Tilltalads uppgift i visst fall[1]

Av jur. kand. ULF ZEIDNER

1. Inledning

Ett hörande av tilltalad kan ge utrymme för att beakta vad denne uppgivit utom rätta. De uppgifter som vid huvudförhandlingen läses upp ur polisprotokollet blir då upptagna och ingår i det bevismaterial som domen grundas på. Inte sällan kan situationen vara den, att den tilltalade vid förhör under förundersökningen ”erkänner” den påstådda gärningen, t. ex. överlåtelse av 500 gram amfetamin, men förnekar den helt eller delvis vid huvudförhandlingen, exempelvis överlåtelse av amfetamin med endast en mindre mängd, säg 50 gram. I dessa fall konfronterar[2] åklagaren regelmässigt den tilltalade med uppgifter ur det polisprotokoll som tidigare är uppläst för och godkänt av denne och frågar om en förklaring. Den avvikelse som framkommer är av intresse, eftersom den tilltalade kommer i en position där avvikelsen kan få betydelse för prövningen av åtalet. Föreligger sådan avvikelse att den tilltalade erkänner överlåtelse endast i mindre omfattning, har den relevans för frågan om brottet är grovt eller inte varvid tillämpningen av skilda straffskalor aktualiseras.

Avvikelsesituationen rymmer ställningstaganden som emellanåt kan vara svåra att göra. Det kan gälla problem av närmast ”teknisk” karaktär, exempelvis vad som bör ha betydelse vid bedömningen av om avvikelse föreligger eller inte. Hit räknas även frågan om i vad mån avvikelsen bör betecknas som ett självständigt bevisfaktum eller som ett hjälpfaktum. Med bevisfaktum förstås en medelbart relevant omständighet. Från ett bevisfaktum kan man sluta sig till ett annat bevisfaktum eller till det slutgiltiga bevistemat. Med ett hjälpfaktum förstås en omständighet från vilken det inte är möjligt att sluta sig till bevistemat, vare sig direkt eller indirekt.[3]

[1] Se härom å ena sidan Per Olof Ekelöf, Rättegång 4, Stockholm 1982 s. 53 ff. och Lars Heuman, Kan fällande brottmålsdom grundas på polisprotokoll? I Advokaten 1983 s. 219 ff. och å andra sidan Bengt Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, Uppsala 1987 s. 125 ff. och Torleif Bylund, Repetitionskompendium i processrätt, Uppsala 1990 s. 72. För det bistånd som på olika sätt tillskyndats mig under arbetets gång vill jag här framföra mitt varma tack till professor Bengt Lindell, jur. kand. Manólis Nymark samt jur. stud. Maria Fjellman.

[2] Se RB 36:16 st. 2 jfr 37:3.

[3] Per Olof Ekelöf, Rättegång 1, Stockholm 1977 s. 20 f. och densamme Rättegång 4 s. 10, 21.

Samtidigt finner man svårigheter av mer övergripande, principiell karaktär. Där finns typiskt sett en spänning mellan å ena sidan effektivitet i bekämpningen av brott och å andra sidan den enskildes rättssäkerhet. Antag t. ex. att den tilltalade tidigare under förundersökningen hörts om tillgrepp av fortskaffningsmedel. Längre fram under utredningen sker nya förhör, då om rån. Åtal väcks för rån. I huvudförhandlingen uppkommer en avvikelsesituation och åklagaren vill därför ur polisprotokollet föra fram en uppgift som avser rånet. Den tilltalade invänder att den ifrågavarande uppgiften lämnats vid förhör om tillgrepp av fortskaffningsmedel, dvs. ett brott annat än det som åtalet avser, och att åklagaren för fram ett moment av överraskning. Den tilltalade gör gällande att om uppgiften skulle få förebringas rätten, så har han inte på ett nöjaktigt vis beretts tillfälle och möjlighet till att förbereda och utföra sitt försvar. Han säger vidare att polisen förespeglat honom att förhöret avsåg tillgrepp av fortskaffningsmedel, men egentligen sökt uppgifter om rånet. Den metoden är en otillbörlig åtgärd i den mening som avses i RB 23:12. Att låta använda uppgiften vore att kringgå ett skydd för berättigade anspråk på rättssäkerhet. Häremot genmäler åklagaren att ett uttryckligt förbud saknas mot att till rätten ge in protokoll från förhör om andra brott än det åtalet avser. Bestämmelserna i RB 36:16 st. 2 och 37:3 ger heller inte några begränsningar. Åklagaren menar vidare att bevisföringen är fri och att uppgiften därför kan läggas till grund för prövningen av åtalet.

Frågeställningarna är giltiga också i andra fall, t. ex. med anledning av att den tilltalade vid förhör under huvudförhandling förklarar sig inte kunna eller vilja yttra sig. Även uppgift lämnad av vittne och målsägande kan inbegripas i problemområdet.

Uppsatsen behandlar det fallet att tilltalad vid förhör under huvudförhandling i brottmål vid tingsrätt lämnar sådan uppgift, att avvikelse kan konstateras föreligga vid jämförelse mellan den uppgiften och vad som uppgivits vid förhör under förundersökning. Detta förhållande föranleder åklagaren att ur protokollet läsa upp vad den tilltalade tidigare berättat. Enkelt uttryckt är situationen den, att fråga om samma gärning ställts vid två skilda tillfällen och att det visat sig att svaren är olika.

2. Samma gärning?

RB 30:3 stadgar bl. a. att ”Dom må ej avse annan gärning än den, för vilken talan om ansvar i behörig ordning förts ...”. Domstolen är därför bunden vid åklagarens beskrivning av gärningen. Den fakultativa bestämmelsen om att väckt åtal inte må ändras återfinns

i RB 45:5 st. 1. Lagrummets tredje stycke säger att det inte föreligger en ändring av åtalet, om åklagaren beträffande samma gärning bl. a. åberopar ny omständighet till stöd för sin talan (åtalsjustering). Rättskraftens preklusionsverkan omfattar bl. a. omständigheter som åberopats och sådana som inte anförts inom den gräns som RB 45:5 st. 3 sätter. Enligt Ekelöf är en gärning samma så länge antingen (eller både) den brottsliga handlingen eller brottsresultatet är samma.[4] En annan gärning föreligger om ingen av de två nämnda förutsättningarna är för handen.[5]

Genom att vid tillämpning av RB 36:16 st. 2 relatera lämnade svar till fråga om samma gärning enligt RB 30:3 och 45:5 st. 3 kan en berättigad avvikelse fastslås. Måttstocken är ”samma gärning”, under förundersökningen här benämnd förhörsgärningen. Är det inte samma gärning — annan gärning — bör uppgiften inte föras in i processen med stöd av RB 36:16 st. 2. De avvikande uppgifterna omfattas inte av rättskraftens preklusionsverkan. Om det är samma gärning kan uppgiften föras in i processmaterialet och prekluderas då genom domens rättskraft. Är gärningen samma och förs uppgiften inte in i processen medför rättskraften preklusion såtillvida, att förutsättningar för resning måste vara för handen innan uppgiften och därmed även avvikelsen kan beaktas. Distinktionen mellan samma och annan gärning är därför betydelsefull.

Utifrån bestämmelserna i RB 30:3 och 45:5 st. 3 kan man fråga sig i vad mån åklagaren måste formellt justera åtalet för att domen skall kunna grundas på annat än den i stämningsansökan beskrivna gärningen. Hur stort är rättens utrymme att tolka och tänja en gärningsbeskrivning?[6] Visst mindre utrymme finns för detta, men försiktighet är påkallad bl. a. med tanke på den tilltalades möjligheter att utföra sitt försvar.

Vad beträffar förhörsgärningen märks att vid förhör i det första skedet av förundersökningen så behandlas alla på samma sätt. Någon skillnad görs inte mellan den misstänkte och andra. När någon är skäligen misstänkt övergår förundersökningen i den andra fasen. Den skäligen misstänkte ikläder sig här i viss utsträckning parts ställning, t. ex. skall den misstänkte underrättas om misstanken. Underrättelsen gör den misstänkte medveten om två saker: 1) en angiven brottslig gärning föreligger och 2) åklagaren

[4] Per Olof Ekelöf, Rättegång 3, 4:e uppl., Stockholm 1980 s. 130.
[5] Torleif Bylund, Repetitionskompendium i processrätt, 4:e uppl., Uppsala 1990, s. 135.
[6] Se härom Gunnar Bergholtz, Åtal och kontradiktion. Marginalanteckningar till några nyare rättsfall i Festskrift till Per Olof Bolding, Stockholm 1992, s. 1 ff.

anser att den underrättelsen avser är skäligen misstänkt för att vara skyldig till gärningen.

Efter denna upplysning är den misstänkte helt på det klara med vad saken handlar om och kan inrätta sig efter det. De uppgifter som sedan lämnas vid förhör avser i regel den påstådda gärningen. Eftersom underrättelse givits kan de uppgifter som den misstänkte lämnar ha ett förhållandevis betydande värde som bevisning i en eventuell rättegång längre fram. Att så är fallet motiveras av den misstänktes möjligheter till försvar m. m. Rättssäkerhetsgarantierna ökar, vilket också återspeglas i det värde uppgifterna kan få som bevisning. Uppgifter som lämnas vid en tidpunkt innan underrättelse utgått, har enligt min mening mindre värde som bevis än de som lämnas senare. För att ge större vikt åt dessa uppgifter kunde man tänka sig att en annan sorts underrättelse gavs. I fall då brottslig gärning föreligger, skulle alla som hörs innan förhöret delges en speciell upplysning. Upplysningen skulle innehålla det, att vad som förekommer vid förhöret kan antecknas i protokoll samt att efter förhöret protokollet kommer att läsas upp för godkännande med möjlighet för den hörde att göra tillägg och ändringar. Samtidigt skulle den hörde informeras om att uppgifterna kan bli bevisning i en eventuell rättegång. Det är enligt min mening inte omöjligt att låta en sådan upplysning gå ut till envar som hörs redan innan en konkret brottslig gärning har konstaterats. Upplysningen kan i vart fall ingå som en del i underrättelse enligt RB 23:18 när någon är skäligen misstänkt.

Utrymmet för att tolka förhörsgärningen bör allmänt sett vara åtminstone mycket litet. I annat fall kan effekten bli att man kringgår ett syfte med RB 23:18, nämligen att fästa en persons uppmärksamhet vid påstådd brottslig gärning och grad av misstanke för att skapa möjligheter att påverka utredning och bereda ett försvar. Som skäl för denna ståndpunkt kan vidare anföras, att en tilltalads eventuella ”förklaringsbörda” och dess utsträckning bestäms delvis på grundval av vad som uppgivits under förundersökningen. Den förhörssituationen omgärdas inte av samma rättssäkerhetsgarantier som förhör vid huvudförhandlingen. För att huvudförhandlingen skall vara rättskipningens tyngdpunkt bör förundersökningen och vad som förekommer där betraktas med restriktiv hållning.

Antag att åklagaren yrkat ansvar för häleri, för vilken gärning den tilltalade hörts under förundersökningen. Den tilltalades berättelse vid huvudförhandlingen medför att protokollet från förundersökningen i relevanta delar läses upp. Vid överläggning till dom framkommer att avvikelsen är av stor betydelse men att man

inte vill fälla till ansvar för häleri utan för häleriförseelse.[7] Kan man i denna situation grunda domen helt eller delvis på förhörsprotokollet? I det här fallet synes rätten kunna fälla för häleriförseelse utan formlig åtalsjustering. Eftersom brottsresultatet är samma i båda fallen är det fråga om samma gärning. Rätten bör vidare ta reda på om den intressanta uppgiften avgivits före eller efter det att underrättelse enligt RB 23:18 utgått. Är uppgiften äldre än underrättelsen kan noteras att en konkret brottslig gärning ibland saknas vid den tidpunkten. Det kan då desto mindre påstås att den tilltalade uttalat sig om ett preciserat bevistema. Eftersom bevistemat är oklart är det svårt att med säkerhet veta, att det är samma gärning som den vid huvudförhandlingen. Som ovan framgått bör ju detta vara en första grundläggande förutsättning för att över huvud taget kunna bedöma en tillämplighet av RB 36:16 st. 2. I sammanhanget kan erinras om att uppgifter lämnade i detta stadium ofta har ett svagare värde som bevis än de som lämnas längre fram. Uppgifterna kan inte tillmätas avgörande betydelse ensamma. Annan utredning måste till för fällande dom. Har uppgiften lämnats under förundersökningens senare skede finns en angiven brottslig gärning att höras mot. Förhörsgärningen kan relateras till gärningen i huvudförhandlingen. Uppgifter lämnade efter underrättelse kan få jämförelsevis stor betydelse. Så är fallet eftersom bl. a. det kan någorlunda säkert framgå om jämförelsematerialet innehåller samma gärning som den vid huvudförhandlingen. En fällande dom kräver ytterligare utredning om än i detta fall den kan vara något mindre utförlig än vad nyss sagts. För att kunna bli användbar måste uppgiften dock föras in i processen.

Man kan nu fråga sig om den avvikande uppgiften är införd eller inte och i förekommande fall om det är åklagaren eller rätten som gjort det. Man kunde möjligen anse uppgiften behörigen införd i rättegången även med avseende på häleriförseelsen. Det är vidare fråga om samma gärning i huvudförhandlingen och den i förundersökningen. Villkoren är därmed formellt uppfyllda för att ge avvikelsen bevisverkan. Emellertid dömer rätten på annat än som angivits i ansökan om stämning. Kanske har enligt någon av parternas mening häleriförseelse ens inte varit på tal under förhandlingen. Någon formlig justering av åtalet har heller inte skett. Den tilltalade berövas då möjligheten av att få sin uppmärksamhet fäst vid de ändrade förhållandena och får därför nedsatt försvarsförmåga. Att förfara så med den i ansökan om stämning angivna gärningsbeskrivningen är en sak. Däremot kan jag inte finna skäl som uppväger nackdelarna av att tolka förhörsgärningen och direkt låta

[7] Jfr rättsfallet NJA 1978 s. 291.

den tolkningen påverka underlaget för fällande dom. Åklagaren bör ha ett ansvar att formellt justera åtalet innan bevisning av diskuterat slag kan bli aktuell. Här avses t. ex. den situationen att förhörsgärningen avser häleri alternativt häleriförseelse men att åtal väcks endast för häleri. Genom justeringen aviseras den tilltalade en förändring i angreppet och ges utrymme att vidta eventuella mothandlingar. Omfattningen av tilltalads ”förklaringsbörda” — som följer gärningen — blir på detta sätt mer tydliggjord.

3. Samma uppgift?

Den fråga om samma gärning tilltalad ställs inför vid huvudförhandlingen och under förundersökningen förutsätts vara densamma enligt punkt 2) ovan. Ytterst är frågan om samma gärning lika med bevistemat eller den brottsliga gärningen. I båda fallen lämnas en uppgift i förhållande till samma gärning. Frågan utgår från en påstådd gärning, dvs gärningen är den måttstock mot vilken svaret skall mätas. För att vara relevant måste svaret alltså uttryckas i samma måttenhet, gärning. Man kunde också säga det så, att den i frågan angivna gärningen återspeglas mer eller mindre i svaret. Överensstämmelsen mellan fråga och svar kan vara olika stor. Svaret på frågan kan vara gärning eller icke-gärning. Det gäller för svaret vid såväl huvudförhandlingen som under förundersökningen. Är frågan — gärningen — samma vid de två tillfällena kan man jämföra den återspeglade gärningen i ena svaret med den i det andra. För åklagaren är det i första hand svaret i gärning som är intressant. Att gärningens negation, annan gärning, kan bli aktuell genom objektivitetsprincipen kunde dock vara en omständighet att beakta. För domstolens vidkommande är både gärningen och dess negation av intresse.

Nästa steg blir att söka bestämma när en uppgift avviker på sätt att RB 36:16 st. 2 kan komma ifråga.

Till en början kan det självklara sägas, att en avvikelse är för handen i de fall då svar innehåller annan gärning. Både den brottsliga handlingen och brottsresultatet avviker då från varandra. Är svaren gemensamma, samma gärning, finns två typsituationer av jämförelse. Den ena är samma gärning enligt RB 30:3, den andra samma gärning efter åtalsjustering jämlikt RB 45:5 st. 3. Antag att åtalet avser häleri och sammalunda vad beträffar förhörsgärningen. Vi tänker oss vidare att rätten vill döma för häleriförseelse och att tilltalad under förundersökningen uttalat sig även om det. För att kunna åberopa en avvikelse som bevis krävs dels att förhörsgärningen även inkluderade häleriförseelse, dels att formlig åtalsjustering sker. Då kan rätten beakta beviset, annars inte. Nu

var förhörsgärningen häleri men svaret innehöll dessutom häleriförseelse. Vi har en situation med en sorts ”överskottsinformation”. Hur bör den hanteras? Kan efter formlig justering av åtalet uppgiften åberopas som bevisning? Är RB 36:16 st. 2 tillämplig? Problemställningen är spännande och liknande fall kan uppkomma t. ex. vid insats av straffprocessuella tvångsmedel. Här skall endast en generell notering göras. Om man inte vill kringgå ett tolkningsförbud av förhörsgärningen bör uppgiften inte tillåtas att bli framförd i processen. Det får istället komma an på förhörsledaren att vara uppmärksam på de uppgifter som lämnas. Den misstänkte kan då komma att bli underrättad misstanke om ytterligare brott och kan bereda sitt försvar efter det. Skäl saknas för att tingsrätten ex officio så att säga kompletterar förundersökningen till tilltalads nackdel utan att frågan ens varit på tal.

En speciell fråga är vad som mer bestämt krävs för att avvikelsen skall aktivera en tillämplighet av RB 36:16 st. 2. Här kan en uppdelning göras mellan subjektiva och objektiva moment i brottet, om det är ett eller flera moment som skiljer sig åt. Avvikelsen bör vidare ha en viss varaktighet vid den kritiska tidpunkten, vid respektive förhör. Den hörde får inte ta tillbaka sina uppgifter och skall helst bara lämna en — och samma — uppgift och inte flera olika. För att kunna notera och kontrollera avvikelsen, måste den bygga på preciserade och konkreta uppgifter. Ett oberoendevillkor synes böra uppställas. Uppgifter lämnade vid huvudförhandling får inte tolkas i skenet av förhörsgärningen, uppgifter lämnade i polisprotokoll får inte tolkas i skenet av gärningsbeskrivningen. Det är för frågans riktiga hantering betydelsefullt att hålla isär vad som sagts och när det skett. Vidare skall avvikelsen fastslås, konstateras. Inte alla avvikelser är sådana att de kan föras fram genom RB 36:16 st. 2. Under åberopande av principen in dubio pro reo kan i tveksamma fall avvikelse anses inte vara för handen. Uppgift till tilltalads fördel intar genom samma princip en annan ställning än uppgift till dennes nackdel.[8] Vidare skall protokollet läsas upp med angivande av var partiet kan återfinnas för kontroll. Ett refererande av eller till texten eller en allmän beröring av densamma innebär inte att avsnittet blivit uppläst. Uppgifterna har då heller inte blivit införda i processen.

4. En avvikelse i och för sig

Har huvudförhandling hållits skall enligt RB 30:2 domen grundas på vad som förekommit vid denna (omedelbarhetsprincipen).

[8] Man kan fråga sig om det är en enda sammanhängande eller flera olika, detaljerade uppgifter som den misstänkte lämnar under den tid förundersökningen pågår.

Antag att vid huvudförhandlingen förhör hålls med den tilltalade och att denne förnekar gärningen, helt eller delvis. Ponera vidare att den tilltalde vid förhör under förundersökningen ”erkänt” gärningen. Med stöd av RB 36:16 st. 2 och 37:3 läser åklagaren upp vad den tilltalade tidigare berättat under förundersökningen. Att nu påstå att den tilltalades uppgifter lämnade vid förhör under huvudförhandlingen avviker från vad som tidigare sagts under förundersökningen, förefaller mig mot bakgrund av bl. a. omedelbarhetsprincipen vara en smula bakvänt. Vore det inte mer följdriktigt att i sammanhanget tala om att den tilltalades uppgifter, lämnade vid förhör under förundersökningen, avviker från vad som uppgivits vid huvudförhandlingen? På så sätt framhålls betydelsen av omedelbarhetsprincipen bättre. Samtidigt betonas att förundersökningen har en i förhållande till huvudförhandlingen koncentrerande och förberedande funktion och därmed är av underordnad betydelse. Detta står i god överensstämmelse med den ackusatoriska straffprocessens principiella utformning.

Om avvikelse påtalats har den blivit ett element i det material som domen kan grundas på. Eftersom principen om den fria bevisprövningen inte uppställer generella hinder mot bevisföringen eller i förväg fastställda bevismått, bör en avvikelse i och för sig kunna tillmätas betydelse som bevisfaktum. Vilka slutsatser kan dras enbart av själva avvikelsen? Per definition är ett bevisfaktum en omständighet från vilken det är möjligt att sluta sig till bevistemat. Kan man utifrån en konstaterad avvikelse sluta sig till bevistemat? Nej, det kan man inte. En avvikelse är en avvikelse, en formalitet. Berättelserna tar sikte på bevistemata, avvikelsen inte. Det är vidare inte berättelsen som är avvikande, utan en avvikelse är för handen eftersom bristande överensstämmelse kan fastslås mellan å ena sidan uppgifter vid huvudförhandlingen och å andra sidan uppgifter vid förhör under förundersökningen. En avvikelse i och för sig bör tillmätas betydelse endast — men inte alltid — som en omständighet vilken kan höja eller sänka värdet av redan lämnade uppgifter. Avvikelsen bör inte ses som ett självständigt bevisfaktum, indikerande direkt stöd för ett bevistema.

5. En innehållsmässig avvikelse

Betraktat som en substantiell och innehållsmässig avvikelse kommer frågan om den tilltalades uppgifter i ett annat läge. Avvikelsen är, genom de jämförda uppgifterna, då till sin karaktär sådan, att den kan medföra verkan som ett bevisfaktum. Denna situation har då företräde framför den som nämnts ovan under punkten 4), och därför konsumerar den.

För att kunna ta ställning till frågan om tillräckliga skäl för åtal finns, måste åklagaren kunna utgå från att vad som är bevisfakta vid den prognostiska bedömningen också är det vid den kommande huvudförhandlingen. Om så inte vore fallet skulle bevisrättslig assymetri råda mellan olika skeden i straffprocessen. En sådan olikhet skulle vidare innebära moment av osäkerhet vid insats av straffprocessuella tvångsmedel, vilken åtgärd ju föregås av en preliminär bedömning av bevisläget.

Det kan nu göras gällande att principen om det bästa bevismaterialet medför att uppgifter i polisprotokoll som läses upp vid huvudförhandling bör anses vara hjälpfakta. Sagda princip innebär enligt Ekelöf, att om en och samma kunskapskälla utan svårighet kan utnyttjas på flera olika sätt, det bevismedel skall användas som medför den säkraste bevisningen. Principen om bevisomedelbarhet, som Ekelöf menar är ett bra exempel på nyss nämnda princip, kommer till uttryck i RB 36:16 st. 2. Det är först när uppgifter i polisprotokollet avviker från dem som lämnas vid huvudförhandlingen som protokollet blir intressant. Ett hörande av förhörsledaren gör beviskedjan kortare än om bara uppgiften som den antecknats i protokollet läses upp, vilket hörande väl stämmer överens med principen om det bästa bevismaterialet. Här märks, att förhörsledaren kan ha hållit flera förhör med den tilltalade i liknande mål, att lång tid kan ha förflutit sedan förhöret hölls m. m. Ett sådant hörande ger inte med nödvändighet det säkraste resultatet. Eftersom det säkraste resultatet förmodligen är kärnan av det budskap som principen om det bästa bevismaterialet vill ge uttryck för, är det inte uteslutet att uppgifter i polisprotokoll kan anses vara mer tillförlitliga än sådana lämnade av förhörsledaren vid förhör under huvudförhandling. En tanke bakom införandet av nya RB var den, att protokollet skulle få mindre betydelse än tidigare — inte bli helt utan verkan. Samtidigt skall framhållas att rättssäkerhetsskäl och grunderna för straffprocessen bjuder att uppgifter antecknade i polisprotokoll värderas med omdöme och försiktighet. Det är en annan sak än att helt frånkänna uppgiften vikt i förhållande till ett bevistema. Det är enligt min mening tveksamt om principen om det bästa bevismaterialet till sin karaktär är sådan, att den förmår meddela avsteg från huvudregeln i RB 35:1, den om att bevisföringen och bevisvärderingen är fri. Eftersom oklarhet synes råda, bör huvudregeln äga företräde och uppgifter i polisprotokoll därför kunna vara bevisfakta.[9]

[9] I den senaste upplagan av Rättegång 4 framskymtar en viss åsiktsförskjutning. Där sägs att i polisprotokoll nedtecknade uppgifter under givna förutsättningar kan tillerkännas eget värde som bevis. Se härom Per Olof Ekelöf och Robert Boman, Rättegång 4, 6:e uppl., Stockholm 1992 s. 32.

6. Tilltalads förklaringsbörda[10]

Avviker den i polisprotokollet lämnade uppgiften från vad som uppges vid huvudförhandlingen kan enligt vad nyss sagts den förra läsas upp ur protokollet. Åklagaren konstaterar att vad som är antecknat är uppläst för den tilltalade som lämnat uppteckningen utan erinran. Den tilltalade ställs i regel inför frågan om en förklaring till avvikelsen. Att i förekommande fall avkräva den tilltalade en förklaring innebär att en ”förklaringsbörda” för avvikelsen läggs på den tilltalade.

Väljer den tilltalade att vara tyst kan passiviteten få betydelse som bevis, om än i grova brottmål sådan skall hanteras med stor försiktighet.[11] Lämnar den tilltalade i stället en förklaring till avvikelsen, t. ex. att frågan uppfattats på annat sätt än avsetts, kan förklaringen förefalla vara så orealistisk att den får bevisverkan. Uppenbarligen kan den tilltalade komma i en besvärlig situation. Han kan komma att frestas antingen att tiga mot bättre vetande eller att lämna falska uppgifter för att ge trovärdighet åt förklaringen. I båda fallen tvingas den tilltalade välja mellan att hålla sig till sanningen eller att av självbevarelsedrift ”korrigera” sin berättelse.

7. Avgörande betydelse?

I rättsfallet NJA 1992 s. 532 var den tilltalade ställd inför åklagarens påstående om bl. a. rån.[12] Den tilltalade förnekade gärningen. Vid förhandlingen i tingsrätten och i hovrätten hördes ett vittne. Målsäganden kunde inte delges kallelse och uteblev därför från förhandlingarna. Mot den tilltalades bestridande tilläts åklagaren i båda instanserna att enligt RB 35:14 läsa upp ur polisprotokollet vad målsäganden tidigare hade uppgivit vid förhör under förundersökningen. Tingsrätten och senare hovrätten fällde den tilltalade till ansvar för rån, till synes huvudsakligen med anledning av den berättelse åklagaren hade tillåtits läsa upp.

Högsta domstolen (HD) sade inledningsvis att bestämmelsen i RB 35:14 skulle tolkas i skenet av artikel 6 i Europakonventionen[13]

[10] Se om detta bl. a. Lars Heuman, Kringgås principen om åklagarens bevisbörda? I festskrift till Lars Welamson, Stockholm 1988 s. 251 ff. och Bengt Lindell, Vem förde bilen? En fråga om bevisbörda och beviskrav i ett mål om rattfylleri, Juridisk Tidskrift nr 3 1990/91 s. 481 ff. samt Peter Westberg, Förklaringsbörda och knölargument i brottmål — den moderne domarens vapen i kampen mot brottsligheten? I Juridisk Tidskrift 1992/93 s. 878 ff.

[11] Se härom SOU 1938:44 Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk s. 382.

[12] Se även Lars Heuman, Innebär Europakonventionen att vittnesattester inte får åberopas i den utsträckning som rättegångsbalken förutsätter? I Juridisk Tidskrift 1993/94 s. 202 ff.

[13] Europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

och det sätt som Europadomstolen tillämpat artikeln på. Artikel 6 stadgar bl. a. att envar när det gäller anklagelse mot honom för brott skall vara berättigad till en rättvis (”fair”) och offentlig rättegång och att den anklagade härvid skall ha rätt att förhöra eller låta förhöra vittnen mot honom. RB 35:14 var enligt ordalagen visserligen tillämpligt, men under åberopande av några avgöranden från Europadomstolen ansåg HD att lagrummet borde tillämpas mera restriktivt. HD fann att åtalet för rån helt grundades på den berättelse som blivit uppläst. Vid förhöret under förundersökningen hade varken den tilltalade eller försvararen varit närvarande. HD ansåg att den tilltalade inte fått en sådan rättvis (”fair”) rättegång som artikel 6 i Europakonventionen bjuder. HD undanröjde därför hovrättens dom och återförvisade målet till hovrätten för erforderlig handläggning.[14]

NJA 1992 s. 532 tar sikte på den typsituationen för polisprotokollets uppläsande när den som berättelsen avser inte är närvarande vid förhandlingen, RB 35:14. Uppsatsen täcker delvis det andra fallet, när personen ifråga visserligen är närvarande men lämnar uppgifter sådana att RB 36:16 st. 2 kan komma att tillämpas. Anledningen till att rättsfallet likväl beaktas beror på två saker. HD säger att Europakonventionens artikel 6 *och* Europadomstolens tillämpning av artikel 6 är av *väsentlig* betydelse för tillämpningen av RB 35:14 1 st. 2 p., som alltså avsåg utevarofallet. För det första. För det andra är justitierådet (JR) Linds yttrande för egen del av stort intresse.

JR Lind säger inledningsvis bl. a., att vid tillämpningen av svensk lag, domstolarna har att så långt det överhuvudtaget är möjligt att tolka lagen på det sätt som bäst stämmer överens med en av Sverige ratificerad konvention. Vid tolkning av ett lagrum bör domstolarna därför ge företräde åt Europadomstolens praxis framför därmed oförenliga uttalanden i förarbeten och doktrin. Kommer ett äldre avgörande av högsta instans i klar konflikt med en senare dom av Europadomstolen, anser JR Lind att det äldre svenska avgörandet åtminstone i princip får anses vara inte längre vägledande. Det är först om den svenska lagtexten lägger avgörande hinder i vägen för en tillämpning av en av Europadomstolen fastslagen princip som den inhemska lagen får ges företräde menar JR Lind.

[14] Jämför fallet Artner. Se härom Hans Danelius, Europakonventionens artikel 6 och dess betydelse för det svenska rättegångsförfarandet, i Festskrift till Bertil Bengtsson, Stockholm 1993 s. 89 ff., s. 99.

En fråga som JR Lind uppehåller sig vid är det fallet att målsäganden är närvarande vid förhandlingen men vägrar yttra sig.[15] Enligt RB 36:16 st. 2 jfr 37:3 st. 1 kan polisprotokollet då läsas upp i den delen. JR Lind jämför regleringen med Europadomstolens avgörande i fallet *Unterpertinger*:[16]

”I det fallet hade en person dömts till fängelse för misshandel på grundval av de uppgifter som de båda målsägandena hade lämnat till polisen. Målsägandena vägrade att yttra sig under rättegången och klaganden hade därför hindrats att hålla motförhör med dem. Europadomstolen konstaterade att målsägandenas utsagor var den *huvudsakliga*[17] bevisningen mot klaganden och att denne därför hade dömts på grund av bevisning i fråga om vilken hans rätt att försvara sig varit i väsentlig mån begränsad.”[18]

I fallet Unterpertinger ansågs kränkning ha skett av artikel 6 punkt 1 i Europakonventionen.

JR Lind menar att fallet Unterpertinger synes böra beaktas av domstolarna då fråga om uppläsning av polisprotokollet förs på tal. Skulle den tilltalade genom uppläsningen försättas i ett läge där han inte på ett godtagbart sätt kan försvara sig mot åtalet, *skall* domstolen vägra att tillåta uppläsningen av förhöret. JR Lind fortsätter och anser att om annan utredning finns vid sidan av den vägrande personens uppgifter, medför det enligt fallet *Asch* inte att den tilltalade berövas rätten till en rättvis rättegång.[19]

Europadomstolen har i fallen *Unterpertinger*, *Kostovski och Delta* sagt att brott förelegat mot artikel 6 i Europakonventionen. Kränkningen har bestått i att den tilltalade och försvararen inte givits tillfälle att ställa frågor till dem som lämnat uppgifterna, vare sig vid förhandlingen eller annars. Man kunde därför inte värdera uppgiftslämnarnas tillförlitlighet eller ifrågasätta deras trovärdighet. I fallet *Windisch* hördes de polismän som mottagit uppgifterna och försvaret hade möjlighet att ställa frågor till dem. Brott mot artikel 6 ansågs likväl föreligga, på samma grunder som i de tidigare fallen. I dessa fyra fall synes ingen stödbevisning ha förekommit vid sidan av de upplästa uppgifterna, som därför haft avgörande betydelse.

JR Lind skriver:[20]

[15] Typsituationen är alltså densamma som i uppsatsen — närvaro — men har en annan grund i RB 36:16 st. 2.
[16] Se härom Hans Danelius, Europadomstolens domar 1961–1990 — En rättsfallsöversikt, SvJT 1991 s. 257 ff., s. 293. Angående övriga rättsfall nedan; se a. a. s. 295 f.
[17] Min kurs.
[18] Domen s. 539.
[19] A. st.
[20] Domen s. 540.

”Europadomstolens praxis synes innebära, att domstolen skiljer mellan fall då uppgifter av vittne eller målsägande varit den *avgörande*[21] bevisningen mot den tilltalade och fall då sådana uppgifter inte haft samma tyngd i målet. Det betyder att en svensk domstol redan vid inledningen av en huvudförhandling kan behöva göra en bedömning av vilket bevisvärde ett viss förhör kan tänkas få vid den slutliga prövningen av målet. Antag att domstolen i ett sådant fall kommer till att ett visst förhör under förundersökningen kan få läsas upp, eftersom övrig utredning förefaller vara av större betydelse än förhöret och uppgiftslämnaren inte har kunnat delges. Om förhandlingen därefter utvecklar sig på ett annat sätt än domstolen antog då domstolen tillät att förhöret åberopades som bevis, uppkommer frågan om domstolen vid överläggningen till dom skall bortse från förhöret eller grunda domen på det.”

Förutom att avbryta överläggningen och sätta ut målet till ny huvudförhandling anför JR Lind följande lösning:[22]

”Det är ytterst angeläget att undvika, att svenska processregler tillämpas så att en konflikt uppstår med Europadomstolens praxis. Det medför att man i det nyss angivna fallet får begränsa processmaterialet inför det slutliga avgörandet så, att domstolen vid överläggningen bortser från förhöret under förundersökningen trots att det förebringats vid huvudförhandlingen. Eftersom förhöret utgjorde den avgörande bevisningen, innebär det i praktiken att åtalet ogillas.”

Man kan då fråga sig vad som menas med avgörande betydelse. Bevisningen kan vara avgörande i vart fall på tre sätt. Den kan vara den kraftigaste bevisningen i målet, den enda bevisningen eller bevisning sådan att den blir så att säga ”tungan-på-vågen”. Avgörande bevisning för tankarna till värdet på bevisningen, dess styrka. Avgörandet ligger i att det har betydelse för utgången i målet. Att bevisningen är avgörande innebär förmodligen att utgången i målet beror av om den aktuella bevisningen beaktas eller inte. Avgörande bevisning synes därför kunna vara såväl bevis- som hjälpfakta.

Det har tidigare påstått att uppgifter lämnade efter underrättelse enligt RB 23:18 kan ha ett betydande värde. Uppgifterna kan väl ha en sådan avgörande betydelse som omnämnts. Polismannens anteckningar blir bevismaterial. Bör, såsom en i förhållande till JR Linds yttrande utvidgad tillämpning av Europadomstolens praxis till att avse även avvikelsegrunden i RB 36:16 st. 2, den tilltalade nu få möjlighet att bemöta de antecknade uppgifterna genom att beredas tillfälle att ställa frågor till den som gjort noteringarna? Om den som hört den tilltalade är en annan person än den som gjort anteckningarna, bör även den förre kallas att höras? På vilket sätt kan en utökad underrättelse enligt vad som sagts under punkt

[21] Min kurs.
[22] A. st.

2) fylla motsvarande funktion? Vid förhöret kunde man försöka ta reda på vilka frågor som ställts till den tilltalade, under beaktande av RB 23:12 hur förhöret gått till, om eventuella medtilltalade lämnat uppgifter som den tilltalade saknat möjlighet att bemöta m. m., allt till utredande av den tilltalades tillförlitlighet och trovärdighet av de uppgifter som lämnats av honom under förundersökningen. Ett sådant förhör förutsätter dock att de ifrågavarande uppgifterna är av avgörande betydelse i målet. Och det kan de vara. Domstolen måste därför göra en prognostisk bevisvärdering. Finner domstolen att uppgifterna saknar avgörande betydelse kan de tillåtas bli upplästa. Men hur bör en domstols felbedömning hanteras? Bör domstolen bortse från uppgifterna?

Frågan är om principen om den fria bevisprövningen kan anses lägga avgörande hinder i vägen för en exklusion av bevismaterial. Det är en fråga som tål att tänkas på.