklagarens bevisvärde?

Av alla rättsfall som jag läst från 2019 och 2020, både friande och fällande domar från både tingsrätter och hovrätter har jag inte lyckats finna något rättsfall där den tilltalades berättelse och motbevisning som sådan ändrar utgången i målet i det andra steget i balkongmetoden. Det är snarare så att det alltid är åklagarens bevisning som antingen når upp till beviskravet eller så gör det inte det. Detta gjorde mig konfunderad och fick mig att granska detta närmare och kom fram till följande.

Agnafors skriver att balkongmetoden de facto tillämpar en delad bevisbörda, där den tilltalade åläggs en bevisbörda i det andra steget.[190] Agnafors menar att beviskravet i det första steget är otillräckligt, eftersom prövningen endast skett mot ett positivt beviskrav och endast åklagarens bevisning av bedömningen. Bevisningen är i denna bemärkelse således inte tillräcklig. Om prövningen går vidare till det andra steget leder till att den tilltalade måste bevisa sin oskuld mot ett otillräckligt beviskrav, vilket är problematiskt. Den tilltalade måste således genom det andra steget förringa värdet av åklagarens (redan otillräckliga) bevisning för att bli frikänd. Hur kommer det sig då att jag inte lyckas hitta något sådant fall där den tilltalade i det andra steget lyckas ändra utgången med sin berättelse och motbevisning? Det enkla svaret är att det kanske inte riktigt går till så i praktiken.

I balkongmålet kontrollerade HD den tilltalades berättelse mot bevisning i målet, tack vare att bevisningen är så robust och att tillräcklig teknisk och medicinsk bevisning fanns i målet. Den tilltalades berättelse gick

[190] Agnafors, s. 371.

att däremot inte att vederlägga av den bevisning som fanns i målet.[191] Det är dock inte alltid så i våldtäktsmålen. I de flesta fall finns det inte så stark bevisning som i balkongmålet. Det andra steget står ofta endast i en eller två meningar.[192] Även om det möjligtvis inte är så, så blir uppfattningen lätt att domstolen redan bestämt sig av åklagarens bevisning, så det har ingen betydelse vad den tilltalade säger.

Slutsatsen måste vara att den tilltalades bevisning har ingen betydelse. Vad den tilltalade berättar i det andra steget är ingen bevisning mot honom själv och inte heller är det som han berättar något som kan fria honom från ansvar – om han inte erkänner. Att hans berättelse kan bidra till att värdet av annan bevisning minskar är inte samma sak.[193] Han kan berätta vad som helst, det behöver inte inget stöd i bevisningen.[194] Endast brister i åklagarens samlade bevisning kan leda till en friande dom. Detta stämmer med de granskade våldtäktsmålet som jag gjort. Det är som tidigare nämnts antingen så att bevisningen antingen når upp till beviskravet eller så gör det inte det. Det har att göra med att det är bristerna i åklagarens bevisning som påverkar beviskravets fullbordan och inte den tilltalades berättelse eller motbevisning. Det hänger således också ihop med det faktum att den tilltalade har rätt att tiga – allt i enlighet med art. 6 i EKMR.

Hur påverkar material som sorterats bort i början bevisvärdet i detta läge.

En intressant aspekt av den punkt där HD anför att sådan bevisning som bedöms vara av mindre betydelse ska till en början läggas åt sidan. Vilken bevisning syftar dem till och hur hänger detta ihop med bestämmelsen i 35:1 RB som säger att rätten ska värdera allt som framlagts i målet?

Enligt Nordh är balkongmetoden tillämplig i både struktural och kausal bevisning.[195] I balkongmålet var den största delen av bevisningen struktural, och HD:s uttryck att bedömningen endast var tillämplig i vissa fall uppfattades som att det avsåg fall där målet avsåg strukturala bevis. Det är dock tvivelaktigt att i ett brottmål grunda en fällande dom på enbart struktural bevisning, även om det förekommit i enstaka fall.[196] I balkongmålet lades den bevisning som ansågs vara av mindre betydelse, främst bevisning kring deras relation och karaktärsbevisning. Det kan rimligtvis tolkas det som att sådan bevisfakta som inte har direkt betydelse för temat eller bevisfakta av väldigt litet bevisvärde läggs åt sidan i inledningsskedet. Även om denna bevisning i ett senare skede värderas torde det enligt min mening, precis som anförts tidigare, vara

[191] NJA 2015 s. 702, p. 68–72.
[192] Se till exempel Syskonmålet ovan där Tingsrätten anför: ”De uppgifter som TT lämnat påverkar inte på något avgörande sätt den värdering som tingsrätten gjort av åklagarens och målsägandens bevisning”, s. 13.
[193] Mellqvist JT 2019–20, s. 780.
[194] HD skriver uttryckligen: ”Det förhållandet att den tilltalade kan konstateras i något avseende ha lämnat medvetet felaktiga uppgifter kan i princip inte tillmätas värde som bevisning till stöd för att åklagarens påstående är riktigt.”
[195] Nordh, Bevisrätt C, 2019, s. 59.
[196] Ekelöf m.fl., s. 215f.

rimligt att all bevisning som presenteras bör beaktas tillsammans med åklagarens bevisning eftersom åklagarens bevisning annars tenderar till att övervärderas. Eftersom det ger den mest säkra slutsatsen att beakta all bevisning för och emot bevistemat i ett skede så är det i första steget rimligt att det görs.

Hur den slutliga bevisvärderingen ska göras.

Vid den slutliga bevisvärderingen ska en sammanvägning av bevisningen göras, där sådan bevisning som tidigare lagts åt sidan också beaktas. Domstolen frångår således inte det krav i 35:1 RB att all bevisning i målet ska beaktas vid bevisbedömningen. Frågan är vad den bevisningen har för värde och för betydelse för slutsatsen om den värderas i ett slutskede. Det kan möjligtvis vara så att det fungerar som en kontrollstation för att se till att den bedömning som gjorts av bevisningen i det första steget och andra steget är i linje med den bevisning man nu beaktas. Inte heller ges denna bevisning som tidigare lagts åt sidan pga. svagt stöd åt bevistemat och bevisfakta med litet bevisvärde, samma prövning som det gjorde av den övriga bevisningen.

I den slutliga bevisvärderingen ska också alternativa hypoteser kunna elimineras för att beviskravet ska kunna vara uppfyllt. Det är då både den tilltalades invändningar, men också domstolens ex officio invändningar som ska prövas. Enligt Diesen tydliggörs inte den princip att även domstolen ex officio ska pröva friande förklaringar tillräckligt noggrant.

Vilka kriterier kan ställas på en säker bevisprövningsmetod?

Det generella kravet med bevisprövningen torde vara att den syftar till att maximera materiellt riktiga domar och minimera antalet felaktiga domar. En metod som ger det säkraste resultatet.[197] Vilken metod som än väljs går det inte att ange en metod som ska väljas för alla mål. Det finns inget krav på att domstolen ska redovisa metodvalet eller något resultat av sin formeltillämpning. Inte heller anser Lindell att ett sådant krav skulle vara önskvärt.[198] Den tidigare problematiken med att tillämpa en bevisprövningsmodell har varit att pröva sambanden mellan bevistemat och bevis.[199] De teoretiska modeller som vuxit fram i framförallt doktrin är heller inte sådana att de direkt kan tillämpas i praktiken.[200] Det är en alltför komplex process med bevisvärdering. Emellertid kan de teoretiska värderingsmetoderna generera säkrare slutsatser och väl underbyggda slutsatser.[201] HD anför uttryckligen i balkongmålet att bevisbedömningar ska vara grundade på rationella skäl och att analysen ska vara objektiv samt ske strukturerat så att en omsorgsfull

[197] Agnafors, JT 2019/20, s. 361.
[198] Lindell, s. 111f.
[199] Diesen, s. 70.
[200] Nordh, s. 47.
[201] Ibid.

värdering av bevisningen säkerställs. I strävan efter ett säkrare resultat och en objektiv prövningen går det inte att utesluta viss subjektivism från domaren, om än omedveten.

Diesen har uppställt tre kriterier som en bevisprövningsmodell bör ha:

1. Modellen ska ge uttryck för objektivitet i bevisvärderingen,
2. Den ska vara praktiskt tillämplig för domare utan andra förkunskaper,
3. Modellen ska vara anpassad efter gällande och aktuella processuella principer.[202]

I det tredje kriteriet som Diesen tar upp, ingår att modellen bör vara flexibel och kan anpassas efter målets typ och art. Det innebär att valet av metod sker med utgångspunkt att den sammanvägda bevisningen ska prövas mot beviskravet.

Felkällor vid balkongmetodens tillämpning

Bevisvärderingen torde alltid innehålla något subjektivt moment, trots dess strävan efter objektivitet och rationalitet. Det faktum att åklagaren är den som presenterar den största delen av bevisningen och att hen redan funnit att bevisen torde räcka för en fällande dom påverkar också förutsättningen för en objektiv bevisprövning.

Domstolen redovisar sina analyser och bedömningar i domskälen; det är där som domstolen presenterar sitt resultat. Hur domstolens faktiskt tänkte när de kom fram till sitt avgörande framgår emellertid inte av domen. Den tankeprocessen ligger dolt och redovisas inte.[203] I sammanhanget torde det uppkomma felkällor i tänkandet som påverkar denna process. Det faktum att det är åklagarens bevisning som först prövas i balkongmetodens första steg kan lätt ge skäl till att confirmation bias uppstår. Confirmation bias innebär att människor omedvetet och intuitivt letar eller söker efter bevis som ger stöd eller bekräftar en tidigare skapad slutsats.[204] Tillämpat i balkongmetoden innebär det att domaren riskerar till att ha uppfattningar om en slutsats om bevisningen i det första steget som senare bekräftas i det andra steget, eller snarare bekräftar att det inte är på det sättet som den tilltalade påstår. Genom att åklagarens bevisning prövas först fokuserar prövningen på värdet av den bevisningen, medan den tilltalades bevisning riskerar att användas för att bekräfta åklagarens redan värderade bevisning. I de domar som redovisats i avsnitt 5.5 redovisar ofta domstolarna den tilltalades version så enkelt som en mening. I själva verket kan den tilltalade haft en berättelse som varit väldigt lång, detaljerad och fri från felaktigheter osv.

[202] Diesen, s. 71.
[203] Westberg, SvJT 2019, s. 434.
[204] Lidén, s. 54.

Som nämnts tidigare är brottet styrkt först då samtliga objektiva och subjektiva rekvisit är uppfyllda. Det kan förekomma att det finns vissa luckor i bevisningen. Att vissa rekvisit saknar bevisning eller att en viss omständighet inte är helt utrett tenderar till att en öppna en lucka i bevisningen.[205] Det finns risk att rätten fyller dessa luckor genom impulser att söka alternativa förklaringar till åklagartemat. Att luckorna inte kan fyllas med bevis kan lätt dra slutsatsen att bristen på motsatsbevis eller förklaringar från den tilltalade blir indirekt stöd för åklagarens gärningsbeskrivning.[206] Att dela upp bevisvärderingen och strukturera bevisningen på det sätt som sker i balkongmetoden torde göra att sådana luckor uteblir eller motverkas.

Det går inte att bortse från det faktum att bevisprövningens disposition förenklas för både domstolen men också för läsaren. Det är ur ett pedagogiskt perspektiv en fördel att ha balkongmetoden som bevisprövningsmodell, men också som en domskrivningsmodell. Enligt Mellqvist används metoden i båda delarna, men används likvärdigt i de båda processerna. Han menar att domskrivningen har andra krav än den bevisvärderingsprocessen.[207] Enligt min mening innehåller balkongmodellen struktur, pedagogik men också stringens i domskrivningen, vilket visar hur domstolen kommit fram till domslutet. Visserligen använder flera domstolar metoden anpassat efter sitt mål och riskerar att utelämna vissa delar i domskälen som de inte redovisar. Det visar å sin sida att metoden är flexibel och kan användas i flera olika måltyper. Det visar också att den inte är uttömmande. Som jag har visat används utsageanalysen i stor del av balkongmetoden men också hypotesmetoden till viss del.

Jag förespråkar hellre en modell där man i det första steget värderar varje bevis för sig, allt som talar mot och allt som talar för. Vid den bedömningen kan domstolen komma fram till bevisfaktumets ”korrekta” bevisvärde och slutsatsen blir således mycket säkrare. All bevisning ska dessutom prövas ett och ett men också som en helhet.

[205] Diesen, s. 75f.
[206] Ibid, s. 76.
[207] Mellqvist, s. 781.

7 Slutsats

Våldtäktsbestämmelsen har ändrats flertalet gånger sedan 2000-talet. Den senaste och gällande lagändringen har ändrat bevisningens fokus från det som tidigare var våld och hot till att inriktas på frivillighetsrekvisitet. Lagregleringens formulering syftar till att markera en utvidgning av ansvar genom att det inte är den sexuella handlingen som sådan, utan kränkningens art som avgörs huruvida en handling omfattas regleringens tillämpningsområde. Det är sålunda inte konstigt utan mer av en naturlig konsekvens att det läggs fram mer bevisning kring målsäganden och fokus kretsar kring denne.

Utgångspunkten för bevisprövningen är åklagarens gärningsbeskrivning. Det är den processrättsliga ram som rätten ska förhålla sig till. Utformningen av gärningsbeskrivningen innehåller flera rättsfakta. Åklagaren har bevisbördan för att varje enskilt rättsfaktum är bevisat. Det är utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv en tämligen bra ställd bevisbörda för åklagaren. Eftersom den enskilde kan se vad han anklagas för och förbereda eventuella motargument, så tillförsäkrar det honom en förutsebarhet och därmed också en säker prövning.

Balkongmetoden är i sig inte en uttömmande bevisvärderingsmetod, utan används mer som en modell för prövningens disposition för att på ett effektivt sätt kunna pröva vissa svåra situationer. Metoden är heller inte som de teoretiska bevisvärderingsmetoder som ger anvisning hur bevisningen ska eller bör värderas. Som nämnts är beviskravet utformat på det sätt att alternativa hypoteser måste elimineras för att en gärning ska ses som ställd utom rimligt tvivel. Det innebär att den hypotesmetod som Diesen utvecklat nästan alltid används. Det förutsätts då att bevisningen är robust och att tvivel kan elimineras.

Även utsageanalysen är en stor del och vanligt förekommande i våldtäktsmålen. Utsagan är en del i den muntliga bevisningen och ska således värderas för sig enligt metoden. Att utsageanalysen används är således inte märkvärdigt att den används tillsammans med eller i balkongmetoden.

Högsta domstolens uttalanden i bevisvärderingsfrågor ska ses som generella riktlinjer och ska behandlas med stor försiktighet. HD skriver uttryckligen detta i balkongmålet. Dock har HD:s uttalanden ändå fått väldigt stort inflytande hos underrätterna. De uttalanden som HD gör i punkt 6 och 7 avseende utsageanalys som utvecklades i NJA 2010 s. 671 är numera en kopiera-klistra-in-funktion i underrätternas inledning i bevisvärderingen. Att balkongmetoden också är den metod som används nästan uteslutande i våldtäktsmål väcker i sig inte några större kontroverser. Frågan är om det är den modellen som är mest fördelaktig i våldtäktsmål och om denna metod tillförsäkrar de mest materiellt säkra avgöranden.

Balkongmetoden är i min mening en trappstegsmodell där den tilltalade ska frias om bevisningen inte räcker till att ta prövningen till nästa steg. Det har dock vissa inslag av en vågskålsmodell där man först prövar den ena sidans bevisning. Därefter ska den andra sidans bevisning försöka ändra värdet av den först prövade bevisningen. Det tenderar till att den först prövade bevisningen övervärderas. Det finns också risk för att om den tilltalade väljer att vara tyst så rinner den ena sidan över eftersom den då har mer bevisning, även om den inte har något större värde. I rättsfallsundersökningen upptäcktes hur bevisningen i det första steget av prövningen redan värderats. I NJA 2017 s. 316 I ställdes den tilltalades berättelse mot åklagarens redan prövade bevisning, vilket innebar att den inte prövas i sitt sammanhang och därmed övervärderades. Även det faktum att målsägandens beteende efter händelsen numera nästan alltid ingår i åklagarens bevisning i våldtäktsmål visar på att det råder en brist i bevisning; det visar också på att svaga hjälpfakta med personer som inte sett eller ens varit på platsen kan vara avgörande bevisning för att bevisa våldtäkt, vilket i min mening är egendomligt.

En annan konsekvens av balkongmetoden är risken för konfimeringsbias och att det till viss del alltid tillämpar förklaringsbörda för den tilltalade i det andra steget. Trots sina brister går det inte att bortse ifrån metodens inflytande i underrätterna och dess pedagogiska fördelar i strukturen.

Det ska bli intressant att följa den fortsatta utvecklingen av balkongmetoden och dess tillämpning. Min förhoppning är att domstolarna uppmärksammar de brister metoden innehar.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 2004/05:143.

Prop. 2017/18:177.

Prop. 2012/13:111.

Statens offentliga utredningar

SOU 1938:44.

SOU 2016:60.

Justitieutskottets betänkande

JuU 2017/18:29.

Litteratur

Agnafors Marcus, *Bevisprövningsmetoden i Balkongmålet – en kritik*, Svensk Juristtidning 2019/20 s. 358.

Andersson Simon, Lainpelto Katrin, *Festskrift till Christian Diesen*, 2014.

Axberger Hans-Gunnar m.fl., *Felaktigt dömda*, Rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt, Stockholm 2006.

Bexar, Mikaela: Brottsbalken (1962:700) 6 kap. 1 §, Karnov i JUNO, besökt 2020-11-21.

Bolding, Per-Olof, *Går det att bevisa? Perspektiv på domstolsprocessen*, Norstedts Förlag, Stockholm 1989.

Bolding, Per Olof: *Sannolikhet och bevisvärdering i brottmål*, SvJT 1953 s. 336.

Christiansson, Sven-Åke: *Psykologisk expertis i rättssalarna*, SvJT 1992 s. 318

Dag Victor, *Den åtalade gärningen – några tankar om utformningen av gärningsbeskrivningar*, Svensk Juristtidning 2020, s. 73.

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

Diesen, Christian: *Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål*, JT 1996/97, s. 528–531, 533–534.

Diesen, Christan: *Bevisvärdering och vittnespsykologisk utsageanalys – metodlikheter och metodskillnader*, JT 99/2000 s. 299–301, 310–311.

Diesen, Christian: *Bevis 10 – Bevisprövning i brottmål*. Andra [utökade och reviderade] upplagan. Norstedts juridik, Stockholm 2015.

Diesen, Christian: *Bevisprövning i brottmål*. Första upplagan. Norstedts juridik, Stockholm 1994.

Diesen, Christian, *Bortom allt tvivel?*, Festskrift till Per Ole Träskman, 2011

Diesen, Christian: *Balkongfallet – ett riktigt bevisprejudikat",* JT 2015/16 s. 666.

Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik & Heuman, Lars: *Rättegång – Fjärde häftet*. Sjunde [omarbetade och reviderade] upplagan. Norstedt, Stockholm 2009.

Garde, Peter *DNA i straffeprocessen*, Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab (NTfk) 1995:1, s. 1, 3.

Granhag Pär Anders, Landström Sara, *Muntlighet vid domstol ur ett rättspsykologiskt perspektiv, Muntlighet vid domstol i Norden*, Iustus Förlag, 2005.

Gregow, Torkel: *'Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn*'. Svensk Juristtidning 1996 s. 509–523.

Heuman, *Sammanblandning av bevisfrågor och rättsfrågor vid underlåtenhetsansvar*, SvJT 2014, s. 361f.

Jacobsson, Ulla: *Lagbok i straffprocess*, Malmö 1996.

Kleineman, Jan: *Rättsdogmatisk metod*, i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.): Juridisk metodlära. Andra upplagan. Studentlitteratur, Lund 2018 s. 21–46.

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

Lambertz Göran, *Bevisprövning och utredningskrav i brottmål,* Festskrift till Torkel Gregow, Norstedts Juridik, 2010.

Lindell, Bengt: *Bevisvärdering, bevisbörda och beviskrav*, i Straffprocessen (2005), s. 397–424.

Lindell, Bengt: *Sakfrågor och rättsfrågor*, Iustus Förlag, Uppsala 1987.

Mellqvist Mikael, SvJT 2019/20 s. 778, *Några kommentarer till vissa kommentarer.*

Nordh, Roberth: *Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.* Iustus, Uppsala 2009.

Nordh, Roberth: *Bevisrätt B – Bevisbörda och* beviskrav. Iustus, Uppsala 2011.

Nordh, Roberth: *Bevisrätt C – Bevisvärdering.* Iustus, Uppsala 2019.

Olsson, Thomas: *Till frågan om bevisvärdering i brottmål*, SvJT 1997 s. 250–251.

Pardo, Michael S: "*Juridical Proof, Evidence, and Pragmatic Meaning: Toward evidentiary holism*", s. 401.

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

Severin, Bo: *Vittnespsykologin av idag*, SvJT 1983 s. 57ff.

Sutorius, Helena & Diesen, Christian: *Bevisprövning vid sexualbrott.* Andra [omarbetade och uppdaterade] upplagan. Norstedts juridik, Stockholm 2014.

Träskman, Per Ole: *Rimligt eller inget rimligt tvivel*, i: Kleineman, Jan & Westberg, Peter & Carlsson,

Trankell, Arne, *Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång [The witness psychology as aid in Swedish trials].* Liber, Stockholm 1965.

Tr.skman, Per Ole, *Rimligt eller inget rimligt tvivel?,* Kleineman, Jan, Westerberg, Peter & Carlsson, Stephan (red.), Festskrift till Lars Heuman, Jure Förlag AB, Stockholm, 2008.

Stefan Johansson, Hedvig Trost, Per Ole Träskman, Suzanne Wennberg, Fredrik Wersäll, Agneta Bäcklund, *Brottsbalken su 17*, Norstedts Juridik, Uppl. 17, 2020.

Westerlund Gösta, Mats Dahlström, Anette Strand, *Brott och påföljder: en lärobok i straffrätt om Brottsbalken*, 7:e uppl, 2020,

Westberg, JT 1992/93 s. 878: *Förklaringsbörda och knölargument i brottmål – den moderne domarens vapen i kampen mot brottsligheten.*

Willén, Rebecca M. och Strömwall, Leif A., *Offenders' lies and truths: an evaluation of the Supreme Court of Sweden's criteria for credibility assessment*, Psychology, Crime & Law, 745-758, (2012).

Wiklund, Nils: *Sakkunniggranskning av identifieringsbevisning och vittnesutsagor*, SvJT 1992 s. 794, 795.

Yakoub Hanna Gustafsson, *Två sätt att tolka det nya våldtäktsbrottet*. Svensk Juristtidning 2020 s 114.

Rapporter och andra skrifter från myndigheter

Brå 2016:19, Förändrade krav på bevisning?

Brå 2019:9 Våldtäkt: från anmälan till dom.

Brå 2020:6 Den nya samtyckeslagen i praktiken.

Brottsoffermyndighetens referatsamling 2020.

Internetkällor

https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=5034753 (besökt 2020-10-01).

Svensson, P. (2019). Vad blir konsekvensen av den nya sexualbrottslagstiftningen? Karnov Group. Hämtat från <https://nj.storyhub.se/wpcontent/uploads/sites/8/2019/03/Konsekvensen_av_nya_sexualbrottslagstiftningen_2018.pdf>.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1980 s. 725

NJA 1992 s. 446

NJA 1996 s. 176.

NJA 2005 s. 702

NJA 2005 s. 712

NJA 2009 s. 447 I & II

NJA 2010 s. 671

NJA 2013 s. 931

NJA 2015 s. 702

NJA 2017 s. 316 I & II

NJA 2019 s. 668

Hovrätterna

Hovrätten för Västra Sverige B 2860–20.

Hovrätten för övre Norrland B 5–20

Hovrätten för Västra Sverige B 4222–20

Svea hovrätt B 8503–20

Tingsrätterna

Umeå TR, B 267–19

Solna tingsrätt B 9320–20

Europadomstolen

Harutyunyan mot Armenien (dom 28.6.2007)

Othman mot Storbritannien (dom 9.5.2012)

Jalloh mot Tyskland (11.7.2006)

P.G. och J.H. mot Storbritannien

John Murray v. the United Kingdom

Condron v. the United Kingdom.