

ADVOKATERNA LENA ISAKSSON & ULF HOLST AB

Advokat Ulf Holst
Bitr jur Siw Hendriks



Advokat Lena Isaksson

Högsta domstolen

HÖGSTA DOMSTOLEN
JS 28

INKOM: 2021-01-08
MÅLNR: Ö 6057-20
AKTBIL: 9

Mål nr Ö 6057–20
Riksåklagaren./. **Sekretess**
Ang. resning m.m.

Sedan jag förordnats som offentlig försvarare för "Sekretess" har jag givits möjlighet att inkomma med yttrande över Riksåklagarens yrkande om kroppsbesiktning.

Förutsättningar för riksåklagarens yrkande om kroppsbesiktning

Riksåklagaren inleder sin skrivelse med yrkande om kroppsbesiktning med att redogöra för ändamålet med yrkandet, nämligen att utreda om det finns skäl att begära resning till nackdel för Sekretess. För det ändamålet har Riksåklagaren återupptagit förundersökningen. Det är i ljuset av det ändamålet som yrkandet om kroppsbesiktning ska ses. Oavsett om yrkandet grundas på 28 kap. 12 § Rättegångsbalken eller 28 kap. 12 b § Rättegångsbalken så är ändamålet att, efter kroppsbesiktning och vid en eventuell matchning på de efterföljande DNA-analyserna, gå vidare med en resningsansökan till nackdel för Sekretess.

Mot bakgrund härav torde en direkt förutsättning för den yrkade kroppsbesiktningen vara dels att brottet ej är preskriberat i förhållande till Sekretess samt dels att, vid en eventuell matchning efter kroppsbesiktning och DNA-analys, förutsättningar för resning i övrigt föreligger.

Om brottet är preskriberat i förhållande till Sekretess eller det kan förutsättas att det "nya bevis" som Riksåklagaren hoppas på ej medför att målet kan resas finns ingen anledning att medge kroppsbesiktning. Istället kan med fog ifrågasättas om det ens är möjligt eller förenat med lag att då bedriva förundersökning med det ändamål som Riksåklagaren har angett.

Med det sagt håller jag alltså med Riksåklagaren i hennes uppfattning, sidan 1 nederst, att frågan om preskription är av avgörande betydelse för vilka rättsliga förutsättningar som finns för att kroppsbesiktiga Sekretess för tagande av DNA-prov. Min uppfattning är, vid konstaterande att preskription föreligger, att det helt saknas förutsättningar för sagda kroppsbesiktning. Och detta gäller oavsett om frågan ska prövas enligt RB 28:12 § eller 28:12 B § med hänsyn till det ändamål Riksåklagaren angett för sitt yrkande. Detsamma bör gälla om man redan i förväg kan konstatera att ett eventuellt "nytt bevis" inte skulle legitimera en resning till nackdel för Sekretess.

Omständigheter i sak

Riksåklagarens beskrivning av tidigare förundersökning, straffprocessuella tvångsåtgärder och domar, sidan ett andra stycket, kan vitsordas. Detsamma gäller första meningen i stycke tre. Det bestrids dock att antalet spermier var så få att man med dåtidens analysmetoder inte kunde gå vidare och analysera denna spermafläck ytterligare. Analysmetoder fanns redan vid denna tid. Men, såsom gäller vid all analys, så innebär analysering också en risk för att man förstör spåret. Den risken förelåg då och den har säkert också förelegat med dagens analysmetoder, även om riksåklagaren inte redovisat vilken metod som använts, och det mer korrekta sättet att beskriva situationen 1997–1998 är att polisen och förundersökningsledningen valde att avstå från närmare DNA-analys av skäl som nog aldrig har redovisats. För prövning av frågan om ursäktlighet att inte utreda spåret/beviset så långt som möjligt var är det nödvändigt att få dessa frågor belysta.

Hur ärendet har hanterats, stycke fyra, under de dryga 20 år som förflutit sedan hovrättens dom saknar jag naturligtvis all kännedom om. Det är av intresse för bedömning av frågan om preklusion/ passivitet vilken teknik som nu har använts vid analysen, när denna blev allmänt känd, när den införlivades i SKL/ NFC:s arbetsmetoder och när den nu aktuella analysen verkligen gjordes.

Femte stycket föranleder ingen kommentar.

Jag delar inte Riksåklagarens uppfattning enligt stycke sex. Detta på grund av flera skäl vilka utvecklas i det följande.

Vad Riksåklagaren anför på sidan två och i de tre första styckena på sidan tre kan i allt väsentligt vitsordas.

Det resonemang Riksåklagaren för i stycke fyra håller jag alls inte med i.

Preskription

Riksåklagaren argumenterar utförligt i preskriptionsfrågan och menar att, enligt lagens ordalydelse, ett preskriptionsavbrott har inträtt genom att Sekretess häktades såsom misstänkt för mordet redan 1997 och 1998. Således, menar Riksåklagaren, har ett preskriptionsavbrott inträtt med påföljd att härefter gäller bestämmelserna om absolut preskription enligt 35 kap 6 § brottsbalken.

Inledningsvis måste poängteras att de häktningar, i två perioder, som ägde rum 1997 och 1998 avsåg ett mål som fördes till sitt slut efter prövning i både tingsrätt och hovrätt och där Sekretess frikändes genom lagakraft ägande hovrättsdom.

Sekretess har alltså häktats för brottet men i en rättegång där han slutligt har frikänts. Vad härvid gäller den första häktningstiden kan konstateras att Sekretess frigavs från häktningen, efter tingsrättens prövning, då man bedömde att utredningen ej fördes framåt och proportionaliteten talade emot fortsatt häktning. Under den häktningen delgavs Sekretess heller ej åtal. Den häktningen saknar således, jämlikt BrB 35 kap 3 §, preskriptionsbrytande verkan.

Sekretess häktades härefter på nytt och denna gång erhöill han del av åtal och blev föremål för rättegång i tingsrätt och hovrätt.

Någon uttrycklig lagreglering avseende det exceptionella fallet att häktningen hävts först i samband med dom, vilken härefter vann laga kraft, och att frågan om preskription ska avgöras i samband med resningsansökan synes, såsom Riksåklagaren anger, inte finnas. Det torde sammanhånga just med att frågan är så osannolik att lagstiftaren förutsatt att den sannolikt ej skulle komma att någonsin prövas. En lagakraft ågande dom har ju redan gett den frikånde ett skydd gentemot en ny prövning genom res judicata. Båklunds m fl kommentar till brottsbalken, citerad av riksåklagaren, talar ju också starkt för detta: *”Att någon särskild bestämmelse inte införts i BrB är förklarligt med hänsyn till situationens exceptionella karaktår”*.

BrB 35 kap 3 § gör sig naturligtvis lika starkt gällande betråffande den som frikånts genom dom och i samband härmed slåppts från häktet som för övriga vilka häktats på sannolika skål men slåppts utan åtal. Att göra skillnad utifrån förmodad styrka på bevisningen i det ena eller andra fallet synes omotiverat och kan inte anses vara en ”betydande skillnad”. Hårtill kommer att det torde vara omöjligt att i det enskilda fallet avgöra hur stark bevisningen varit. Åklagare får ju inte väcka åtal i annat fall ån där åklagaren tror på en fållande dom. Likavål som många fall där åtal åndå sker leder till frikånnande domar torde många fall där åklagaren valt att ej väcka åtal på grund av att åklagaren bedömt bevisningen otillråcklig ha kunnat leda till fållande dom om åtal åndå skett. I Sekretess fall dröjde åklagaren i ett första skede så länge med åtal att Sekretess försattes på fri fot och när Sekretess sedermera omhåktades, åtalades och prövades i domstol så fålldes han för all del i tingsråtten men frikåndes i hovråtten. Det går inte att påstå att styrkan på bevisningen ska innebåra någon avgörande betydelse vid prövning om BrB 35 kap 3 § kan tillåmpas analogt.

Det viktiga är istållet att analysera syftet med häktning resp. åtal i förhållande till om åtgårderma skall anses medföra preskriptionsavbrott. Vid en sådan analys kan inledningsvis konstateras att såvål häktning som delgivning av åtal har uttalade syften i förhållande till den då pågående förundersökningen resp. råttegången. Om förundersökningen vål leder till åtal och i sin tur råttegångar och domar så har åtgårderma fyllt sina resp. syften och de kan då inte rimligen ges någon betydelse i frågan om ett nytt mål – ett resningsmål – kan tas upp eller inte.

Det är rimligt att häktning bryter preskriptionstiden för det fallet häktningen också leder till ett avgörande. Det är också rimligt att en häktning som sker i slutet av en preskriptionstid men ej leder till åtal inte skulle vara preskriptionsbrytande. En motsatt ordning skulle innebåra att åklagaren kunde hålla ett mål ”levande” ånda fram till absolut preskription genom att gånga efter annan framstålla häktningssyrkande och erhålla häktningsbeslut mot den misstånkte för att dårefter frislåppa honom. Det är rimligt att ett delgivet åtal får preskriptionsbrytande verkan och att den som delgivits åtalet inte kan hålla sig undan och avvakta preskriptionstiden. Men det finns ingen motsvarande rimlighet i att de tvångsåtgårder som genomfårdes i ett helt annat syfte och under en annan råttegång ska ges preskriptionsbrytande karaktår härutöver. Inte heller finns motsvarande rimlighet i att den som delgivits åtal men härefter också stått åtalad och fått sin ska prövad ska exponeras utöver den egentliga preskriptionstiden för att, efter resning, behåva utstå ytterligare en prövning i samma sak.

Det orimliga i Riksåklagarens tolkning framstår tydligt i aktuellt mål. Sekretess har anledning att känna sig dubbelt skyddad från en ny prövning; laga kraft ägande frikännande dom och preskription. Att dessa två skyddsgrunder sammantagna skulle få verkan att han är oskyddad är direkt orimligt och ett resultat som inte anstår en rättsstat. Lägg därtill gärna märke till att 15-årig preskription har inträtt även räknat från det att hovrättens dom vann laga kraft. I analogi med preskriptionsbestämmelser i civilrätten, där ny preskriptionstid börjar räknas efter preskriptionsavbrott, skulle gärningen alltså, sedan länge, ha preskriberats även efter preskriptionsavbrottet.

Ny omständighet/Ny bevisning/Ursäktlighet

Den spermafläck, innehållande DNA, som påträffades på målsägandens kläder har varit känd ända sedan tidigt i den ursprungliga utredningen. Den har dessutom åberopats som bevisning i tidigare rättegång varför spermafläcken i sig inte kan anses utgöra ny bevisning att föranleda resning till nackdel för Sekretess.

DNA-analyser förekom även i slutet av 1990-talet. Polis och åklagare gjorde då, under förundersökningen, ett medvetet val att inte analysera spermafläcken för att närmare utreda DNA-profilen. Frågan är då om polisens/åklagarens val att ca 23 år senare ändå gå vidare med en analys kan medföra att resultatet vid den analysen är att anse som ett nytt bevis av karaktär att kunna medföra resning till den frikändes nackdel. Själva spermafläcken är inte ny. Det nya är, i fall av matchning, ett resultat av en jämförelseanalys grundad på att polis/åklagare ändrat inställning i förhållande till att gå vidare med analysen och att man därvid erhållit ett matchande resultat.

Jag saknar kännedom om hur analysmetoderna beträffande DNA kan ha förbättrats under mellantiden. Huruvida detta har varit avgörande för de olika besluten att inte gå vidare med en analys resp. att senare göra detta känner jag inte till. Präglas de olika besluten av att man i ett första läge ansåg bevisningen tillräcklig ändå och inte ville riskera att förstöra det påträffade spåret medan man vid det senare beslutet ansett att tiden gått så långt att man hade lite att förlora och därför var beredd att "chansa"? Oavsett vilket, eller om det är en kombination av flera skäl, torde ett matchande resultat, grundat på ovanstående omständigheter, inte självklart utgöra ett nytt bevis av karaktär att det kan medföra resning till nackdel för frikänd. Snarare handlar det om att åklagare/polis efter ca 23 år söker åtgärda en redan känd utredningsbrist från det tidigare målet. Detta gäller i synnerhet som spermafläcken i sig åberopades som bevisning mot den tilltalade i tidigare rättegång.

Ovanstående resonemang sammanhänger med frågan om det varit ursäktligt av åklagare/polis att inte gå vidare med analysen redan under den ordinarie rättegången. Spermafläcken är ju redan åberopad som bevisning. Åklagaren söker nu möjlighet att förstärka värdet av detta redan åberopade bevis och då inställer sig alltså frågan huruvida det varit ursäktligt att åklagare inte utredde och analyserade beviset redan under ordinarie rättegång. På det material som riksåklagaren hittills presenterat kan jag inte finna att så är fallet.

Om ny teknik, förfinade analysmetoder, har medfört att chansen att lyckas få fram en DNA-profil har varit mindre i slutet av 1990-talet och större ca 23 år senare, i sig skulle utgöra en ursäkt för att åklagaren inte redan under ordinarie förundersökning fullföljde analysen så inställer sig frågan om preklusion har inträtt. I den bedömningen, varvid förutsätts att det är de förfinade analysmetoderna som utgör det egentliga "nya", och inte beviset –

spermafläcken – i sig torde åklagaren/polisen ha en plikt att agera så snart den nya tekniken blivit känd och tillgänglig.

Visserligen kan man anföra att preklusion inte kan ha inträtt så länge beviset inte varit fullt ut känt men mot detta kan anföras att det endast är åklagare/polis som kunnat utreda beviset. Endast åklagare/polis har tillgång till samhällets utredningsapparat. Endast åklagare/polis har anledning att utreda frågan närmare. Ursäktlighet under ordinarie rättegång, passivitet i efterförloppet samt underlåtenhet att utreda/åberopa nytt bevis är egentligen bara tre vinklar av samma fråga, nämligen åklagarens utredningsbörda.

SKL/NFC får, vid bedömning av ovanstående frågeställningar, likställas med polis/åklagare vad gäller beräkning av det tidsutrymme som kan accepteras som ursäktligt. Bedömning av den frågan kan inte göras utan att Riksåklagaren först redovisar vilken metod som använts och när denna metod varit tillgänglig för SKL/NFC eller annat utredningsinstitut som stått utredande myndigheter till buds.

Bevisningens styrka

Riksåklagaren menar att ett resultat av kroppsbesiktning och DNA-analys, därvid matchning erhålls, skulle vara ett så starkt bevis att det sannolikt skulle utgöra grund för resning. Den slutsatsen måste ifrågasättas. Gärningen gäller mord och matchning på en spermafläck på målsägandens kläder har egentligen inte något direkt samband med detta. Även om vissa andra slutsatser låter sig göras så ska samtidigt beaktas att styrkan på övrig bevisning nu med fog måste ifrågasättas, ca 24 år efter gärningen.

SAMMANFATTNING

Det finns, förutom preskriptionsfrågan, flera andra omständigheter som måste utredas innan man kan gå in på frågorna sammanhängande med den rättsliga grunden för yrkad kroppsbesiktning. Lika med Riksåklagaren menar jag att preskriptionsfrågan är av avgörande betydelse för om kroppsbesiktning kan tillåtas men menar jag att preskriptionsfrågan dessutom är av betydelse för om förundersökning överhuvudtaget kan bedrivas mot den gentemot vilken preskription inträtt. Jag menar att samma synsätt måste gälla i förhållande till om man i förväg kan förutsätta att något avgörande nytt bevis/ny omständighet inte kan erhållas, att någon giltig ursäkt för att avstå från tidigare analys för erhållande av ökat bevisvärde på redan åberopad bevisning inte föreligger eller om de nu aktuella åtgärderna prekluderats på grund av åklagarens/polisens passivitet. Först om Högsta domstolen finner att inga av dessa omständigheter i sig utgör hinder mot prövning av om den specifika tvångsåtgärden bör tillåtas finns anledning att gå vidare i de frågorna.

Kroppsbesiktning genom tagande av salivprov

Inledningsvis argumenterade jag utifrån Riksåklagarens uttalade ändamål med yrkandet, att utreda möjligheterna till resning till nackdel för Sekretess i förhållande till, bland annat, preskriptionsfrågan. Ändamålet bör också innebära att kroppsbesiktning enligt RB 28 kap 12 b § inte kan komma ifråga. Tillämpning av denna lagregel, sedan konstaterats att Sekretess inte kan likställas med skäligen misstänkt, framstår som en kringgång, ett sätt att erhålla tillgång till tvångsmedlet trots att de rättsliga förutsättningarna egentligen saknas. Riksåklagarens ändamål med ansökan är ju att, inom ramen för en återupptagen förundersökning, stärka bevisningen mot den hon anser redan är misstänkt.

Prövningen ska i stället göras mot RB 28 kap 12§. Vid en sådan prövning utgör varken ändamåls- eller behovsprincipen hinder mot tvångsmedlet. Däremot strider beslut om kroppsbesiktning mot såväl legalitets- som proportionalitetsprincipen.

Redan av Riksåklagarens egna yttrande framgår att det saknas lagstöd för det framställda yrkandet. Kan då avsaknaden av sådant stöd utfyllas genom analogier från andra regler? Jag menar att legalitetsprincipen förhindrar detta. Analogiförbud finns i straffrätten, vad gäller straffbud. Grunden härför är legalitetsprincipen. Man ska inte kunna straffas för något som inte är konkret kriminaliserat. Skyddsaspekten för den enskilde gentemot tvångsmedelsanvändning är i många fall lika stark. Kroppsbesiktning är, här till, en ingripande integritetskränkning. Skydd från att, utan konkret lagstöd, behöva utsättas härför finns både i vår grundlag och i konventioner, bl a EKMR. Att tvingas utsättas för en kroppsbesiktning utan uttryckligt lagstöd menar jag strider mot legalitetsprincipen. Lika lite som det är tillåtet att tillämpa näraliggande straffbud analogt bör det vara tillåtet att analogisera vad gäller förutsättningarna för kroppsbesiktning. Snarare kan man tycka att det närmar sig ett stötande resonemang att, trots oskyldighetspresumtioner, vilja likställa frikänd med skäligen misstänkt.

Proportionalitetsprincipen får, i detta fall, en alldeles särskild betydelse, återigen genom det av Riksåklagaren angivna ändamålet. Proportionaliteten måste prövas övergripande utifrån de slutliga konsekvenser ett medgivande till kroppsbesiktning kan leda till. OM gärningen trots allt inte är preskriberad och OM den ej heller är prekluderad, OM åklagarens underlåtenhet att analysera inom ramen för den ursprungliga processen anses ursäktligt och därtill OM analogier anses tillåtna vad gäller tillåtande av kroppsbesiktning så kan vi alltså hamna i det läget att Sekretess ändå kan tvingas till en ny prövning av hans skuld. Detta trots frikännande dom för mer än 20 år sedan och en gärning som normalt vore preskriberad för mer än nio år sedan. I synnerhet som frågan avser resning till nackdel för enskild, frikänd, kan tillåtande av kroppsbesiktning inte anses proportionerligt.

Målets handläggning

Jag hemställer att jag ges möjlighet att inkomma med kostnadsräkning innan Högsta domstolen skiljer målet ifrån sig.

Umeå 2021 01 08

Ulf Holst