Förklaringsbördan i brottmål och dess förenlighet med oskyldighetspresumtionen

Av jur.kand. ANNA NORDLANDER[1]

En rättsstat är omgärdad av ett flertal principer som slår vakt om den tilltalades rättigheter i straffprocessen. Av central betydelse är den s.k. oskyldighetspresumtionen i artikel 6 (2) i EKMR. Utgångspunkten är klar och innebär att den tilltalade inte har några skyldigheter i straffprocessen. Tvärtom har den tilltalade en rätt att vara fullständigt passiv. Mot denna bakgrund kan det anses anmärkningsvärt att HD i NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”) uttalade att den tilltalade i vissa fall kan åläggas en förklaringsbörda och fällas till ansvar vid misslyckandet att uppfylla denna. Det finns alltså situationer där den tilltalade avkrävs en förklaring. I denna artikel diskuteras den omstridda förklaringsbördans innebörd och dess förenlighet med oskyldighetspresumtionen.

1 Inledning

Förklaringsbördan är inte reglerad i lag och nämns inte heller i förarbetena till rättegångsbalken. En relevant fråga är därför om det finns någon förklaringsbörda att tala om. HD använde sig dock av uttrycket,[2] till min vetskap, för första gången i NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”). Detta måste anses innebära att det, under vissa förutsättningar, finns en förklaringsbörda för den tilltalade. I 2013 års fall bekräftade HD att en förklaringsbörda har aktualiserats i tre tidigare avgöranden varav det tidigaste är från år 1984. Förklaringsbördans inträde i svensk straffprocess synes därför ha åtminstone drygt 30 år på nacken.

Det saknas en enhetlig definition av förklaringsbördan. I grova drag handlar det om att den tilltalade har att förklara en viss omständighet och att den tilltalades misslyckande med detta läggs denne till

[1] Författaren är verksam som biträdande jurist vid Mannheimer Swartling Advokatbyrå. Artikeln bygger på författarens examensarbete som lades fram vid Juridiska institutionen vid Stockholms universitet i maj 2017. Vid hänvisningar i denna artikel till examensarbetet avses detta arbete. Den intresserade kan ta del av examensarbetet via webbadressen http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1133518/FULLTEXT01.pdf. Författaren vill rikta ett stort tack till handledaren för examensarbetet, docent Anna Kaldal.

[2] Förklaringsbördans rättsliga status är inte fastslagen, dvs. om förklaringsbördan exempelvis kan betraktas som ett begrepp eller en princip. I den föreliggande framställningen används därför medvetet ordet ”uttryck”, vilket bedömts vara neutralt. I examensarbetet dras slutsatsen att förklaringsbördan närmast är att betrakta som en rättslig princip. I examensarbetet diskuteras även om förklaringsbördan är en sakfråga eller en rättsfråga. Den slutsats som dras är att förklaringsbördan bör anses vara en rättsfråga.

last i bevishänseende. Det är inte klarlagt av HD om den tilltalade kan misslyckas med att uppfylla förklaringsbördan både genom att vara tyst och genom att lämna icke trovärdiga förklaringar.[3] Det är även oklart om förklaringsbördan aktualiseras innan det har konstaterats att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda eller först därefter. En praktiskt viktig fråga är vidare vilka situationer som kan ge upphov till en förklaringsbörda.

Förklaringsbördan har ett starkt samband med oskyldighetspresumtionen. Oskyldighetspresumtionen är en grundläggande straffprocessuell princip och innebär en rätt för den anklagade att bli behandlad som oskyldig genom hela det straffprocessuella förfarandet fram till en eventuellt fällande och lagakraftvunnen dom. Denna artikel kommer därför i avsnitt 2 att inledas med en redogörelse och diskussion av praxis från Europadomstolen som kan sägas ha anknytning till förklaringsbördan.[4] I avsnitt 3 analyseras och diskuteras förklaringsbördan i svensk rätt. Därefter förs i avsnitt 4 en sammanfattande diskussion av förklaringsbördans innebörd och dess förenlighet med oskyldighetspresumtionen. I det sista avsnittet, avsnitt 5, framförs några avslutande synpunkter på det gällande rättsläget.

2 Praxis från Europadomstolen angående förklaringsbördan

Det kan sägas stå klart att den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR), sådan den tolkats av Europadomstolen, har företräde framför inhemsk lag. Detta har betydelse för förklaringsbördan. Av Europadomstolens praxis följer visserligen att bevisvärdering i allmänhet är en fråga för de nationella domstolarna. Europadomstolen finns dock som en yttersta garant för att tillförsäkra rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i EKMR.[5] Oskyldighetspresumtionen är en del av rätten till en rättvis rättegång och slås fast i artikel 6 (2) i EKMR. Två aspekter av oskyldighetspresumtionen är av särskild betydelse för förklaringsbördans vidkommande, dels principen om att åklagaren har bevisbördan, dels rätten till tystnad.

I det betydelsefulla rättsfallet John Murray mot Storbritannien[6] (fallet John Murray) konstaterade Europadomstolen att den tilltalades rätt till tystnad är en del av kärnan i rätten till en rättvis rättegång. Rätten till tystnad ansågs trots det inte vara absolut. I situationer som uppenbarligen kräver en förklaring, och då den tilltalade borde kunna lämna en sådan, kan den tilltalades tystnad tillmätas betydelse. En förutsättning för tystnadens bevisverkan ansågs vara att bevisningen mot den tilltalade är tillräckligt stark. Europadomstolen uttalade härvid att det är först när bevisningen mot den tilltalade påkallar en

[3] ”Icke trovärdiga förklaringar” ska här förstås i vid mening, vilket innebär att exempelvis medvetet felaktiga uppgifter innefattas.
[4] Uttrycket ”förklaringsbörda” förekommer inte i Europadomstolens praxis.
[5] Se exempelvis Telfner mot Österrike, dom den 20 mars 2001, p. 15 i domen.
[6] Dom den 8 februari 1996.

förklaring som misslyckandet att ge en sådan kan tillåta slutsatsen att det inte finns någon förklaring och att den tilltalade därför är skyldig. Slutsatsen ska vara förenlig med sunt förnuft. Detta uttalande kan enligt min uppfattning beskrivas enligt följande. När åklagarens bevisning är tillräckligt stark för att kräva en förklaring av den tilltalade, är det också förenligt med det sunda förnuftet att dra slutsatsen att den tilltalade är skyldig om denne inte lämnar en förklaring.[7] Europadomstolen anförde vidare att huruvida det kränker artikel 6 i EKMR att dra för den tilltalade ofördelaktiga slutsatser av dennes tystnad måste bedömas med hänsyn till samtliga omständigheter i målet. Domstolen uttalade att särskild hänsyn ska tas till de situationer i vilka dessa slutsatser får dras, vilken vikt som fästs vid slutsatserna vid värderingen av bevisningen samt graden av tvång som har förekommit.

Om en tilltalad, som varit tyst under polisförhör, väljer att yttra sig under huvudförhandlingen kan det åligga den tilltalade att presentera en trovärdig förklaring till den tidigare tystnaden för att inte denna ska få tillmätas betydelse. Detta framgår av rättsfallen Condron mot Storbritannien[8] (fallet Condron) och Averill mot Storbritannien[9] (fallet Averill). För det fall den tilltalade lämnar en trovärdig förklaring till sin tidigare tystnad bör situationen vara återställd till utgångsläget, dvs. den tilltalade ges en ny möjlighet att lämna en förklaring till det förhållande som påkallade detta redan under polisförhören.

Europadomstolen har uppställt krav på att det ska finnas lämpliga s.k. säkerhetsgarantier för att den tilltalades tystnad ska få beaktas.[10] Säkerhetsgarantier kan förklaras som olika typer av legala eller processuella förutsättningar. Vilka säkerhetsgarantier som ska föreligga synes i stort sett kunna vara föremål för variation. Bl.a. är tillgång till advokat under polisförhör en viktig aspekt vid besvarandet av frågan om det varit tillåtet att bevisvärdera den tilltalades tystnad mot denne.[11] Det faktum att den tilltalade inledningsvis inte haft tillgång till advokat är dock inte av avgörande betydelse för frågan om tystnaden får tillmätas betydelse.[12] Vissa säkerhetsgarantier måste dock anses vara av obligatorisk natur. Som exempel på sådana säkerhetsgarantier kan nämnas att den tilltalades tystnad inte får vara det enda eller huvudsakliga beviset för den tilltalades skuld, att den tilltalade inte får tvingas att uttala sig samt att åklagaren har bevisbördan.[13]

[7] Jfr dock Nowak, *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003, s. 202. Nowak synes vara av uppfattningen att det alltid måste göras en särskild prövning i förhållande till det sunda förnuftet.
[8] Dom den 2 maj 2000.
[9] Dom den 6 juni 2000.
[10] Se exempelvis Condron mot Storbritannien, p. 61 i domen.
[11] Se exempelvis Condron mot Storbritannien, p. 60 i domen.
[12] Se exempelvis John Murray mot Storbritannien, p. 56 i domen och Averill mot Storbritannien, p. 49 i domen.
[13] Se exempelvis John Murray mot Storbritannien, p. 47, 48, 50 och p. 54 i domen.

Europadomstolens avgörande i rättsfallet Krumpholz mot Österrike[14] (fallet Krumpholz) talar även för att bevisvärdering av den tilltalades tystnad förutsätter att det föreligger ett s.k. prima facie-mål. I det målet uttalade nämligen Europadomstolen att genom att den tilltalade avkrävts en förklaring trots att det inte förelåg ett övertygande prima facie-mål mot honom, hade åklagarens bevisbörda på ett oacceptabelt sätt övergått till den tilltalade. Ett visst problem i detta sammanhang är att begreppet prima facie inte definieras av Europadomstolen. En rimlig utgångspunkt är dock att begreppet ska användas på samma sätt som domstolen gjorde i fallet John Murray, där ett krav på prima facie-mål uppställdes av de nationella bestämmelserna.[15] I det målet avsågs med prima facie-mål ett mål bestående av direkt bevisning som, om bevisningen bedömdes vara trovärdig, skulle kunna leda till att en korrekt instruerad jury fann den tilltalades skuld ställd bortom rimligt tvivel.

Innebörden av ett prima facie-mål är något oklar, även om det står klart att det är ett mål bestående i mycket stark bevisning mot den tilltalade. I ett annat sammanhang har angetts att ett prima facie-mål föreligger när det finns bevisning som, om det inte motsägs av den tilltalade, är tillräcklig för en fällande dom.[16] En möjlig tolkning av prima facie-mål bör därför vara att detta är likvärdigt med att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda.

Ett annat synsätt på prima facie-målets innebörd är att åklagaren förvisso har förebringat bevisning till styrkande av samtliga delar av gärningspåståendet. Som ett led i bevisvärderingen av huruvida denna bevisning också ska anses tillräckligt stark för att uppnå beviskravet beaktas den tilltalades tystnad. Tystnaden kan därmed påverka bevisvärdet av ett visst bevis och göra bevisvärdet starkare än vad det hade varit om den tilltalades tystnad inte hade beaktats. Tystnaden skulle i sådana fall tillmätas betydelse redan innan det kan konstateras att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda. Eftersom det således inte är fråga om en lucka i bevisningen som så att säga ”fylls ut” av den tilltalades tystnad, är det också tydligt att det inte förekommer någon skiftning av bevisbördan utan att denna hela tiden ligger kvar på åklagaren.

Den sistnämnda tolkningen av prima facie-mål stöds av vissa uttalanden från Europadomstolen. I fallet John Murray anförde Europadomstolen att tystnaden kan tas i beaktande vid bedömningen av hur övertygande åklagarens bevisning är, dvs. vid bevisvärderingen av

[14] Dom den 18 mars 2010.

[15] I det fallet synes Europadomstolen inte ha tagit ställning för att ett prima facie-mål är en förutsättning för att kunna använda den tilltalades tystnad som bevis mot denne.

[16] Tochilovsky, *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Nederländerna, 2008, s. 51. Även Nordh synes dela denna uppfattning, se Nordh, *Praktisk process VIII, Bevisrätt C: Bevisvärdering*, Iustus, Uppsala, 2013, s. 54.

åklagarens bevisning. En sådan formulering ger intryck av att tystnaden tillmäts betydelse redan innan det kan konstateras att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda. Det bör i regel saknas anledning att därefter fortsätta värdera åklagarens bevisning. I fallet Averill uttalade Europadomstolen att tystnaden endast var en av de faktorer som bidrog till att åtalet ansågs styrkt bortom rimligt tvivel. Även detta ger stöd för tolkningen att tystnaden vägdes in i bevisvärderingen redan innan åklagaren hade uppfyllt sin bevisbörda. Tystnaden beaktades alltså som ytterligare en omständighet, bland alla andra, som pekade på skuld.

Det ska uppmärksammas att när det i den fortsatta framställningen diskuteras om åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda avses följande situation. Tillräcklig bevisning föreligger för att fälla den tilltalade till ansvar för det åtalade brottet, såvida inte den tilltalade motbevisar det som läggs denne till last eller på annat sätt reducerar värdet av åklagarens bevisning så att beviskravet inte längre är uppnått.[17]

Avslutningsvis ska nämnas att frågan om tystnadens bevisverkan kan uppkomma såväl i situationer där den påstådda brottsligheten är av särskilt allvarligt slag[18] som vid lindrigare påstådd brottslighet.[19]

3 Förklaringsbördan i svensk rätt

3.1 Rättsliga utgångspunkter

Innan Sverige anslöt sig till EKMR saknades det i svensk rätt någon uttrycklig rättighet för den tilltalade att vara passiv under det straffrättsliga förfarandet.[20] Tvärtom utgår svensk rätt från att den tilltalades passivitet kan tillmätas bevisvärde, vilket framgår av 35 kap. 4 § RB. Bestämmelsen föreskriver bl.a. att om en part underlåter att besvara en framställd fråga ska domstolen pröva vilken bevisverkan detta ska få. Genom Europadomstolens praxis står det dock klart att en ordagrann tolkning av 35 kap. 4 § RB inte är möjlig. En sådan tolkning har heller inte förutsatts i förarbetena.[21] Europadomstolens praxis måste under alla omständigheter ytterligare anses ha begränsat möjligheterna för domstolen att med stöd av bestämmelsen tillmäta den tilltalades tystnad bevisverkan.[22] Detta gäller exempelvis genom de krav som uppställts vad gäller stark bevisning och andra typer av säkerhetsgarantier.

[17] Se resonemangen i NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”), p. 23 i domen, och HD:s två domar den 13 april 2017 i mål nr B 4648-16, p. 10 i domen, respektive B 4663-16, p. 7 i domen.
[18] Se exempelvis John Murray mot Storbritannien, angående bl.a. medhjälp till olaga frihetsberövande.
[19] Se exempelvis Krumpholz mot Österrike, angående hastighetsöverträdelse.
[20] Nowak, *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003, s. 415.
[21] Se SOU 1938:44 s. 381 f. och NJA II 1943 s. 448 f.
[22] Se även SOU 2017:17 s. 134.

3.2 Relevanta avgöranden från Högsta domstolen

Det finns, åtminstone till min vetskap, endast fyra rättsfall från HD där det kan sägas att en förklaringsbörda har aktualiserats. Dessa är NJA 1984 s. 520 (”Målet om vårdslös skatteuppgift”), NJA 2001 s. 551 (”Privatinförselmålet”), NJA 2001 s. 570 (”Opiummålet”) och NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”). I de tre förstnämnda målen nämns förvisso inte uttrycket förklaringsbörda i HD:s domskäl, men HD bekräftade i 2013 års fall att det i dessa fall aktualiserats en förklaringsbörda. Ytterligare ett rättsfall av betydelse för förklaringsbördan är NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”). HD diskuterar i sina domskäl bevisvärdering av den tilltalades tystnad och dennes felaktiga uppgifter, två viktiga frågor för förklaringsbördan. Även i HD:s två domar den 13 april 2017 i mål nr B 4648-16 respektive B 4663-16 har HD uttalat sig om felaktiga uppgifters betydelse i bevishänseende. Dessa rättsfall är därför också viktiga för en analys av förklaringsbördan.[23]

3.3 Förklaringsbördan uppstår i förhållande till påståenden från åklagaren

Det måste anses relativt okontroversiellt att påstå att förklaringsbördan handlar om att den tilltalade har att förklara en viss bevisomständighet som åklagaren åberopat och att den tilltalades misslyckande med detta läggs denne till last i bevishänseende. Det kan nämligen konstateras att gemensamt för samtliga av de HD-avgöranden där en förklaringsbörda har aktualiserats är att så har skett i förhållande till påståenden från åklagarsidan. I vissa delar av doktrinen finns dock även företrädare för uppfattningen att förklaringsbördan uppstår i förhållande till avvikelser mellan en utsaga som den tilltalade lämnat i polisförhör respektive huvudförhandling. Den tilltalade anses då behöva lämna en godtagbar förklaring till denna avvikelse och om så inte görs kan detta enligt 35 kap. 4 § RB få bevisverkan.[24] Även i underrättspraxis synes det som om denna typ av avvikelse har ansetts vara relevant för förklaringsbördan.[25] Det finns inte något uttryckligt stöd för detta i HD:s avgöranden. Av HD:s praxis och doktrin följer i stället att det s.k. konstanskriteriet, att en berättelse inte ändras under utredningens gång, har att göra med värderingen av utsagan. Finns det godtagbara förklaringar till en eventuell avvikelse är det inte säkert att bevisvärdet av utsagan påverkas negativt.[26]

[23] För en utförlig redogörelse och analys av dessa rättsfall hänvisas till examensarbetet.

[24] Se Lundqvist, *Om prövningen av åtal för brott förövat av flera gärningsmän*, Iustus, Uppsala, 2010, s. 31 och Zeidner, *Tilltalads uppgift i visst fall*, SvJT 1994 s. 473. Även Schelin använder sig av uttrycket förklaringsbörda i förhållande till avvikelser men synes inte mena att detta får negativ bevisverkan, utan att det snarare handlar om en trovärdighetsfråga, se Schelin, *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007, s. 100 och s. 248.

[25] Se exempelvis Hovrätten för Västra Sveriges dom den 24 januari 2014 i mål nr B 5232-13. Se även Fitger m.fl., Rättegångsbalken (maj 2017, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 1 § RB, underrubrik ”Allmänt om bevisvärdering”.

[26] Se exempelvis NJA 1980 s. 725, NJA 1992 s. 446, NJA 2010 s. 671, p. 8 i domen, Diesen, *Bevisprövning i brottmål*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, s. 106 och

3.4 Förklaringsbördan inbegriper både tystnad och icke trovärdiga förklaringar

En viktig fråga är om förklaringsbördan omfattar både den tilltalades tystnad och dennes icke trovärdiga förklaringar. Att så är fallet är enligt min uppfattning den härskande uppfattningen i underrättspraxis.[27] I doktrinen synes det som om det i vissa fall görs skillnad mellan dessa situationer. Av HD:s avgöranden står det klart att åtminstone tystnaden inbegrips i förklaringsbördan. Härvid kan exempelvis pekas på NJA 1984 s. 520 (”Målet om vårdslös skatteuppgift”). I det målet hade den tilltalade underlåtit att ge en förklaring till omständigheten att ett visst belopp upptagits på en slagremsa för ingående mervärdesskatt, men för vilket underlag inte hade påträffats vid revisionen.

HD:s avgörande i NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”) ger ett starkt stöd för uppfattningen att förklaringsbördan, utöver tystnaden, även inbegriper den tilltalades icke trovärdiga förklaringar. Bakgrunden till resningsärendet var att den tilltalade frikänts både i tingsrätten och hovrätten från anklagelserna om mord på en person vars kropp vid tidpunkten för dessa prövningar ännu inte återfunnits. Hovrättens dom vann laga kraft. Sedan kroppen påträffats ansökte åklagaren om resning till men för den tilltalade, vilket beviljades. HD uttalade i nu relevant avseende att den tilltalade inte bara undvikit att lämna en förklaring till den döda personens försvinnande utan också lämnat uppgifter om sina egna förehavanden i sammanhanget som inte varit sanna. Huruvida den tilltalade skulle ha dömts enligt åtalet om den nya bevisningen hade funnits tillgänglig vid hovrättens prövning fick enligt HD:s uppfattning i hög grad anses bero på om den tilltalade kunde lämna en rimlig förklaring till de åtgärder som han vidtagit. Uttalandet ger enligt min mening intryck av att de båda situationerna, tystnad och icke trovärdiga förklaringar, likställs.

NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”) talar i samma riktning som NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”), dvs. att tystnad och icke trovärdiga förklaringar ska beaktas på samma sätt. HD gjorde i sina domskäl vissa allmänna uttalanden om bevisning. HD uttalade bl.a. att den tilltalade har en rätt att vara tyst. Endast i situationer som uppenbarligen kräver en förklaring kan den tilltalades tystnad tillmätas betydelse. HD anförde vidare att den tilltalade i princip inte heller ska ha någon nackdel av att lämnade uppgifter visar sig vara felaktiga. HD tydliggör således i 2015 års fall att utgångspunkten är att varken den tilltalades tystnad eller dennes felaktiga uppgifter har betydelse i bevishänseende. Det står dock klart att dessa utgångspunkter inte är undantags-

Ekelöf, Edelstam & Heuman, *Rättegång: Fjärde häftet*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2009, s. 54. Se dock HD:s domar den 13 april 2017 i mål nr B 4648-16, p. 13 i domen, och B 4663-18, p. 10 i domen, om att det saknas stöd för att konstansbrister är ett kriterium på bristande tillförlitlighet.

[27] Se exempelvis Göta hovrätts dom den 2 december 2011 i mål nr B 2572-11.

lösa. Vad gäller tystnaden sägs detta uttryckligen. Beträffande felaktiga uppgifter får detta anses följa indirekt genom att HD uttalade att den tilltalade ”i princip” inte ska ha nackdel av att ha lämnat felaktiga uppgifter.[28] Därmed öppnas det upp för att en sådan nackdel inträder i vissa fall. HD synes inte göra skillnad på den tilltalades tystnad och den tilltalades felaktiga uppgifter i bevishänseende. HD avslutar nämligen sitt resonemang med att hänvisa till praxis från Europadomstolen, fallen John Murray och Krumpholz, som handlar om bevisvärdering av tystnad.[29] Om HD hade ansett att denna praxis endast är relevant för den frågan, hade det varit lämpligare att göra hänvisningen omedelbart efter uttalandet om bevisvärdering av tystnad. Detta får också anses innebära att det inte endast är tystnaden som kan beaktas i situationer som ”uppenbarligen kräver en förklaring” utan även den tilltalades felaktiga uppgifter. Det är nämligen svårt att finna skäl till varför tystnaden och felaktiga uppgifter skulle anses få betydelse i olika typer av situationer. Att HD endast uttalade sig om tystnaden i detta avseende är troligen en följd av att HD återgav ett uttalande från Europadomstolen.

3.5 Olika typer av förklaringsbördor

Enligt min mening kan det identifieras två huvudsakliga typer av förklaringsbördor i såväl doktrin som rättspraxis. Skillnaden består i om förklaringsbördan aktualiseras innan eller efter att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda. Det framstår som uppenbart att förklaringsbördan i underrätterna har tillämpats på båda dessa, motstridiga, sätt.[30] En därtill sammankopplad fråga är om förekomsten av en förklaringsbörda påverkar domstolens uppgift att uppställa alternativa hypoteser, för det fall sådana är relevanta för den tillämpade bevisprövningsmetoden.

Den första typen av förklaringsbörda aktualiseras när åklagaren har förebringat bevisning om ett visst förhållande. Åklagarens bevisning gör det kanske mer än sannolikt, men inte ställt utom rimligt tvivel, att den tilltalade ska dömas för det åtalade brottet. Den otillräckliga styrkan av bevisningen kan då så att säga fyllas ut genom att ett visst bevisvärde tillmäts det faktum att den tilltalade inte har uppfyllt sin förklaringsbörda. Det är således inte fråga om att detta misslyckande ”täpper till hål” i åklagarens bevisning på så sätt att åklagaren inte alls har presenterat bevisning om exempelvis gärningsmannaskap och att denna brist på bevisning läks genom den tilltalades agerande. Det är

[28] HD återkommer till betydelsen av att den tilltalade lämnat medvetet felaktiga uppgifter i HD:s domar den 13 april 2017 i mål nr B 4648-16, p. 10 i domen, respektive B 4663-16, p. 7 i domen.

[29] Se även Svea hovrätts dom den 8 september 2016 i mål nr B 32-16 där domstolen förefaller ha tolkat HD:s uttalanden som att både den tilltalades tystnad och dennes felaktiga uppgifter inbegrips i förklaringsbördan.

[30] Se exempelvis Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 9 februari 2012 i mål nr B 3440-11 och Kristianstads tingsrätts dom den 18 december 2012 i mål nr B 532-12.

dock inte säkert att åklagarens bevisning är beroende av att den tilltalade misslyckas med att förklara sig på ett godtagbart sätt för att åtalet ska kunna anses styrkt. Tänkbart är nämligen att den tilltalades misslyckande i detta avseende endast vägs in som ytterligare ett besvärande element för den tilltalade i den sammanvägda bevisvärderingen av åklagarens bevisning.

Den här typen av förklaringsbörda kan illustrera vilken betydelse det har om endast tystnaden och inte icke trovärdiga förklaringar inbegrips i förklaringsbördan. Om endast tystnaden inbegrips tjänar den tilltalade på att ljuga ihop en historia i stället för att vara tyst. Detta eftersom tystnaden riskerar leda till att åklagarens bevisning anses tillräckligt stark för att styrka åtalet. De icke trovärdiga förklaringarna får inte denna effekt eftersom de endast betraktas som misslyckad motbevisning utan bevisvärde för åklagarens gärningspåstående.[31]

Den andra typen av förklaringsbörda uppstår när åklagarens bevisning i sig styrker åtalet. Ett misslyckande med att uppfylla förklaringsbördan ändrar därför inte domstolens uppfattning om den tilltalades skuld. En sådan förklaringsbörda kan anses vara liktydig med den s.k. falska bevisbördan. Den falska bevisbördan uppstår när åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda och den tilltalade måste då lämna en sannolik, friande förklaring för att inte fällas till ansvar.[32] Den falska bevisbördan kan inte sägas vara kontroversiell eftersom den äkta bevisbördan hela tiden ligger på åklagaren. Det kan ifrågasättas vilken betydelse den här typen av förklaringsbörda får, i synnerhet om domstolens uppgift att utreda alternativa hypoteser ex officio kvarstår. Situationen kan nämligen svårligen anses skilja sig från den som vanligen bör vara fallet då den tilltalade underlåtit att presentera motbevisning eller misslyckats i detta avseende. Det kan hävdas att utrymmet för alternativa förklaringar även under normala omständigheter, dvs. utan att en förklaringsbörda aktualiserats, minskar om inte den tilltalade själv agerar till sitt försvar.[33] Det är då tveksamt om förklaringsbördan har ett reellt innehåll.

I HD:s praxis finns stöd för båda typerna av förklaringsbördor. Se exempelvis NJA 1984 s. 520 (”Målet om vårdslös skatteuppgift”). Som nämnts ovan konstaterade HD i det målet att en förklaring till ett visst förhållande inte hade lämnats. Det fick därför enligt HD:s mening anses styrkt att deklarationen var felaktig i vart fall till den del den grundades på ett visst angivet belopp. HD uttrycker sig på ett sätt i 1984 års fall som enligt min uppfattning kan tolkas som om den tilltalades tystnad var avgörande för att bevisningen skulle anses vara tillräckligt stark för att bevisa brottet. I enlighet med detta synsätt kan det uppfattas som om förklaringsbördan aktualiseras innan åklagaren

[31] Se Ekelöf, Edelstam, & Heuman, *Rättegång: Fjärde häftet*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2009, s. 209.
[32] Diesen, *Bevisprövning i brottmål*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, s. 133 f.
[33] A.a., s. 131 ff.

har fullgjort sin bevisbörda. Det kan dock inte uteslutas att HD:s formulering innebär att HD var av åsikten att värdet av åklagarens bevisning, som i sig redan uppnått beviskravet, inte utsattes för någon reducerande påverkan.

Inte heller i NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”) klargjorde HD om förklaringsbördan aktualiseras innan eller efter det att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda. HD återgav i 2013 års fall Europadomstolens uttalande i fallet John Murray om att den tilltalades tystnad i vissa fall kan beaktas vid värderingen av åklagarens bevisning. Som konstaterats ovan i avsnitt 2 ger en sådan formulering intryck av att tystnaden tas i beaktande redan innan åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda. Av betydelse är också att HD diskuterade förklaringsbördan i samband med frågan om utrymmet för alternativa händelseförlopp. Detta ger, tvärtom vad som nu sagts, intrycket av att förklaringsbördan aktualiseras först efter det att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda. Det bör nämligen sällan finnas skäl att diskutera frågan om alternativa hypoteser dessförinnan.[34] Det är därför svårt att dra några säkra slutsatser om i vilket skede som HD ansåg att förklaringsbördan aktualiserades.

Det ska vidare påpekas att HD i 2013 års fall uttalade att den tilltalade i vissa fall ålagts en förklaringsbörda och fällts till ansvar när denne inte uppfyllt denna. Det ligger därför nära till hands att anta att utgången blir den motsatta om den tilltalade lyckas med att uppfylla sin förklaringsbörda. Detta gäller åtminstone om inte den tilltalades förklaring motbevisas av åklagaren.

En utgångspunkt för analysen av 2013 års fall är att HD måste ha avsett att förklaringsbördan ska leda till vissa konsekvenser. En sådan konsekvens kan vara att värdet av åklagarens bevisning anses tillräckligt stark för att styrka åtalet i situationer då den tilltalade misslyckats med att uppfylla sin förklaringsbörda. I det förevarande fallet kan det då sägas ha varit onödigt att ålägga den tilltalade en förklaringsbörda. Hovrätten, som återupptog målet till prövning efter att resning till men för den tilltalade hade beviljats, fann nämligen bevisningen tillräckligt stark även utan att laborera med en förklaringsbörda.[35] Detta ger intryck av att åklagarens bevisning, för att kunna uppnå beviskravet, inte nödvändigtvis är beroende av den tilltalades misslyckande med att uppfylla förklaringsbördan. Om förklaringsbördan i stället aktualiseras först efter det att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda, är en rimlig slutsats att detta misslyckande får till effekt att den tilltalade omedelbart fälls till ansvar. Förklaringsbördans betydelse ska i sådana fall ses i förhållande till utrymmet för alternativa hypoteser, vilket elimineras när en förklaringsbörda har aktualiserats. Även om förklaringsbördan är av det första slaget får det av 2013 års fall anses stå klart att förklaringsbördan har betydelse för de alternativa hypoteserna. Det kan inte med säkerhet sägas att dessa utesluts, men åt-

[34] Se a.a., s. 228 ff. och Ekelöf, Edelstam & Heuman, *Rättegång: Fjärde häftet*, s. 153 f.
[35] Hovrätten över Västra Sveriges dom den 14 mars 2014 i mål nr B 4677-13.

minstone minskar dem. Det ska noteras att inte i något av de rättsfall som HD hänvisar till i domen[36] förde domstolen ett resonemang om alternativa hypoteser. Det kan dock i och för sig inte uteslutas att sådana överväganden har gjorts men inte uttryckligen har redovisats för.

Tydligare besked vad gäller frågan om förklaringsbördan aktualiseras innan eller efter det att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda lämnas i NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”). I det målet redovisade HD en tänkbar bevisprövningsmetod som kortfattat innebär att den tilltalades berättelse inte beaktas förrän beviskravet är uppnått. HD uppehåller sig i 2015 års fall särskilt vid bevisvärdet av den tilltalades tystnad och felaktiga uppgifter. Detta kan tolkas som om HD menade att det i vissa fall finns skäl att göra avsteg från den redovisade bevisprövningsmetoden. Ledning för tolkningen av det föreliggande rättsfallet kan även hämtas från de rättsfall från Europadomstolen som HD hänvisade till, nämligen fallen John Murray och Krumpholz. Därmed får HD anses ha godtagit vad Europadomstolen fastslagit i dessa mål om förutsättningarna för att tillmäta den tilltalades tystnad betydelse. Exempelvis kan HD anses ha tagit ställning för att det måste finnas mycket stark bevisning mot den tilltalade och att det ska föreligga ett s.k. prima facie-mål.

HD:s domar den 13 april 2017 i mål nr B 4648-16 respektive B 4663-16 måste anses bekräfta uppfattningen att en förklaringsbörda kan aktualiseras innan åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda. Även i dessa fall, liksom i NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”), uttalas att en lämplig bevisprövningsmetod är att först bedöma den bevisning som åberopats till stöd för gärningspåståendet. Det förhållandet att den tilltalade kan konstateras i något avseende ha lämnat medvetet felaktiga uppgifter kan enligt HD i princip inte tillmätas betydelse som bevisning till stöd för att åklagarens påstående är riktigt. Först om åklagarens bevisning är tillräcklig ska den tilltalades berättelse och bevisningen som stöder denna värderas som motbevisning till det som lagts denne till last. HD:s uttalande i 2017 års fall om att den tilltalades medvetet felaktiga uppgifter ”i princip” inte kan tillmätas värde som bevisning till stöd för att åklagarens påstående är riktigt ger stöd för tolkningen att det i vissa fall är möjligt.

3.6 Tillämpningsområde

Det faktum att förklaringsbördan inte är en huvudregel tydliggörs bl.a. genom att HD i NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”) uttalade att en förklaringsbörda aktualiserats i ”vissa” fall. Vilka situationer som kan ge upphov till en förklaringsbörda är dock inte helt klarlagt. I doktrinen har det gjorts vissa ansatser att konkretisera på vilket sätt förklaringsbördans tillämpningsområde är begränsat. Av HD:s praxis följer att förklaringsbördans tillämpningsområde inte kan sägas vara

[36] NJA 1984 s. 520 (”Målet om vårdslös skatteuppgift”), NJA 2001 s. 551 (”Privatinförselmålet”) och NJA 2001 s. 570 (”Opiummålet”).

förbehållet en viss typ av mål. Således har förklaringsbördan aktualiserats i mål om vårdslös skatteuppgift,[37] narkotikabrott,[38] brott mot privatinförsellagen[39] samt mord.[40] HD uttalade i NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”) att det endast är i situationer som ”uppenbarligen” kräver en förklaring som den tilltalades tystnad kan beaktas. I enlighet med vad som konstaterats ovan i avsnitt 3.4 bör detta även omfatta den tilltalades icke trovärdiga förklaringar. Ordet ”uppenbarligen” bör enligt min mening tolkas som om det måste föreligga mycket besvärande bevisomständigheter som talar för den tilltalades skuld. Som exempel kan tänkas en situation då en person blivit påkommen med en större mängd narkotika på sig eller att en person påträffats på mordplatsen i direkt anslutning till att mordet har skett.

Om det finns något mer i övrigt, eller åtminstone mer konkret, som skiljer ett fall där en förklaringsbörda kan aktualiseras från ett fall där detta inte är möjligt ger HD:s praxis inte svar på. Det kan givetvis diskuteras om det är möjligt att på ett tydligare sätt avgränsa förklaringsbördans tillämpningsområde. Utrymme måste alltid finnas för att i det enskilda fallet avgöra om omständigheterna är sådana att en förklaringsbörda bör aktualiseras. En risk är dock om det i flertalet brottmål kan anses finnas så pass besvärande omständigheter att den tilltalade enligt kriteriet ”uppenbarligen” bör kunna åläggas en förklaringsbörda. I sådana fall får förklaringsbördan nämligen inte karaktären av ett undantag, vilket kan vara svårt att acceptera mot bakgrund av att den tilltalade som huvudregel inte har några förpliktelser i straffprocessen.

4 Sammanfattande diskussion

4.1 Inledning

Vid en diskussion om förklaringsbörda är det viktigt att ha en av de viktigaste utgångspunkterna i straffprocessen klar för sig. Den tilltalade har enligt oskyldighetspresumtionen i artikel 6 (2) i EKMR en rätt att vara fullständigt passiv och behöver inte bidra till brottets utredande. Under normala omständigheter behöver därför den tilltalade inte förklara någonting. En relevant fråga är då om det överhuvudtaget finns en förklaringsbörda i svensk straffprocess. Utifrån HD:s praxis, och då särskilt NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”) där HD använde sig av uttrycket, måste slutsatsen dras att så är fallet. En intressant iakttagelse är dock att HD inte använde sig av uttrycket förklaringsbörda varken i NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”) eller i domarna den 13 april 2017 i mål nr B 4648-16 respektive B 4663-16. Det framstår därför som om HD hyser en viss tvekan till att laborera med uttrycket förklaringsbörda.

[37] NJA 1984 s. 520 (”Målet om vårdslös skatteuppgift”).
[38] NJA 2001 s. 570 (”Opiummålet”).
[39] NJA 2001 s. 551 (”Privatinförselmålet”).
[40] NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”).

I det följande ska en sammanfattande diskussion föras om förklaringsbördans innebörd. De slutsatser som dras ska sättas i relation till oskyldighetspresumtionen såsom den tolkats av Europadomstolen. På detta sätt ska förklaringsbördans innebörd och dess förenlighet med oskyldighetspresumtionen söka fastställas.

4.2 Förklaringsbördans definition

Som visats i avsnitt 3.3 framgår det av HD:s praxis att förklaringsbördan innebär att den tilltalade ska presentera en förklaring över ett förhållande som åklagaren har åberopat i sin bevisning, vid äventyr att i annat fall drabbas av negativa konsekvenser i bevishänseende. I delar av doktrinen har framhållits att en förutsättning för detta är att den tilltalade rimligen borde ha kunnat besvara frågan.[41] Detta krav på rimlighet har inte uttryckligen bekräftats av HD. Det motsatta förhållandet, att den tilltalade avkrävs en förklaring som denne inte rimligen kan känna till, skulle dock innebära en nära nog omöjlig uppgift för den tilltalade. Det måste därför anses odiskutabelt att kravet på rimlighet gäller. Exempelvis kan det anses rimligt att begära att den tilltalade förklarar varför denne har ett mordoffers blod på sina händer, medan det kanske inte är rimligt att begära att den tilltalade förklarar ett tekniskt invecklat förhållande. HD kan även indirekt anses ha tagit ställning för detta krav på rimlighet i både NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”) och NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”). I dessa mål hänvisades det till Europadomstolens avgörande i fallet John Murray där Europadomstolen uttryckte sig på ett sådant sätt. Av HD:s praxis följer vidare att förklaringsbördan inbegriper den situationen att den tilltalade är tyst. Detta står i överensstämmelse med 35 kap. 4 § RB och bestämmelsens förarbeten. Vad som nu har sagts är i sig förenligt med oskyldighetspresumtionen. Europadomstolen har accepterat att den tilltalade i vissa situationer avkrävs en förklaring och att den tilltalades underlåtenhet i detta avseende läggs denne till last i bevishänseende.

Ytterligare en fråga är om det görs skillnad på den situationen att den tilltalade genomgående vägrar att svara på frågor jämfört med att den tilltalade underlåter att svara på en specifik fråga. Det finns i doktrinen, med utgångspunkt i RH 2008:54, företrädare för uppfattningen att det endast är den sistnämnda situationen som bör tillmätas betydelse.[42] Ett sådant synsätt grundar sig förmodligen på ett antagande om att det är mer misstänksamt att den tilltalade underlåter att svara på en specifik fråga än om den tilltalades förhållningssätt i processen konsekvent har utmärkts av att denne varit passiv. Det finns dock inte något uttryckligt stöd för den uppfattningen i HD:s avgöranden och inte heller Europadomstolen har gjort åtskillnad mellan

[41] Se Ekelöf, Edelstam & Heuman, *Rättegång: Fjärde häftet*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2009, s. 34.
[42] A.a., s. 34.

dessa situationer. Enligt min mening kan det även ifrågasättas varför en sådan åtskillnad skulle vara motiverad. Det hade nämligen fått till konsekvens att den tilltalade drar nackdel av att denne tidigare i processen avstått från sin rätt till tystnad.

Som framgått av redogörelsen i avsnitt 3.4 kan konstateras att det finns ett starkt stöd för att förklaringsbördan, utöver den tilltalades tystnad, även inbegriper dennes icke trovärdiga förklaringar. Detta är förenligt med 35 kap. 1 § RB som föreskriver principen om fri bevisvärdering. I ovan nämnd praxis från Europadomstolen behandlas inte frågan om bevisverkan av att den tilltalade har lämnat icke trovärdiga förklaringar. Inte heller i den diskussion som förts i litteraturen om oskyldighetspresumtionen har frågan berörts. Det får därför anses vara något oklart om det är förenligt med oskyldighetspresumtionen att även den tilltalades icke trovärdiga förklaringar inbegrips i förklaringsbördan. Som framgått i avsnitt 2 har dock Europadomstolen sällan skäl att ifrågasätta den nationella domstolens bevisvärdering. Det faktum att svensk domstol bevisvärderar den tilltalades tystnad och dennes icke trovärdiga förklaringar på ett i allt väsentligen likartat sätt bör därför inte vålla några bekymmer ur konventionssynpunkt. En viktig aspekt är därför att de skyddshänsyn som enligt Europadomstolens mening gör sig gällande vid bevisvärdering av den tilltalades tystnad rimligen bör vara aktuella även när det gäller bevisvärdering av den tilltalades icke trovärdiga förklaringar. I annat fall skulle den tilltalade av taktiska skäl kunna välja att vara tyst. Det som i fortsättningen sägs om bevisvärdering av tystnad i samband med Europadomstolens uttalanden gäller därför även icke trovärdiga förklaringar.

Det ska vidare konstateras att Europadomstolen har slagit fast att om den tilltalade varit tyst under polisförhör, men yttrat sig under huvudförhandlingen, kan det åligga den tilltalade att presentera en trovärdig förklaring till sin tidigare tystnad. Om en trovärdig förklaring inte lämnas kan den tidigare tystnaden beaktas till den tilltalades nackdel i bevisvärderingen. Även i ett sådant sammanhang, som alltså inte varit uppe för prövning av HD, är det därför möjligt att en förklaringsbörda är tillåten. Detta bör därmed innebära att även om den tilltalade lämnat icke trovärdiga förklaringar under polisförhör, som denne under huvudförhandlingen avviker från, bör det i vissa fall kunna krävas att den tilltalade förklarar sig. Detta har likheter med vad som i avsnitt 3.3 nämndes om avvikelser mellan en utsaga under polisförhör och under huvudförhandlingen. I det avsnittet framgick att det inom doktrinen finns företrädare för uppfattningen att det kan åligga den tilltalade att på ett godtagbart sätt förklara avvikelsen för att den tilltalade inte ska drabbas av negativa konsekvenser i bevishänseende. Som jag uppfattar det är dock nyansskillnaden den att Europadomstolen inte har tillmätt själva misslyckandet att förklara avvikelsen betydelse, utan den tidigare tystnaden.

Förklaringsbördans definition enligt svensk rätt får sammanfattningsvis anses vara att den tilltalades underlåtenhet att lämna en förklaring, eller misslyckandet att lämna en rimlig sådan, över bevisning som åberopats av åklagaren, ligger den tilltalade till last i bevishänseende. En förutsättning är att den tilltalade rimligen borde kunna lämna förklaringen. En sådan definition måste bedömas vara förenlig med oskyldighetspresumtionen.

4.3 Förklaringsbördans relation till åklagares bevisbörda

I doktrinen har det diskuterats om en tillämpning av förklaringsbördan förutsätter att värdet av åklagarens bevisning är tillräckligt stark för en fällande dom, dvs. att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda. Av 35 kap. 4 § RB och dess förarbeten följer inte någon sådan inskränkning för att kunna tillmäta den tilltalades passivitet bevisvärde. En sådan inskränkning följer heller inte, vad gäller icke trovärdiga förklaringar, av 35 kap. 1 § RB. Som nämnts i avsnitt 3.5 går åsikterna i doktrinen isär och HD:s avgöranden ger stöd för båda uppfattningarna. Särskilt tvetydig får HD sägas vara i NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”). I det fallet diskuterade HD förklaringsbördan i samband med utrymmet för alternativa hypoteser. Samtidigt återgav HD Europadomstolens uttalande i fallet John Murray om att den tilltalades tystnad kan beaktas vid värderingen av åklagarens bevisning.

Tydligare besked lämnas i NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”). 2015 års fall ger stöd för uppfattningen att bevisvärdering av den tilltalades tystnad och dennes icke trovärdiga förklaringar kan ske som ett led i den sammanvägda bedömningen av om åklagarens bevisning är tillräckligt stark för att styrka åtalet. Detta kan sägas bli bekräftat genom HD:s domar den 13 april 2017 i mål nr B 4648-16 respektive B 4663-16, åtminstone vad det gäller den tilltalades icke trovärdiga förklaringar. Av 2015 års fall följer dock, genom hänvisningar till Europadomstolens avgöranden i fallen John Murray och Krumpholz, att detta bl.a. förutsätter att bevisningen mot den tilltalade redan är mycket stark. HD kan indirekt sägas ha tagit ställning för att ett s.k. prima facie-mål måste vara för handen. HD gör i varken 2015 års fall eller 2017 års fall något uttryckligt uttalande om hur bevisvärderingen av den tilltalades tystnad och dennes icke trovärdiga förklaringar förhåller sig till åklagarens bevisbörda. Mycket talar dock för tolkningen att dessa omständigheter kan beaktas innan åklagarens bevisbörda är uppfylld.

I avsnitt 2 har den slutsatsen dragits av Europadomstolens avgöranden att bevisvärdering av den tilltalades tystnad kräver att åklagaren har etablerat ett s.k. prima facie-mål. Det är något oklart vad som avses med ett prima facie-mål. Det står dock klart att ett sådant mål ställer krav på mycket stark bevisning mot den tilltalade. Som konstaterats i avsnitt 2 kan ett prima facie-mål tolkas som att åklagaren har presenterat mycket stark bevisning till stöd för samtliga delar av gär-

ningspåståendet. Vid bedömningen av om denna bevisning också är tillräckligt stark för en fällande dom kan den tilltalades tystnad beaktas. Mot bakgrund av detta kan alltså inte sägas att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda innan tystnaden tillåts att få betydelse. Det ska dock påpekas att Europadomstolen, liksom HD, inte uttryckligen har tagit ställning till hur det förhåller sig med den saken.

Sammanfattningsvis råder det en viss oklarhet om förklaringsbördan kan aktualiseras först efter det att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda eller redan dessförinnan. Skulle det vara så att förklaringsbördan aktualiseras efter det att åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda kan det av naturliga skäl inte anses vara i strid med oskyldighetspresumtionen. Detta följer av att Europadomstolen har godtagit att den tilltalades tystnad i vissa fall får beaktas i bevishänseende. Det går knappast att göra detta i ett senare skede än efter det att åklagarens bevisbörda är uppfylld. Min bedömning är dock att förklaringsbördan, under vissa givna förutsättningar, kan aktualiseras innan åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda. En sådan förklaringsbörda synes uppfylla de krav som uppställs av oskyldighetspresumtionen. I brist på närmare vägledning från högsta instans är det emellertid svårt att ge helt klart besked i den frågan. Förklaringsbördans relation till åklagarens bevisbörda bedöms, för närvarande, vara förenlig med oskyldighetspresumtionen.

4.4 Att lyckas respektive misslyckas med att uppfylla förklaringsbördan

Det får anses följa av NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”) att om den tilltalade lyckas uppfylla sin förklaringsbörda, dvs. lämna en rimlig förklaring, bör utgången bli en frikännande dom. Detta förutsätter att åklagaren inte motbevisar den tilltalades förklaring. Att den tilltalade frikänns från anklagelserna när denne presenterat en rimlig förklaring är givetvis förenligt med oskyldighetspresumtionen. Oskyldighetspresumtionen innebär bl.a. att varje tvivel ska komma den tilltalade till godo.

I den motsatta situationen, dvs. när den tilltalade misslyckats med att uppfylla sin förklaringsbörda, blir utgången med all sannolikhet en fällande dom. Om förklaringsbördan skulle aktualiseras efter det att åklagarens bevisbörda är uppfylld bör en konsekvens vara att rimligheten i alternativa hypoteser elimineras. Denna slutsats kan dras av NJA 2013 s. 931 (”Resningsmålet”). Om förklaringsbördan i stället aktualiseras innan det att åklagarens bevisbörda är uppfylld, vilket är min uppfattning, bör möjligheten att bli frikänd på grund av alternativa hypoteser som uppställts ex officio vara begränsad. Möjligheten är dock inte nödvändigtvis obefintlig. I analysen av 2013 års fall har därtill slutsatsen dragits att om förklaringsbördan aktualiseras innan åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda, bör en rimlig följd vara att misslyckandet med att uppfylla förklaringsbördan leder till att tillräckligt stark bevisning för en fällande dom föreligger. En förutsättning är

dock att bevisningen redan är mycket stark mot den tilltalade. En fråga är om misslyckandet med att uppfylla förklaringsbördan i sig blir avgörande för att åklagarens bevisning ska anses vara tillräckligt stark. HD har inte gjort ett uttryckligt uttalande om detta. Av det sätt som HD formulerar sig på i NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”) ges dock snarare intrycket av att detta misslyckande endast utgör ytterligare en omständighet, bland alla andra, som pekar på skuld. Det bör därför vara möjligt att styrkan av åklagarens bevisning under alla omständigheter skulle kunna uppnå beviskravet. Även Europadomstolens praxis talar för att tystnaden inte nödvändigtvis måste ha varit avgörande för utgången i en fällande dom.

Förutsatt att det inte finns något rimligt tvivel om den tilltalades skuld kan den nu nämnda ordningen inte anses vara i strid med oskyldighetspresumtionen. Europadomstolens praxis ställer krav på att tystnaden endast kan betraktas som ett tecken på skuld om det av tystnaden inte kan dras en annan slutsats än att den tilltalade är skyldig. Slutsatsen om skuld ska vara i överensstämmelse med sunt förnuft. Detta har i avsnitt 2 tolkats som att bevisningen mot den tilltalade måste vara tillräckligt stark för att kräva en förklaring. Effekten av ett misslyckande med att uppfylla förklaringsbördan bedöms således vara förenlig med oskyldighetspresumtionen.

4.5 Typer av fall som kan aktualisera en förklaringsbörda

Av HD:s praxis kan inte någon röd tråd följas vad gäller i vilken typ av mål en förklaringsbörda har aktualiserats. Det synes därför som om förklaringsbördans tillämpningsområde inte är förbehållet en viss typ av mål. Inte heller av Europadomstolens praxis går det att urskilja en särskild typ av mål där det varit relevant att diskutera bevisvärdering av den tilltalades tystnad. Det enda uttryckliga kriteriet som HD har uppställt för att den tilltalades tystnad ska få tillmätas bevisvärde är uttalandet i NJA 2015 s. 702 (”Balkongmålet”) om att det ska vara fråga om situationer som uppenbarligen kräver en förklaring. Uttalandet har i avsnitt 3.4 bedömts omfatta även den tilltalades icke trovärdiga förklaringar. HD:s formulering är hämtad från Europadomstolens praxis. I avsnitt 3.6 har ordet ”uppenbarligen” tolkats som att det måste föreligga mycket besvärande bevisomständigheter som talar för den tilltalades skuld. Eftersom kravet på en förklaring ska vara uppenbart innebär det att inte varje krav på förklaring kan ge upphov till en förklaringsbörda. Det principiella bakom detta kan antas vara att förhindra att det skapas en omvänd bevisbörda där den tilltalade måste agera för att undgå en fällande dom. Förklaringsbördans tillämpningsområde bedöms vara förenligt med oskyldighetspresumtionen.

4.6 Särskilt om s.k. säkerhetsgarantier (”safeguards”)

Förklaringsbördan synes således i sig vara förenlig med oskyldighetspresumtionen. Förklaringsbördan kan dock inte ses isolerad utan hänsyn måste även tas till vad Europadomstolen uttalat om s.k. säkerhetsgarantier. Säkerhetsgarantierna ska säkerställa att den tilltalades tystnad, och för förklaringsbördans vidkommande även dennes icke trovärdiga förklaringar, används på ett konventionsenligt sätt.

Som redogjorts för i avsnitt 2 är kravet på åklagarens bevisbörda och att tystnaden inte får vara det enda eller huvudsakliga beviset för den tilltalades skuld två viktiga, och nära sammankopplade, säkerhetsgarantier. Oavsett om förklaringsbördan aktualiseras innan eller efter det att åklagarens bevisbörda är uppfylld kan konstateras att dessa säkerhetsgarantier uppställs i svensk rätt. Detta är naturligtvis särskilt tydligt om förklaringsbördan aktualiseras först därefter. Om förklaringsbördan aktualiseras innan åklagaren har uppfyllt sin bevisbörda kan förklaringsbördan inte användas för att ”täppa till hål” i åklagarens bevisning. Detta följer av att åklagaren måste ha förebringat bevisning till stöd för samtliga delar av gärningspåståendet. Åklagaren har därför hela tiden bevisbördan. Det framgår vidare att en förklaringsbörda av det här slaget förutsätter att det finns annan, kvalificerad bevisning mot den tilltalade.

Som exempel på andra säkerhetsgarantier som Europadomstolen fäst avseende vid i bedömningen av om det varit tillåtet att beakta den tilltalades tystnad och som återfinns inom den svenska straffprocessen kan nämnas följande. Den tilltalade ska intekunna tvingas att uttala sig. Den som är skäligen misstänkt för brott ska, enligt 12 § förundersökningskungörelsen (1947:948), bli upplyst om sin rätt att vara tyst.[43] Vidare har den tilltalade som huvudregel enligt 23 kap. § 10 RB rätt att ha sin försvarare närvarande under förhör.[44] Därutöver kan även nämnas att domstolen enligt 30 kap. 5 § RB skriftligen ska ange sina domskäl.

Det finns således ett flertal olika säkerhetsgarantier i svensk rätt. Dessa bör anses vara tillräckliga ur konventionssynpunkt för att förhindra en kränkning av oskyldighetspresumtionen när den tilltalade åläggs en förklaringsbörda.

5 Avslutande synpunkter

I vissa av de fall som kan aktualisera en förklaringsbörda är det tänkbart att åklagarens bevisning räcker för en fällande dom även utan att den tilltalades tystnad eller icke trovärdiga förklaringar tas i beak-

[43] I en utredning föreslås att denna bestämmelse ska kompletteras med ett stadgande om att den misstänkte också ska informeras om sin rätt att inte behöva medverka i utredningen av sin egen skuld, se SOU 2017:17 s. 127 ff.

[44] Det har diskuterats huruvida den svenska regleringen om den anklagades tillgång till försvarare är förenlig med EKMR eller inte. En sådan diskussion ska inte föras i den föreliggande artikeln, men det kan hänvisas till Andersson & Hopman, *Rätt till försvarare före polisförhöret,* JT 2010–11 s. 795-820.

tande. I dessa fall kan ifrågasättas vad rättssamhället har att tjäna på att kräva en förklaringsbörda. I andra fall kan det dock antas att förklaringsbördan har en mer direkt påverkan på utgången i målet och innebär att den tilltalade fälls till ansvar i en situation då denne annars hade frikänts. Förklaringsbördan leder alltså till fler fällande domar. Detta kan självfallet uppfattas som kontroversiellt. Å ena sidan är det angeläget ur effektivitetssynpunkt att kunna lagföra personer för brott. Å andra sidan förutsätter rättssäkerheten att även starkt misstänkta personer kan behöva frikännas, vilket är av fundamental betydelse i varje rättsstat.

Att ålägga den tilltalade en förklaringsbörda måste anses vara högst betänkligt. Den tilltalade kan ha olika skäl till att inte vilja förklara sig, på ett godtagbart sätt eller inte alls. Sådana skäl behöver inte vara hänförliga till att denne begått det brott som åtalet avser och upphör naturligtvis inte på grund av att en förklaringsbörda aktualiserats. Den tilltalade borde enligt min mening alltid få känna sig trygg i att dennes roll i straffprocessen inte ställer krav på något agerande. Det ska inte vara förenat med en rättsförlust att avstå från att bidra till brottets utredande.

Europadomstolens praxis vad gäller bevisvärdering av tystnad föranleder frågan om 35 kap. 4 § RB kan behållas i sin nuvarande utformning. Det ska uppmärksammas att det i en utredning har tagits ställning till den frågan med anledning av ett EU-direktiv som handlar om bl.a. oskyldighetspresumtionen. Utredningens slutsats är att det inte finns något behov av lagändring. Detta kan jämföras med att det i Finland införts en bestämmelse som innebär att det endast är tillåtet att åberopa den tilltalades tystnad som bevis i den utsträckning som Europadomstolens praxis medger.[45] Det kan förvisso synas eftersträvansvärt att följa den finska modellen och i lag ge uttryck för att Europadomstolens praxis måste följas. En sådan reglering skulle dock sakna praktisk betydelse. Den ordningen gäller redan både till följd av att EKMR är svensk lag och att Sverige är folkrättsligt bunden till densamma. Att förse 35 kap. 4 § RB med ett tillägg av nu nämnt slag skulle dessutom ge upphov till frågan om inte fler bestämmelser behöver förtydligas på samma sätt. I annat fall kan tillägget uppfattas som en begränsning av de bestämmelser som kräver att EKMR respekteras. Sådana upprepningar kan dock inte anses vara ett lämpligt sätt att lagstifta på. Därutöver skulle den nu diskuterade regleringen framstå som anmärkningsvärd i förhållande till andra internationella överenskommelser som Sverige är bundet av. Jag bedömer att en fördragskonform tolkning av 35 kap. 4 § RB är såväl möjlig som tillräcklig för att tillförsäkra upprätthållandet av EKMR. En lagändring är därför inte nödvändig.

Avslutningsvis ska erinras om att den föreliggande artikeln syftar till att diskutera förklaringsbördans innebörd och dess förenlighet med

[45] SOU 2017:17 s. 69 f.

oskyldighetspresumtionen i artikel 6 i EKMR. Som framgått av den tidigare redogörelsen har förklaringsbördan, så som den har tolkats av mig, ansetts vara förenlig med oskyldighetspresumtionen. Att förklaringsbördan är konventionsenlig förtar dock inte det önskvärda i att HD snarast meddelar ett klargörande prejudikat på området förklaringsbörda. Innebörden av detta omstridda och inte helt lättillämpade uttryck bör en gång för alla klargöras av högsta instans.