



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

Överklagande av en hovrättsdom och beslut – grovt vapenbrott

Klagande

Riksåklagaren
Box 5553
114 85 Stockholm

Motpart

YA-J

Ombud och offentlig försvarare: Advokaten KS

Överklagade avgörandet

Svea hovrätts beslut den 17 juni 2020 och dom den 26 juni 2020 i mål B 4665-20

Yrkande

Jag yrkar att YA-J ska dömas för grovt vapenbrott och att påföljden ska bestämmas till fängelse.

Jag yrkar att Högsta domstolen, med ändring av hovrättens beslut den 17 juni 2020, ska tillåta den av åklagaren åberopade bevisningen i form av uppspelning av film från polisens kroppskamera. Hovrättens dom bör därefter i tillämpliga delar undanröjas och målet återförvisas till hovrätten för ny prövning av ansvarsfrågan.

Frågan i målet

Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen uttalar sig i frågan om hur en brottmålsdomstol ska förhålla sig till bevisning som i och för sig kan ha tillkommit i strid med rättegångsbalken och Europakonventionen.

Enligt min uppfattning bör prövningstillstånd meddelas beträffande frågan om den av åklagaren åberopade bevisningen ska tillåtas (prejudikatfråga), varvid frågan om prövningstillstånd i målet i övrigt förklaras vilande.

Bakgrund

YA-J åtalades för grovt vapenbrott enligt följande gärningsbeskrivning.

YA-J har innehaft en tårgas-/signalpistol som blivit omgjord till ett halvautomatiskt skarpt skjutvapen med tillhörande ammunition utan att ha rätt till det. Det hände den 18 februari 2020 på x-gatan i Stockholms stad.

Brottet bör bedömas som grovt eftersom vapnet varit av särskilt farlig beskaffenhet då det är litet och lätt att dölja, det har saknat legalt användningsområde samt har innehafts med tillhörande och särskilt farlig ammunition. Dessutom har gärningen varit av särskilt farlig art då vapnet förvarats lättillgängligt och öppet i en lägenhet där andra personer vistas och har tillträde, det har innehafts tillsammans med skyddsutrustning och det har kunnat befaras att vapnet skulle komma till brottslig användning.

YA-J begick gärningen med uppsåt.

Lagrums: 9 kap 1 a § 1 st vapenlagen (1996:67)

I målet är följande utrett

Vid husrannsakan i en lägenhet som disponerades av YA-J och dennes gravida flickvän påträffades en pistol under en soffdyna i vardagsrummet samt ett vapenhölster i en garderob. I ett förråd som hörde till lägenheten påträffades flera skyddsvästar och skyddsplattor. YA-J greps.

Vid närmare undersökning visade det sig att pistolen var en tårgas-/signalpistol som hade blivit omgjord till ett halvautomatiskt skarpt skjutvapen, samt att det i magasinet fanns fyra kulor varav två hålspetskulor. Det fanns inte några fingeravtryck eller DNA-spår på vapnet.

Tingsrätten

Tingsrätten dömde YA-J för grovt vapenbrott till fängelse i 2 år.

YA-J lämnade vare sig under förundersökningen eller vid tingsrätten några kommentarer till de frågor han fick. Åklagaren åberopade vid tingsrätten förhör med bl.a. polismannen ES som närvarade vid husrannsakan. YA-J hade inledningsvis till henne lämnat uppgifter om att det påträffade vapnet var riktigt och laddat med fyra patroner. YA-J invände i tingsrätten mot att förhör med ES skulle tillåtas. Som skäl för det angav YA-J att uppgiftslämnandet inte skett i enlighet med de krav som gäller förhör enligt rättegångsbalken och strider mot den rätt till rättvis rättegång som följer av Europakonventionen.

Tingsrätten hänvisade till 35 kap. 1 § rättegångsbalken och menade att utgångspunkten är att det råder fri bevisföring och att frågan i vad mån åtkomsten eller bevisets ursprung ska tillmätas någon betydelse är ett

förhållande som domstolen har att beakta inom ramen för sin fria bevisprövning. Tingsrätten tillät förhöret och konstaterade att ES uppgifter gav stöd för åtalet bl.a. eftersom uppgifterna lämnats direkt i anslutning till fyndet av vapnet samt att uppgifterna varit av en enkel och entydig karaktär som inte kunnat missuppfattas.

Tingsrätten fann att YA-Js initiala uppgifter tillsammans med övrig bevisning bl.a. bestående i att ingen annan tycktes bo eller disponera över lägenheten, att polisen hittat ett vapenhölster och även påträffat skyddsvästar i förrådet, medförde att åtalet var styrkt. Eftersom vapnet var av särskild farlig beskaffenhet och då det kunde befaras att vapnet skulle komma till brottslig användning samt att gärningen varit av särskilt farlig art bedömde tingsrätten vapenbrottet som grovt.

Hovrätten

YA-J överklagade tingsrättens dom och yrkade att han skulle frikännas eller, i andra hand, att vapenbrottet skulle bedömas vara av normalgraden och påföljden därvid skulle sättas ned. Åklagaren bestred ändring.

Handläggningen i hovrätten

Vid huvudförhandling i hovrätten den 26 maj 2020 (se hovrättens aktbilaga 10) begärde försvaret tilläggsförhör med YA-J, vilket tilläts. I tilläggsförhöret vidgick YA-J att vapenhölstret och delar av skyddsutrustningen tillhörde honom men förnekade kännedom om ett skarpt skjutvapen. Han uppgav att det rört sig om missförstånd och att han avsåg en luftpistol när han till polis lämnade uppgifter om vapnets beskaffenhet. YA-Js nya uppgifter föranledde att förhandlingen på åklagarens begäran fick ställas in.

Åklagaren åberopade inför den nya huvudförhandlingen ytterligare bevisning i form av tilläggsförhör med polisvittnet ES, nytt vittnesförhör i hovrätten med ytterligare en polis som närvarat vid husrannsakan, MK, samt uppspelning av inspelning från polisens kroppskamera från transporten till arresten, under vilken den gripne YA-Js lämnade uppgifter om vapnets beskaffenhet.

YA-J yrkade att den av åklagaren åberopade bevisningen skulle avvisas, bl.a. då enligt honom ett tillåtande av bevisningen skulle strida mot Europakonventionen. Hovrätten beslutade den 12 juni 2020 (hovrättens aktbilaga 18) att förhören med de båda polisvittnena skulle tillåtas, vidare att hovrätten vid den kommande huvudförhandlingen skulle ta ställning till om och i så fall på vilket sätt den åberopade inspelningen från en kroppskamera skulle få läggas fram.

Hovrätten motiverade beslutet enligt följande.

Enligt rättegångsbalken ska som huvudregel en dom grundas på det som har

förekommit vid huvudförhandlingen och bevis som parterna åberopar ska tas upp vid denna. Detta ger uttryck bl.a. för principerna om huvudförhandlingens och bevisningens omedelbarhet.

För att säkerställa att dessa principer får genomslag innehåller rättegångsbalken regler som begränsar möjligheten att åberopa och lägga fram uppgifter som en person har lämnat utom rätta utan att förhör hålls med uppgiftslämnaren. Vid ett förhör får det som ett vittne eller en part har berättat inför åklagare eller Polismyndigheten läggas fram endast när vittnets eller partens berättelse vid förhöret avviker från vad han eller hon tidigare har berättat eller när personen förklarar att han eller hon inte kan eller vill yttra sig. Förbudet avser vittnets eller partens egna uppgifter. Rättegångsbalken hindrar däremot inte att ett vittne hörs om vad han eller hon sett eller hört någon *annan* göra eller säga.

Enligt svensk rätt gäller vidare att parterna kan åberopa även sådan bevisning som tillkommit i strid med t.ex. Europakonventionen. I vad mån åtkomsten eller bevisets ursprung ska tillmätas någon betydelse är ett förhållande som domstolen får bedöma inom ramen för sin fria bevisprövning och gäller följaktligen inte frågan om beviset ska tillåtas eller inte (se rättsfallet NJA 2011 s. 638 p. 17–20).

Med hänsyn till att YA-J har lämnat nya uppgifter i förhör i hovrätten finns det skäl att ställa tilläggsfrågor till ES. När det gäller MK hördes han inte i tingsrätten. Något skäl att avvisa eller inte tillåta tilläggsförhöret och det nya förhöret finns inte.

När det gäller frågan om åklagaren ska tillåtas åberopa en uppspelning av inspelning av polisens kroppskamera anser hovrätten att den frågan bör prövas i samband med att huvudförhandling hålls i målet.

Vid den nya huvudförhandlingen i hovrätten (se hovrättens aktbilaga 28) spelades förhöret med YA-J från den 26 maj 2020 upp. Åklagaren begärde därefter att få spela upp den inspelning av polisens kroppskamera som han åberopat inför rätten och anförde att YA-J på filmen uttalar sig om vapnet på ett sätt som avviker från vad han uppgett i förhöret i hovrätten den 26 maj 2020.

Hovrätten avvisade det åberopade beviset med följande motivering.

Åklagaren har åberopat en uppspelning av en inspelning av polisens kroppskamera som skedde i samband med att YA-J fördes till arresten efter gripandet. Det är ostridigt att inspelningen skedde utan att YA-J fått information om att inspelningen ägde rum. Vid tidpunkten hade YA-J inte informerats om sin rätt att inte uttala sig eller om sin rätt till försvarare.

Dessa omständigheter utgör sammantaget sådana brister i de rättssäkerhetsgarantier som följer av bl.a. rättegångsbalken och Europakonventionen att det redan på dessa grunder är uppenbart att bevisningen skulle bli utan verkan (35 kap. 7 § 3 rättegångsbalken). Hovrätten avvisar därför det åberopade beviset.

Därefter hördes polismännen ES och MK som lämnade uppgifter med i huvudsak följande innehåll. Inledningsvis var det osäkert om den påträffade pistolen var riktig. Det var först efter flera kontrollfrågor till YA-J samt närmare undersökning av vapnet som de förstod att det var en riktig pistol. YA-J bekräftade upprepat att den var riktig och skrattade. Han sa att det inte fanns någon kula i loppet men att det fanns fyra kulor i magasinet. Han hade inte provskjutit vapnet. Han sa också att han hade vapnet för att skydda sig själv. Enligt vittnena fanns det inget utrymme för missförstånd kring om det var ett riktigt vapen eller en luftpistol som de talade om.

Hovrätten tillät ytterligare frågor till YA-J.

Hovrättens dom

Angående vittnesmålen från poliserna hänvisade hovrätten till artikel 6 i Europakonventionen och uttalade att den som är anklagad för brott har rätt att underrättas om grunden och innebörden av anklagelsen som riktas mot denne. Hovrätten utvecklade att motsvarande regler om rätt att underrättas om misstanken finns i rättegångsbalken och förundersökningskungörelsen.

Hovrätten konstaterade att YA-J inte underrättats om att han var misstänkt för brott och inte biträdades av försvarare när han lämnade de initiala uppgifterna. Vad han sagt hade inte heller nedtecknats varför han inte haft möjlighet att granska uppgifterna och invända mot eventuella felaktigheter. De omständigheterna gjorde enligt hovrätten att polismännens uppgifter skulle värderas med betydande försiktighet. Hovrätten menade vidare att polismännens uppgifter inte var entydiga och att de innehållit oklarheter bl.a. i fråga om vilka frågor som ställdes och i vilket skede av händelseförloppet. Dessutom hade YA-J i hovrätten förklarat att han syftade på en soft air-gun och att polisen kunde ha missuppfattat honom samt att en person som något tidigare av polisen observerats vid lägenheten kan ha lagt dit pistolen.

Vid en samlad bedömning fann hovrätten att polismännens uppgifter inte var tillräckliga för att binda YA-J till vapnet och att utredningen tvärtom gav utrymme för en alternativ gärningsman. Hovrätten ogillade åtalet.

Grunderna för min inställning

Rätten till en rättvis rättegång

Rätten till en rättvis rättegång manifesteras i regeringsformen och i art. 6 i Europakonventionen, men också i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna och i det s.k. oskuldspresumtionsdirektivet.

Enligt 2 kap. 11 § andra stycket regeringsformen ska en rättegång genomföras rättvist och inom skälig tid samt ska en förhandling vid domstol vara offentlig.

Enligt art. 6.1. i Europakonventionen ska var och en, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag.

I art. 6.3 i Europakonventionen anges vissa minimirättigheter som bör ses som särskilda aspekter av rätten enligt art. 6.1 till en rättvis rättegång i brottmål (Hans Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 5 uppl., s. 158).

Enligt art. 6.3 c) i Europakonventionen ska var och en som blivit anklagad för brott ha rätt att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar.

En misstänkts rätt att tåga, dvs. att inte tvingas eller otillbörligt påverkas att svara på frågor som har samband med ett brott som vederbörande kan misstänkas för, kan härledas såväl ur art. 6.1 som ur oskyldighetspresumtionen i art. 6.2 i Europakonventionen, enligt vilken den som blivit anklagad för brott ska betraktas som oskyldig fram till dess att dennes skuld lagligen fastställts.

Av relevans är också EU:s s.k. oskuldspresumtionsdirektiv, enligt vilket misstänkta och tilltalade ska ha rätt att tåga med avseende på det brott som de misstänks eller åtalas för att ha begått och de ska inte behöva vittna mot sig själva. Att misstänkta och tilltalade utövar denna rätt får aldrig användas emot dem och får inte betraktas som bevis för att de har begått brottet (art. 7.) Inom EU garanteras rätten till en rättvis rättegång genom bl.a. art. 47 och 48 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Vid bedömningen av om det har skett en kränkning av bl.a. rätten att tåga bör, enligt beaktandesats 27, Europadomstolens tolkning av rätten till en rättvis rättegång beaktas. (Se NJA 2018 s. 394 p. 10.)

När frågan uppkommer huruvida en rättegång svarar mot Europakonventionens krav ska domstolen bedöma om det rättsliga förfarandet i sin helhet kan anses rättvist. (Se t.ex. Europadomstolens avgörande Schatschaschwili mot Tyskland [GC], no. 9154/10, ECHR 2015.)

I en artikel i Juridisk Tidskrift sammanfattas läget utifrån Europadomstolens praxis som att möjligheten att göra undantag från regeln om rätt att överlägga med försvarare innan första polisförhöret i praktiken endast anses vara möjligt i rena undantagsfall, att det i praktiken tycks vara omöjligt att kompensera en brist vad gäller förvararnärvaro vid polisförhör, även om bedömningen om en rättegång är rättvis är en helhetsbedömning, samt spelar det inte någon roll för frågan om huruvida ett brott mot konventionen begåtts om den anklagade under förhöret erkänner brott eller inte. (Simon Andersson och Suus Hopman,

Rätt till försvarare före polisförhöret. Nya domar från Europadomstolen kräver lagändringar i Sverige, JT 2010/11 nr 4 s. 795-820.)

Angående frågan om den (enligt artikelförfattarnas tolkning) i Europadomstolens praxis formulerade regeln att ”domstolen inte får använda ett sådant erkännande till stöd för en fällande dom” innebär ett regelrätt bevisförbud har artikelförfattarna inte något svar att ge. Enligt författarna är frågan om hur Europadomstolens praxis avseende bevisförbud ska tolkas inte enkel att besvara (a.a. s. 811 f.).

I Kolu mot Turkiet hade Kolu erkänt brott vid polisförhör utan att försvarare varit närvarande och utan att han underrättats om sin rätt att bistås av en försvarare eller om sin rätt att inte uttala sig. Hans erkännande återopades senare mot honom som bevisning. Det hade enligt Europadomstolens mening ålegat myndigheterna att tillse att Kolu inte berövades möjligheten att biträdas av en försvarare under förhören. Denna skyldighet hade inte fullgjorts. Vidare hade Kulus försvar under rättegången skadats av att det som bevis mot honom återopats uttalanden som han gjort under polisförhör utan bistånd av en försvarare och i anslutning till att han hållits i isoleringscell. Vid en samlad bedömning konkluderade Europadomstolen att artikel 6:3 c) och d) i förening med artikel 6:1 i konventionen hade kränkts. (Danelius, a. a s. 349 och Danelius, Europadomstolens domar – tredje kvartalet 2005, SvJT 2005 s. 1083).

I vissa fall har Europadomstolen gjort bedömningen att avsaknaden av advokat under den första tiden efter arresteringen inte skadat den arresterades möjligheter att försvara sig effektivt mot anklagelsen (se bl.a. Brennan mot Förenade kungariket och Yurttas mot Turkiet). (Danelius, a.a. s. 349.)

När den omstridda utsagan utgör den enda eller avgörande bevisningen mot den anklagade, eller i vart fall när den är av betydande vikt, krävs det att domstolen med största möjliga omsorg sörjer för och försäkras om att förfarandet ändå kan anses rättvist (se Al-Khawaja och Tahery mot Förenade kungariket och Schatschaschwili mot Tyskland). (Danelius a.a. s. 278 och s. 287.)

I RH 2017:38 hade en person som misstänkts för brott inte tydligt av sagt sig rätten till försvarare vid de polisförhör som hållits under förundersökningen. Såväl de uppgifter som han ska ha lämnat enligt anteckningar i förundersökningsprotokollet som vad han under tingsrättens huvudförhandling uppgett när han hörts mot dessa uppgifter har inte ansetts kunna ligga till grund för bedömningen av åtalet mot honom. Med denna begränsning fanns det inte några hinder mot att pröva åtalet, från vilket han frikändes.

Bevisningen i brottmål

Rättegångsbalken vilar på principerna fri bevisvärdering och fri bevisföring (35 kap. 1 § rättegångsbalken). Som regel får allt som har bevisvärde i ett mål

också förebringas under huvudförhandlingen. I 35 kap. 14 § rättegångsbalken finns bestämmelser om när berättelser som har nedtecknats eller spelats in får läggas fram som bevis i rättegången trots att de inte avgetts inför rätten under eller utom huvudförhandling. Bestämmelsen ger uttryck för principen om bevisomedelbarhet. Förbudet motiveras med att det utgör en nödvändig grund för principen om bevisomedelbarhet (prop. 1986/87:89 s. 171).

Ett vittne eller en part som hörs ska avge sin berättelse muntligen. Vad denne tidigare har berättat inför rätten eller inför åklagare eller Polismyndighet får läggas fram bara om berättelsen vid förhöret avviker från vad vederbörande tidigare berättat eller om han eller hon inte kan eller vill yttra sig (36 kap. 16 § andra stycket och 37 kap. 3 § rättegångsbalken).

Det finns inte något förbud mot att använda bevisning som kommits åt i strid med gällande regler, se NJA 1986 s. 489. Användandet av otillbörligt åtkommen bevisning kan dock i vissa fall stå i strid med rätten till en rättvis rättegång enligt Europakonventionen.

Rätten får enligt 35 kap. 7 § rättegångsbalken avvisa bevisning endast

- 1) om den omständighet som en part vill bevisa är utan betydelse i målet,
- 2) om beviset inte behövs,
- 3) om beviset uppenbart skulle bli utan verkan,
- 4) om bevisningen med avsevärt mindre besvär eller kostnad kan föras på annat sätt, eller
- 5) om beviset trots rimliga ansträngningar inte kan tas upp och avgörandet inte bör fördröjas ytterligare.

Hur ett förhör har genomförts påverkar givetvis utsagans bevisvärde. Av betydelse är bl.a. om ledande frågor ställts, vilket skick förhörspersonen är i, i vilken mån det är fråga om en fri berättelse, hur motförhöret har gått till och om någon otillbörlig påverkan har förekommit etc. (Se t.ex. SOU 2017:98 s. 189.)

I vilken mån rättigheterna enligt Europakonventionen efterlevts under processen kan också ha betydelse vid bevisvärderingen. Enligt Europadomstolens praxis får en domstol inte grunda sitt avgörande på muntliga uppgifter från den misstänkte om den misstänkte inte biträts av försvarare vid ett förhör med denne. Om bevisningen inte utgör huvudbevisning i målet, dvs. inte den enda eller den huvudsakliga bevisningen, kan den dock accepteras trots oförenligheten med rätten till en rättvis rättegång.

En rättstillämpning som strider mot Europadomstolens praxis anses huvudsakligen utgöra ett bevisvärderingsfel. Det kan dock bli fråga om rättegångsfel om den tilltalades rätt till en rättvis rättegång inte har uppfyllts någon gång under rättsprocessen (se Lena Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål, 2007, s. 38).

Min bedömning

Enligt 23 kap. 6 § rättegångsbalken kan under förundersökningen förhör hållas med alla som antas kunna lämna upplysningar av betydelse för utredningen. Då förundersökningen kommit så långt att någon skäligen misstänks för brottet ska han, då han hörs, enligt 23 kap. 18 § första stycket rättegångsbalken underrättas om misstanken.

I samband med att den som skäligen misstänks för brott underrättas om misstanken ska han enligt 12 § förundersökningskungörelsen få underrättelse om att han är berättigad att redan under förundersökningen anlita biträde av försvarare samt att under vissa förutsättningar offentlig försvarare kan förordnas.

Enligt Europakonventionen artikel 6 har misstänkt bl.a. rätt att underrättas om grunden och innebörden av misstanken och rätten att försvara sig själv eller genom biträde försvara sig.

Hovrätten har beslutat att inte tillåta uppspelning av ett samtal mellan YA-J och polisen som skett i samband med att YA-J transporterats i bil till arresten. Hovrätten menade att omständigheterna kring inspelningens tillkomst utgjorde sådana brister i de rättssäkerhetsgarantier som följer av bl.a. rättegångsbalken och Europakonventionen att beviset uppenbart skulle bli utan verkan.

Jag har tagit del av det inspelade samtalet och den promemoria som polisen LS som spelat in samtalet har upprättat (förundersökningsprotokollet s. 9). Av promemorian framgår att YA-J pratade med polisen angående vapnet. När LS kom på att hans kroppskamera inte var på satte han igång denna och ”försökte förmå honom att säga samma saker igen, vilket han till stor del gjorde”. När man lyssnar på inspelningen hör man hur LS i ett mer allmänt samtal spränger in frågor om det aktuella vapnet som YA-J svarar på.

Det torde inte råda någon tvekan om att det samtal som förts mellan polismannen LS och YA-J varit ett förhör där rättegångsbalkens regler och artikel 6 i Europakonventionen såsom utvecklats ovan ska efterföljas.

I Europadomstolens avgörande Allan mot Storbritannien hade polisen anlitat en informatör för att prata med en misstänkt häktad person. Den misstänkte hade i förhör konsekvent vägrat att uttala sig om misstanken men lämnade information till informatören, vilken placerats i samma cell som Allan, som kunde bidra till en fällande dom mot Allan. Europadomstolen konstaterade att samtalet mellan Allan och informatören var att jämställa med ett förhör. Eftersom Allan valt att vara tyst i polisförhör hade uppgifterna som han lämnat till informatören varit mot Allans vilja och användandet av uppgifterna i rättegången var ett brott mot rätten till tystnad och till rätten att inte behöva vittna mot sig själv. Artikel 6 (1) hade därför kränkts. (Danelius, a.a. s. 293).

Enligt Nowak (Oskyldighetspresumtionen 2003, s. 233) innebär domen Allan mot Storbritannien inte några inskränkningar i vilka spaningsmetoder som får användas när den misstänkte är på fri fot. Saken kommer dock enligt Nowak i ett annat läge när den misstänkte är frihetsberövad och entydigt klargjort att han åberopar sin rätt till tystnad. I sådana fall är det enligt Nowak inte förenligt med Europakonventionen att avlyssna honom eller att genom olika knep försöka lura honom att tala i situationer andra än regelrätta förhör.

Även om situationen i förevarande fall är något annorlunda än den i Allan mot Storbritannien (bl.a. eftersom YA-J uppenbarligen vet att han pratar med en polis och det inte är fråga om en infiltrationsåtgärd) finns det likheter på så sätt att YA-J är frihetsberövad när samtalet i bilen sker. Han har i och för sig inte i det skedet entydigt klargjort att han åberopar sin rätt till tystnad men vid det första förhör som hålls med honom med försvarare närvarande den 19 februari 2020 är det tydligt att han åberopar sin rätt till tystnad genom att svara ”ingen kommentar” på samtliga frågor. Därför har det inte varit förenligt med Europakonventionen att i den situation som förelegat vid intransporten ställa frågor till honom utanför ett regelrätt förhör.

En annan fråga är om uppspelningen av filmen trots det ovan sagda borde ha tillåtits.

I NJA 2011 s. 638 p.17-18 uttalar Högsta domstolen att det framgår av Europadomstolens praxis att frågan om vilken utredning som får läggas fram för en nationell domstol är en angelägenhet för den nationella rättsordningen och att det kan vara legitimt att åberopa även sådan utredning som skaffats fram på ett sätt som inte är förenligt med konventionen. Högsta domstolen uttalar vidare följande. Enligt svensk rätt har som huvudregel ansetts gälla att parterna kan åberopa relevant bevisning, även om den inte har tillkommit i föreskriven ordning eller bevisets ursprung är oklart. Härigenom uppnås de bästa förutsättningarna för en allsidig belysning av ett brottmål. I vad mån åtkomsten eller bevisets ursprung ska tillmätas någon betydelse, är ett förhållande som domstolen har att bedöma inom ramen för sin fria bevisprövning och gäller följaktligen inte frågan om beviset ska tillåtas eller ej.

Motsvarande resonemang för Europadomstolen i Allan mot Storbritannien (paragraf 42). Europadomstolen konstaterar att det inte är domstolens roll att ta ställning till om viss bevisning är tillåtlig eller inte utan domstolens roll är att ta ställning till om processen i sin helhet har varit rättvis.

Hovrätten har med beaktande av 35 kap. 7 § 3 rättegångsbalken avvisat bevisningen eftersom beviset uppenbart skulle bli utan verkan. För att fatta ett sådant beslut torde det krävas att det står klart att beviset helt kan frångämmas värde (jfr NJA 2010 s. 151 p. 9 och NJA 2007 s. 547). Hovrätten har, såvitt framkommit, inte tagit del av inspelningen och har alltså inte kunnat värdera bevisningen i och för sig. Hovrätten har därför i praktiken avvisat beviset endast på den grund att det upptagits i strid mot Europakonventionen och

rättegångsbalken. Detta strider enligt min uppfattning mot principen om den fria bevisprövningen.

Hovrättens beslut är heller inte förenligt med vare sig Högsta domstolens uttalanden i NJA 2011 s. 638 eller Europadomstolens uttalanden i målet Allan mot Storbritannien. Enligt vad som uttalas där borde hovrätten istället ha tillåtit uppspelning av den åberopade filmen för att sedan göra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter och vad som är bevisat i målet.

Högsta domstolen bör därför med ändring av hovrättens beslut tillåta den aktuella bevisningen.

Eftersom hovrätten inte prövat all av åklagaren åberopad bevisning samt då det, vid en ev. fällande dom, kvarstår att pröva brottets rubricering samt frågan om påföljd (vilket även innefattar frågan om ev. kompensation för konventionskränkning, se NJA 2011 s. 638 p. 26 och 32) bör till följd av bl.a. instansordningens princip ansvarsfrågan på nytt prövas av hovrätten.

Prövningstillstånd

Enligt 54 kap. 10 § första stycket 1 rättegångsbalken får prövningstillstånd meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen (prejudikatdispens). För att bevilja prövning enligt denna punkt krävs alltså att ett avgörande av Högsta domstolen blir av generell betydelse för bedömningen av framtida mål som innehåller liknande frågeställningar.

Högsta domstolen har i NJA 2011 s. 638 uttalat sig i frågan om tillåtligheten av bevisning som tillkommit i strid med Europakonventionen. Jag kan emellertid konstatera att hovrättspraxis därefter inte är enhetlig när det gäller hur en brottmålsdomstol ska förhålla sig till sådan bevisning.

Ett exempel är RH 2017:38. En person, M.K., som misstänktes för brott, hade inte tydligt av sagt sig rätten till försvarare vid de polisförhör som hållits under förundersökningen. Enligt hovrätten kunde vare sig de uppgifter som han skulle ha lämnat enligt anteckningar i förundersökningsprotokollet eller vad han under tingsrättens huvudförhandling uppgett när han hörts mot dessa uppgifter ligga till grund för bedömningen av åtalet mot honom.

Hovrätten uttalade därvid bl.a. följande.

Mot den bakgrunden kan sättas i fråga om M.K. skulle anses ha fått en rättvis rättegång i enlighet med Europakonventionens krav, om innehållet i polisförhören användes till stöd för en fällande dom mot honom. Vid prövningen av åtalet ska därför bortses från det som kommit fram beträffande innehållet i polisförhören, på så sätt att detta inte kan läggas till grund för en fällande dom mot M.K. Detsamma gäller vad M.K. uppgett vid tingsrätten till följd av att han konfronterats med innehållet i polisförhören. Under sådana omständigheter finns enligt hovrätten inget hinder mot att pröva åtalet.

Resonemanget kan knappast förstås på annat sätt än att hovrätten i praktiken avvisade den av åklagaren åberopade bevisningen.

Ett exempel på motsatsen är Svea hovrätts dom den 29 november 2018 i mål B 11653-17. Där tilläts åklagaren att, till motbevisande av en nödvärnsinvändning, åberopa uppgifter från en polis om vad den tilltalade uppgett till honom i samband med ett ingripande, trots att den tilltalade vid det tillfället inte var delgiven misstanke och heller inte biträdades av någon försvarare. Polismannens uppgifter lades också, tillsammans med viss annan bevisning, till grund för en fällande dom om grov misshandel.

Jag vill också framhålla att hovrättens handläggning i förevarande mål framstår som tämligen inkonsekvent. Hovrätten tillåter å ena sidan förhör med de poliser som genomförde husrannsakan där bevistemat är vad den tilltalade uppgett till dem i samband med att de hittade vapnet (se hovrättens aktbilaga 18) för att å andra sidan avvisa bevisning i form av uppspelning av en film från polisens kroppskamera där bevistemat är vad den tilltalade uppgett i ett samtal mellan honom och den ingripande polisen. Jag kan därvid konstatera att hovrätten i båda fallen kommit fram till att det varit fråga om förhör enligt rättegångsbalkens regler. När det gäller situationen i bilen hade den tilltalade dock i samband med gripandet informerats om att han var misstänkt för grovt vapenbrott. I övrigt är den enda skillnaden mellan situationerna att den tilltalade inte var medveten om att samtalet i bilen spelades in. Det framstår därvid som att det är det faktum att förhöret spelades in "i smyg" som enligt hovrätten utgör den värsta kränkningen, vilket i sig kan ifrågasättas eftersom en sådan inspelning inte är olaglig. Om samtalet inte spelats in hade åklagaren istället kunnat åberopa förhör med polismannen ifråga.

Enligt min uppfattning är hovrättens handläggning inkonsekvent och därtill oförenlig med svensk rättstradition och principen om den fria bevisprövningen. Hovrättens dom har uppmärksammats i bl.a. media. Det finns ett samhällsintresse av att Högsta domstolen uttalar sig i detta fall då det finns risk för att hovrättens sätt att resonera kan bli vägledande.

Enligt min uppfattning är det av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar mitt överklagande.

Bevisning m.m.

Om prövningstillståndet begränsas till att avse en prejudikatfråga åberopar jag inte någon bevisning. Målet kan i denna del kan avgöras på handlingarna.

För det fall själva ansvarsfrågan skulle komma att prövas av Högsta domstolen ber jag att få återkomma med bevisuppgift och med mina synpunkter på målets fortsatta handläggning.

Petra Lundh

My Hedström

Kopia till:

Utvecklingscentrum

Västerorts åklagarkammare i Stockholm (AM-25172-20)

Kammaråklagaren Niksa Lucic