



SÄRTRYCK/OFFPRINT UR

FESTSKRIFT

TILL

PETER WESTBERG

JURISTFÖRLAGET I LUND

2024

*Redaktionskommité*

Lotta Maunsbach

Alexander Hardenberger

# Balkongmålet – ett misslyckat prejudikat

## I. Inledning

Den som läser tingsrättsdomar i brottmål stöter ofta på hänvisningar till Högsta domstolens avgörande i det s.k. Balkongmålet (NJA 2015 s. 702).<sup>1</sup> Det finns i skrivande stund drygt två hundra tingsrättsdomar som hänvisar till Balkongmålet,<sup>2</sup> vilket gör fallet till ett av de allra mest citerade prejudikaten i svensk rättspraxis. Hänvisningarna finns i regel i den del av tingsrättsdomen där domstolen redogör för de allmänna förutsättningarna för bevisprövning i brottmål. En återkommande formulering är att Högsta domstolen i Balkongmålet har ”anvisat en metod för bevisvärdering som kan användas i många fall”<sup>3</sup> och det sägs att metoden fått ”genomslag”<sup>4</sup> och ”vunnit märkbar efterföljd i underrätterna”<sup>5</sup>.

\* Professor i allmän rättslära vid Lunds universitet. Tack till Maria Aminoff, My Bergius, Matilda Bergström, Roberta Colonna Dahlman, Alexander Hardenberger, Sverker Jönsson, David Reidhav och Sacharias Votinius för värdefulla synpunkter på tidigare versioner av manuskriptet.

<sup>1</sup> Högsta domstolen 2015-11-04, B 4003-14.

<sup>2</sup> En sökning på ”NJA 2015 s. 702” i Rättsbanken ger träff i 204 tingsrättsavgöranden (2023-01-27).

<sup>3</sup> Se t.ex. Stockholms tingsrätt 2022-12-27, B 12653-22, Göteborgs tingsrätt 2021-06-07, B 7959-20, Södertörns tingsrätt, 2022-01-19, B 18003-20, Sundsvalls tingsrätt 2022-12-13, B 1884-21, Uppsala tingsrätt 2022-12-08, B 3443-20, och Kalmar tingsrätt 2020-11-12, B 985-20. Jag känner bara till ett fall där tingsrätten uttryckligen ratar Balkongmetoden. Se Hälsinglands tingsrätt 2023-01-17, B 1678-22, s. 72.

<sup>4</sup> Södertörns tingsrätt 2019-06-12, B 17289-18, s. 8.

<sup>5</sup> Gotlands tingsrätt 2021-02-08, B 1009-20, s. 52.

Den som går till HD:s dom i Balkongmålet för att informera sig om innehållet i denna inflytelserika bevisvärderingsmetod blir emellertid besviken. Det visar sig nämligen att domen inte tillhandahåller en metod för värdering av bevis. Det som lanseras av HD är i själva verket bara en ordningsföljd för bevisprövning, där prövningen sker i tre steg. Jag kommer att kalla den prövningsordning som lanseras i Balkongmålet för *tre-stegsmodellen*.

Trestegsmodellen ser ut på följande sätt. I steg 1 värderas endast bevisning som stöder åtalet. Eventuell motbevisning läggs åt sidan tills vidare. Steg 1 fokuserar på den huvudsakliga bevisningen till stöd för åtalet och bevis av mindre betydelse läggs också åt sidan tills vidare. Bevisvärderingen i steg 1 avslutas med att bevisningen till stöd för åtalet prövas i förhållande till beviskravet. Om den uppfyller beviskravet går prövningen vidare till steg 2. Om den inte uppfyller beviskravet är saken klar: den tilltalade frias och det finns ingen anledning att gå vidare till steg 2 och 3. I steg 2 beaktas den tilltalades berättelse och bevisningen som stöder den. Steg 2 handlar alltså om att värdera motbevisningen, och bedöma om den försvagar bevisläget mot den tilltalade. I steg 3 sker en sammantagen värdering av all bevisning. Nu beaktas även de bevis av mindre betydelse som lades åt sidan i steg 1. Steg 3 avslutas med en slutgiltig prövning om beviskravet är uppfyllt.

När det talas om ”balkongmetoden” är det alltså denna trestegsmodell som åsyftas. Det är olyckligt att den har fått så stort genomslag eftersom den i flera avseenden inte håller måttet. För det första är den inte en metod för ”bevisvärdering”, som vanligtvis påstås. Trestegsmodellen säger ingenting om hur en domstol bör gå till väga när den värderar hur starkt stöd ett visst bevisfaktum, eller en kombination av bevisfakta, ger för eller mot ett visst bevistema. För det andra är trestegsmodellen omöjlig att tillämpa. Det går inte att separera bevisprövning i de steg som modellen anger. Enligt trestegsmodellen skall den tilltalades berättelse först beaktas i steg 2, men den utgör en alternativhypotes till gärningsbeskrivningen som måste beaktas redan i steg 1 när bevisningen till stöd för åtalet värderas. Detta märks när HD försöker tillämpa trestegsmodellen på bevisningen i Balkongmålet och inte lyckas upprätthålla sin egen

uppdelning. För det tredje binder trestegsmodellen upp prövningen i en dualism mellan åklagarens gärningsbeskrivning och den tilltalades berättelse som medför att andra alternativhypoteser riskerar att försummas. Denna risk förverkligas i Balkongmålet när HD förbiser ett tredje alternativt händelseförlopp och felbedömer bevisläget. Trestegsmodellen innehåller dessutom ett antal andra problem och underligheter. I den här artikeln kommer jag att gå igenom dessa tillkortakommanden.

## 2. Domen i Balkongmålet

Balkongmålet handlar om en man, BB, som står åtalad för att ha försökt ta livet av sin fru, LI. Paret bor i en lägenhet med balkong på sjätte våningen. En vinterkväll 2013 har de ett våldsamt gräl som slutar med att LI faller från balkongen. Hon landar på en stenbeläggning men överlever, och BB åtalas för mordförsök. BB nekar till anklagelsen. Enligt hans berättelse hoppade LI från balkongen i ett försök att begå självmord. BB döms i tingsrätten, frias därefter i hovrätten, och döms till slut i HD.

Innan HD ger sig in i en bedömning av de specifika omständigheterna i målet gör domstolen några generella uttalanden om bevisprövning under rubriken ”Allmänt om bevisning”. Detta avsnitt inleds (p. 18–19) med att HD kort beskriver grunderna i svensk bevisrätt – principen om fri bevisföring och fri bevisvärdering, omedelbarhetsprincipen, m.m. – och ett stycke (p. 20) där HD förklarar att bevisprövningen skall genomföras på ett objektivt, rationellt och strukturerat sätt.<sup>6</sup> Hittills inga nyheter, men därefter kommer ett stycke (p. 21) där det sägs att principen om fri bevisprövning inte hindrar HD från att skapa normer för bevisvärdering. Detta uttalande är intressant eftersom frågan är omdiskuterad och kontroversiell i den rättsvetenskapliga litteraturen,<sup>7</sup> men kommer inte behandlas vidare i denna artikel. Sedan kommer det avsnitt i

<sup>6</sup> Jfr SOU 1938:44 s. 378.

<sup>7</sup> Se t.ex. Diesen ”Balkongfallet – ett riktigt bevisprejudikat”, *Juridisk Tidskrift*, nr 3, 2015, s. 667.

domen (p. 21–23) där trestegsmodellen lanseras. HD presenterar den på följande sätt.

Det är inte möjligt att ange en modell för bevisbedömningen som kan tillämpas i alla olika typer av mål. Men det utesluter inte att det för en kategori av fall kan finnas en metod som bättre än andra är ägnad att säkerställa såväl en omsorgsfull värdering av bevisningen som en tydlig redovisning av domstolens överväganden.

En metod som kan användas i vissa fall, t.ex. i ett fall som detta, är att rätten först identifierar de faktiska förhållanden (bevisfakta) som har åberopats och som har betydelse med avseende på bevis temat. Med bevis tema avses då den eller de omständigheter (rättsfakta) som talan baseras på; i det här fallet den gärningsbeskrivning som ligger till grund för åtalet. För att inte bevisbedömningen ska bli resultatet av ett mera allmänt betraktande av bevisningen i målet är det i regel lämpligt att domstolen värderar betydelsen av varje bevis faktum. Sådan bevisning som bedöms vara av mindre betydelse kan till en början läggas åt sidan.

Om det visar sig att det sammanvägda värdet av den bevisning som har åberopats till stöd för bevis temat (gärningsbeskrivningen) inte är så högt, att det räcker för att detta ska vara styrkt, saknar bevisning som har åberopats mot temat betydelse. Den tilltalade ska då frikännas redan på grund av att bevisningen mot henne eller honom är otillräcklig (jfr NJA 2010 s. 671, p. 13). Om däremot bevisningen är så stark, att den i sig är tillräcklig för att beviskravet ska vara uppfyllt, måste den tilltalades berättelse och bevisning som stöder denna granskas. Motbevisas det som läggs den tilltalade till last ska åtalet ogillas. Frikännande blir också följderna om den tilltalades berättelse och annan bevisning som har åberopats mot bevis temat tar sådan kraft från de bevisfakta som talar för detta, att beviskravet inte är uppnått. Innan bevisbedömningen avslutas ska en övergripande och slutlig sammanvägning av bevisningen göras, och då kan det finnas anledning att också beakta sådan bevisning som tidigare har lagts åt sidan.

Det allmänna avsnittet i domskälen fortsätter därefter med ett påpekande om den tilltalades rätt att tåga och en reflektion om felkällor i protokoll från polisförhör under förundersökningen. Därefter kommer ytterligare ett allmänt avsnitt där HD redogör kortfattat för beviskravet i brottmål. Jag kommer fokusera på trestegsmodellen, eftersom det är denna som avses när det sägs i underrättsdomar

att HD i Balkongmålet har ”anvisat en metod för bevisvärdering” (se avsnitt 1).

### 3. En ordningsföljd för bevisprövning är inte en metod för bevisvärdering

Bevisvärdering handlar om att bedöma hur starkt stöd olika bevisfakta ger åt en viss hypotes. I brottmål består huvudhypotesen av åklagarens gärningsbeskrivning, men det kan också förekomma andra hypoteser som är kopplade till denna, t.ex. att den tilltalade befunnit sig på brottsplatsen. För varje hypotes som åklagaren försöker leda i bevis kan en eller flera alternativa hypoteser ställas upp. Vissa bevisfakta ger stöd åt åtalet och ökar sannolikheten för att det har gått till som gärningsbeskrivningen säger. Motbevisning stöder alternativa hypoteser och minskar sannolikheten för gärningsbeskrivningen. Vissa bevisfakta ger direkt stöd åt en hypotes, medan andra bevisfakta ger ett indirekt stöd via en kedja av mellanliggande hypoteser. Den senare typen av bevis kallas ofta indicier, och vid bedömningen av indiciebevisning måste osäkerheter i varje led av bevisedjan beaktas. Bevisvärderingen utmynnar i en bedömning av hur sannolik gärningsbeskrivningen är givet denna komplexa struktur av bevisfakta.

En metod för bevisvärdering anger ett tillvägagångssätt för de olika momenten av denna bedömning. En bevisvärderingsmetod bör t.ex. ange vilka faktorer som avgör hur starkt stöd ett bevisfaktum ger åt en viss hypotes, hur alternativa hypoteser kommer in i bedömningen, hur osäkerhet ackumuleras i bevisedjor och hur man uppskattar det sammanlagda stödet av samverkande bevisning. I min handbok om bevisvärdering behandlas samtliga dessa metodfrågor ingående.<sup>8</sup> I Balkongmålet behandlas de inte alls. Att beskriva den modell som lanseras i Balkongmålet som en ”metod för bevisvärdering” (se avsnitt 1) är därför helt felaktigt. Tre-stegsmodellen är bara en ordningsföljd för bevisprövningen.

<sup>8</sup> Dahlman *Beviskraft – Metod för bevisvärdering i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018.

HD påstår i Balkongmålet att det ”inte är möjligt att ange en modell för bevisbedömningen som kan tillämpas i alla olika typer av mål” (p. 21). Detta är en långtgående bevisteoretisk tes som HD inte ger några som helst argument för. Tesen är anmärkningsvärd eftersom generell metod för bevisprövning finns i den bevisrättsliga litteraturen.<sup>9</sup> Min ovan nämnda handbok tillhandahåller en metod för bevisvärdering som kan tillämpas i alla typer av brottmål.<sup>10</sup>

#### 4. Bevisning som ”åberopats till stöd för gärningsbeskrivningen”

I trestegsmodellen skall först (steg 1) bevisning som åberopats till stöd för gärningsbeskrivningen bedömas och därefter (steg 2) beaktas bevisning som stöder den tilltalades berättelse. Vid ett ytligt betraktande kan denna uppdelning framstå som klar och naturlig, men hur skall ”åberopats till stöd för gärningsbeskrivningen” förstås mer exakt? Skall bevisning som inte åberopats av åklagaren inte beaktas i steg 1, även om den enligt domstolens bedömning faktiskt stöder gärningsbeskrivningen? Vi kan exempelvis tänka oss en situation där ett av försvarets vittnen har sagt något som till den tilltalades förfaran ger ett väsentligt stöd åt åtalet. Skall detta inte beaktas i steg 1 därför att det inte har åberopats av åklagaren? Om man tolkar HD ordagrant blir det så, men det skulle få absurda konsekvenser. Enligt trestegsmodellen skall ju den tilltalade frias om den bevisning som beaktats i steg 1 inte räcker till. Om viss bevisning som faktiskt stöder åtalet inte beaktas i steg 1 skulle det kunna leda till ett utfall där domstolen finner att den bevisning som beaktas i steg 1 inte uppfyller beviskravet och den tilltalade frias, trots att domstolen om den hade fått gå vidare till steg 2 och 3 faktiskt hade kommit fram till att den ytterligare bevisning som stöder åtalet förbättrar bevisläget så att gärningsbeskrivningen vid den sammantagna bedömningen av all bevisning hade ansetts styrkt.

<sup>9</sup> Se t.ex. Ekelöf *Rättegång IV*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1982, Bolting *Går det att bevisa?*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1989 och Diesen *Bevisprövning i brottmål*, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015.

<sup>10</sup> Dahlman, supra not 8.



Att detta skulle kunna inträffa kan knappast ha varit HD:s avsikt när man säger att det endast är den bevisning som ”åberopats” till stöd för gärningsbeskrivningen som skall beaktas i steg 1. Den enda rimliga tolkningen är att den bevisning som enligt domstolens bedömning faktiskt stöder gärningsbeskrivningen skall beaktas i steg 1 oavsett om den åberopats av åklagaren eller inte. Denna tolkning gör också Mikael Mellqvist i sin analys av Balkongmålet.<sup>11</sup> Den enda rimliga tolkningen är alltså att HD uttryckt sig ogenomtänkt när man talar om bevisning som ”åberopats” till stöd för gärningsbeskrivningen. Tanken är att den provisoriska bevisprövning som sker i steg 1 skall beakta bevisning som stöder åtalet, och bortse från eventuell motbevisning.<sup>12</sup>

Att bevisning som enligt domstolens bedömning faktiskt stöder åtalet behöver beaktas i steg 1 även om den inte åberopats av åklagaren får praktiska konsekvenser som HD nog inte har tänkt på. I trestegsmodellen framställs det som om den bevisning som förts in i målet av försvarssidan kan läggas åt sidan i steg 1, men det går ju inte när det som avgör vilken bevisning som inkluderas i steg 1 inte är vem som har åberopat den, utan i vad mån den faktiskt ger stöd åt gärningsbeskrivningen. För att undvika det absurda utfall vi såg ovan, där domstolen friar den tilltalade i steg 1 trots att bevisningen enligt domstolens egen bedömning uppfyller beviskravet, måste ju domstolen redan i steg 1 gå igenom även den bevisning som förts in i målet av försvarssidan och undersöka om det finns något i den som ger stöd åt åtalet. Den bevisning som åberopats av försvarssidan måste alltså gås igenom i steg 1 och därefter ytterligare en gång i steg 2.

Trestegsmodellen är således inte så enkel och uppdelad som den presenteras. Man kan exempelvis tänka sig en situation där ett vittne som hörs på försvarets begäran säger vissa saker som talar mot åtalet

<sup>11</sup> Mellqvist ”Balkongmetoden – några kommentarer till vissa kommentarer”, *Juridisk Tidskrift*, 2019, s. 779.

<sup>12</sup> Enligt Marcus Agnafors är det fel av HD att tala om beviskravet som ”uppfyllt” när motbevisningen inte har beaktats (Agnafors ”Bevisprövningsmetoden i Balkongmålet – en kritik”, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 2019, s. 365). Denna kritik handlar bara om att märka ord. Vad HD menar är ju att beviskravet är hypotetiskt uppfyllt givet den hypotetiska förutsättningen att det inte finns någon motbevisning.

och vissa saker som ger stöd åt åtalet.<sup>13</sup> Då måste domstolen i steg 1 vaska ut och beakta de saker som stöder åtalet, och sedan i steg 2 gå igenom vittnesmålet igen och beakta de saker som talar mot åtalet.

Att domstolen redan i steg 1 behöver gå igenom den bevisning som förts fram av försvarssidan medför en risk för att domstolen redan i steg 1 beaktar omständigheter som talar mot åtalet. En genomgång av underrättspraxis visar att detta inträffar. Ett exempel finns i en dom från Göteborgs tingsrätt där flera personer åtalas för bilbränder i Västra Frölunda.<sup>14</sup> Domstolen försöker följa trestegsmodellen, men för en av de åtalade, AH, framgår det av domskälen att omständigheter som talar mot åtalet beaktas redan i steg 1. AH grips bara några timmar efter bränderna, men vid den tekniska undersökningen hittas inga spår av brandsot eller brännbar vätska på hans händer eller skor.

När en omständighet som talar mot åtalet beaktas redan i steg 1 finns en uppenbar risk att samma omständighet beaktas en gång till i steg 2, och därmed räknas två gånger. Sådan dubbelräkning<sup>15</sup> är ett bevisvärderingsmisstag som kan medföra att den tilltalade frias, trots att bevisningen hade uppfyllt beviskravet om den motverkande omständigheten hade räknats en gång. Så som trestegsmodellen är utformad inbjuder den till detta misstag.

## 5. Att lägga undan bevisning ”av mindre betydelse”

Nästa underlighet i trestegsmodellen är att bevisvärderingen i steg 1 inte inkluderar samtliga omständigheter som stöder åtalet. Enligt HD kan bevisning ”av mindre betydelse” läggas åt sidan i steg 1 och först beaktas i steg 3. Som Christian Diesen uppmärksammar i sin kritik av Balkongmålet medför detta att bedömningen av bevisläget till stöd för åtalet inte blir korrekt.<sup>16</sup>

Här uppkommer samma problem som när omständigheter som stöder åtalet inte beaktas i steg 1 därför att de inte återopats av åkla-

<sup>13</sup> Jfr Holmgård *Bevisning i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019, s. 50.

<sup>14</sup> Göteborgs tingsrätt 2019-12-02, B 7583-19, s. 49.

<sup>15</sup> Jfr Dahlman, *supra* not 8, s. 271.

<sup>16</sup> Diesen, *supra* not 7, s. 675.

garen (se avsnitt 4). Ett utfall kan uppkomma där den bevisning till stöd för åtalet som beaktas i steg 1 nästan når upp till ribban men inte riktigt uppfyller beviskravet och den tilltalade därför frias, men om domstolen hade fått gå vidare till steg 2 och 3 så hade det visat sig att den mindre viktiga bevisning som lades åt sidan i steg 1 hade knuffat bevisläget över ribban så att åtalet vid en samlad bedömning av all bevisning hade ansetts styrkt. Som vi konstaterade i avsnitt 4 är det inte rimligt att ett sådant utfall kan uppkomma. Instruktionen att bevisning av mindre betydelse inte inkluderas i steg 1 är således ohållbar.

## 6. Granskning av ”den tilltalades berättelse”

I steg 2 av trestegsmodellen beaktas den bevisning som talar mot åtalet. HD beskriver detta som en granskning av ”den tilltalades berättelse och bevisning som stöder denna”. Denna formulering är underlig eftersom den tilltalades berättelse är en alternativhypotes till gärningsbeskrivningen och därför behöver beaktas redan i steg 1 när bevisningen till stöd för gärningsbeskrivningen värderas. För att värdera hur starkt stöd ett bevisfaktum ger åt en viss hypotes måste man alltid beakta alternativa hypoteser.<sup>17</sup> Det går inte att värdera detta stöd frikopplat från alternativa hypoteser.

Låt oss exempelvis anta att vi betraktar ett visst bevisfaktum och konstaterar att det förklaras mycket väl av den hypotes som utgör gärningsbeskrivningen. Bevisfaktumet i fråga är precis vad vi förväntar oss att se om det har gått till på det sätt som gärningsbeskrivningen säger. Detta skulle kunna föranleda slutsatsen att bevisfaktumet ger ett starkt stöd åt gärningsbeskrivningen, och att gärningsbeskrivningen därför med hög sannolikhet är sann, men en sådan slutsats vore förhastad. Innan vi drar några sådana slutsatser måste vi beakta alternativa hypoteser. Låt oss anta att vi då lägger märke till att en alternativ hypotes är en precis lika bra förklaring till bevisfaktumet som gärningsbeskrivningen. Det är precis lika sannolikt att vi skulle se det föreliggande bevisfaktumet om gärnings-

<sup>17</sup> Dahlman, supra not 8, s. 66 ff.

beskrivningen är sann som om alternativhypotesen är sann. I så fall ger inte bevisfaktumet mer stöd för gärningsbeskrivningen än för alternativhypotesen och det vore felaktigt att dra slutsatsen att gärningsbeskrivningen är mycket sannolik till följd av bevisfaktumet.

Även alternativhypoteser som inte är lika bra förklaringar som gärningsbeskrivningen måste beaktas. Ju bättre den hypotes som utgör gärningsbeskrivningen är som förklaring till den föreliggande bevisningen än alternativhypotesen desto starkare stöd ger bevisningen åt gärningsbeskrivningen. För att värdera hur starkt stöd ett visst bevisfaktum ger åt gärningsbeskrivningen måste därför en jämförelse göras med förklaringsvärdet hos alternativa hypoteser.

I steg 1 av trestegsmodellen måste alltså möjliga alternativhypoteser beaktas när bevisningen till stöd för åtalet värderas. Om den alternativhypotes som kommer till uttryck i den tilltalades berättelse inte är en omöjlig tokhypotes som omedelbart kan lämnas därhän så kommer den alltså att ingå bland de alternativhypoteser som figurerar redan i steg 1, och kommer inte att introduceras först i steg 2 som trestegsmodellen ger sken av.

Att det inte går att genomföra bevisvärderingen i steg 1 frikopplat från den alternativa hypotes som kommer till uttryck i den tilltalades berättelse framkommer tydligt i HD:s egen bevisvärdering i Balkongmålet. Som nämnts ovan kommer den tilltalade, BB, med en berättelse där LI själv försökte ta livet av sig genom att hoppa från balkongen. Denna alternativhypotes figurerar redan i steg 1 av HD:s bevisvärdering, när HD går igenom och värderar den bevisning som stöder åtalet. I HD:s domskäl utgörs steg 1 av punkterna 35–63 och steg 2 sker i punkterna 64–71. Redan i punkt 62 säger HD följande om den alternativa självmordshypotesen.

Det framstår vidare som mycket svårförklarligt att LI efter att ha blivit utsatt för misshandel av BB och slagits blodig skulle – för att ta sitt liv eller av annat skäl – självmant ha klättrat upp på eller över räcket och avsiktligt eller oavsiktligt släppt taget och fallit ned från balkongen.

En viktig bevisning i målet är de blodfläckar av LI:s blod som påträffats på väggar och golv i lägenheten och på BB:s kläder. Enligt åklagarens gärningsbeskrivning har de uppkommit genom att BB

slagit LI och därefter burit ut henne på balkongen och hivat henne över räcket. BB förnekar detta. Enligt BB:s version av händelseförloppet har blodfläckarna uppkommit efter det att LI kastat sig från balkongen för att ta sitt liv. BB hävdar att han sprang ner för att se hur det hade gått för LI och fick hennes blod på sig när han försökte lyfta henne, varefter han återvände till lägenheten med hennes blod på händerna och då smutsade ner väggar och golv med de blodfläckar som påträffats. Denna alternativhypotes måste beaktas vid bevisvärderingen av blodfläckarna som stöd till åklagarens gärningsbeskrivning, och det gör också HD. Alternativhypotesen dyker upp två gånger i steg 1. När det gäller blodfläckarna i lägenheten säger HD följande (p. 36).

Slutsatsen av den blodbildsanalys som har gjorts är att det i praktiken är uteslutet att blodförekomsten i lägenheten har uppstått genom att BB efter fallet har fått LIs blod på sig och sina kläder och därefter avsatt det i lägenheten.

Och när det gäller blodet på BB:s kläder gör HD följande bedömning (p. 44).

BB hade LIs blod på flera ställen på sina kläder. Åtminstone blodet på t-shirten och på ena byxbenet och strumpan måste ha avsatts i samband med händelsen. Att BB skulle ha fått detta blod på sina kläder först efter det att LI föll från balkongen framstår som uteslutet; det har omvittnats att BB hade skor på sig när han var nere på gården och något blod har inte påträffats på skorna, men väl alltså bl.a. på BB:s ena strumpa.

HD klarar alltså inte att upprätthålla den uppdelning som man själv precis har lanserat.

Samma fenomen kan observeras i underrättsdomar som försöker följa trestegsmodellen. Ett exempel finns i ett mål från Södertörns tingsrätt där en man, SV, skjutits till döds på Årstabron. En av de åtalade, TK, var vän med SV, och enligt TKs version av händelseförloppet har han träffat SV på Årstabron tillsammans med en annan person som han inte vill namnge och denne har plötsligt skjutit SV.

Tingsrätten säger uttryckligen att den tillämpar trestegsmodellen, men TKs berättelse dras in som alternativhypotes redan i steg 1.<sup>18</sup>

Det bör understrykas att domstolarna inte gör fel när de beaktar den tilltalades berättelse som alternativhypotes vid värderingen av bevisningen som stöder åtalet. Felet är att trestegsmodellen framställer det som att den tilltalades berättelse inte behöver beaktas förrän senare.

En kritik som har framförts mot Balkongmålet av Marcus Agnafors är att trestegsmodellen kan ge upphov till en konfirmeringsbias till förmån för gärningsbeskrivningen. Agnafors är orolig för att en provningsordning där den tilltalades berättelse inte beaktas förrän i steg 2 kan skapa en situation där domstolen övertygas om den tilltalades skuld i steg 1 och sedan inte är mottagliga för ett annat perspektiv i steg 2.<sup>19</sup> Det faktum att domstolar som tillämpar trestegsmodellen, och finner vid den provisoriska prövningen i steg 1 att åklagarens bevisning uppfyller beviskravet, sällan finner i steg 2 att den tilltalades berättelse är plausibel skulle kunna tyda på en sådan konfirmeringsbias. Den bedömning som domstolarna vanligtvis ger uttryck för i steg 2 är att den tilltalades berättelse inte rubbar bevisläget eftersom den är ”osannolik” och ”framstår som en efterhandskonstruktion”.<sup>20</sup> Som vi har sett är det emellertid inte möjligt att pröva bevisningen till stöd för gärningsbeskrivningen utan att beakta alternativa hypoteser och domstolarna drar därför in den tilltalades berättelse i bedömningen redan i steg 1. En bättre förklaring till att den tilltalades berättelse sällan rubbar bevisläget i steg 2 är därför att den redan beaktats i steg 1.

## 7. Förbiseende av en tredje hypotes

Ett ytterligare problem med trestegsmodellen är att den är uppbyggd kring en dualism mellan två hypoteser: gärningsbeskrivningen och den tilltalades berättelse. Detta riskerar att medföra att den som föl-

<sup>18</sup> Södertörns tingsrätt 2022-01-19, B 18003-20, s. 84 och s. 119.

<sup>19</sup> Agnafors, supra not 12, s. 367–371. Se även Gotlands tingsrätt 2021-02-08, B 1009-20, s. 52.

<sup>20</sup> Se t.ex. Solna tingsrätt 2019-04-04, B 3252-18.

jer modellen blir helt fokuserad på dessa två hypoteser och förbiser andra alternativhypoteser. Eftersom bevisbördan i brottmål ligger helt på åklagaren måste alla alternativa hypoteser till gärningsbeskrivningen uteslutas för att gärningsbeskrivningen skall vara styrkt bortom rimligt tvivel. I många fall finns det inga andra alternativ än gärningsbeskrivningen och den tilltalades berättelse, men ibland finns det en ytterligare hypotes som behöver beaktas (eller flera ytterligare hypoteser).

En möjlighet som ibland behöver beaktas är att det inte har gått till på det sätt som gärningsbeskrivningen påstår, men den tilltalade av någon anledning inte vill berätta vad som verkligen hände och därför för fram en påhittad berättelse. Det kan exempelvis inträffa när en berättelse om det verkliga händelseförloppet skulle innebära att den tilltalade erkänner ett annat brott. Då får vi en rättegång där två hypoteser ställs mot varandra av parterna, men båda hypoteser är oriktiga.

Om domstolen förbiser en tredje hypotes kan ett allvarligt tankefel uppkomma i bevisvärderingen. När domstolen felaktigt antar att summan av sannolikheten för gärningsbeskrivningen och sannolikheten för den tilltalades berättelse är 100 % (eftersom man felaktigt utgår ifrån att dessa två hypoteser uttömmar alla möjligheter) så kommer en bedömning av den tilltalades berättelse där sannolikheten bedöms ligga nära noll leda till den felaktiga slutsatsen att sannolikheten för gärningsbeskrivningen måste befinna sig nära 100 % ( $100 - 0 = 100$ ). Precis detta fel gjorde HD när de tillämpade sin egen restegsmodell på mordåtalet i Balkongmålet.

Utredningen i målet visar att BB och LI hade ett konfliktfyllt äktenskap. LI beskriver BB som svartsjuk och kontrollerande. Hon har talat med honom om en separation men han går inte med på skilsmässa. Vid ett tillfälle skall han ha sagt ”Du lämnar mig inte levande!”. Den aktuella kvällen har de grälat häftigt. Grannarna har hört skrik och oväsen från lägenheten. På grund av sin skallskada har LI bara fragmentariska minnesbilder av händelseförloppet innan hon föll från balkongen. Hon minns att hon hade ont och att BB bar henne över sin vänstra axel ut på balkongen. Hon har ett

minne av att det blev kallt när de kom ut på balkongen. Sedan tar hennes minnesbilder slut.

Enligt gärningsbeskrivningen har BB slagit LI och därefter försökt döda henne genom att kasta henne från balkongen. Enligt BB:s berättelse har han inte slagit henne, och LI har själv kastat sig från balkongen för att ta livet av sig. Det finns blodspår på BB:s t-shirt som passar ihop med gärningsbeskrivningen och med LI:s minne av att ha blivit burit på hans vänstra axel. HD konstaterar att all bevisning i målet passar bra ihop med gärningsbeskrivningen (p. 61), men inte stämmer alls med BB:s berättelse, och framhåller särskilt att blodspåren i lägenheten är helt oförenliga med BB:s version av händelseförloppet (p. 68).

Polisens tekniker har uttalat att undersökningsresultaten avseende blodet i lägenheten extremt starkt talar emot BBs förklaring. Det har därför bedömts som i praktiken uteslutet att det har gått till så som BB har angett.

HD bedömer därför att den alternativhypotes som utgörs av BB:s berättelse kan uteslutas (p. 71), och drar därifrån slutsatsen att åklagarens gärningsbeskrivning är bevisad bortom rimligt tvivel (p. 74) eftersom det inte kan ha gått till på något annat sätt. HD kommer på detta sätt fram till att det är bevisat att BB hade avsiktssuppsåt att beröva LI livet, och dömer honom för försök till mord.

Detta innebär att händelseförloppet inte har varit det som BB uppgett. Det saknas varje antydning till att det har gått till på något tredje sätt, dvs. på ett sätt som varken LI eller BB har uppgett. BBs handlande kan inte förstås på något annat sätt än att det var hans mål att beröva LI livet.

HD förbiser emellertid en tredje hypotes som passar med utredningen i målet, nämligen att BB inte försökte ta livet av LI, utan hade för avsikt att skrämma henne så att hon inte skulle lämna honom. Enligt denna alternativhypotes hade BB inte avsiktssuppsåt att döda LI. Denna tredje hypotes stämmer med vad som framkommit om grälet mellan BB och LI som ledde fram till att LI föll från balkongen. LI ville lämna BB, men BB kunde inte acceptera det.



Enligt den tredje hypotesen ser händelseförloppet ut på följande sätt. BB slår LI upprepade gånger och säger ”Om du lämnar mig dödar jag dig!”. Han misshandlar henne så svårt att hon nästan tappar medvetandet. För att manifesteras allvaret i sitt hot bär han ut henne på balkongen och håller ut hennes överkropp över balkongräcket. Syftet med detta är att skrämma LI, men något går fel. Kanske kvicknar LI till av den kalla nattluften och försöker slita sig loss. Hon kommer ur hans grepp och faller ner på stenbeläggningen. Detta händelseförlopp passar bra ihop med all bevisning i målet. Det passar med blodspåren i lägenheten och blodspåren på BB:s kläder. Det passar med LI:s minnesbilder och grannarnas vittnesmål. Och det passar med BB:s inställning till den äktenskapliga konflikten.

Den tredje hypotesen stämmer minst lika bra som gärningsbeskrivningen med bevisningen i målet. Detta innebär att bevisningen inte ger mer stöd åt gärningsbeskrivningen än åt denna alternativhypotes, och det är följaktligen inte bevisat att BB hade avsiktssuppsåt att döda LI. Man skulle kunna hävda att det åtminstone förelåg ett likgiltighetsuppsåt och att det därför ändå var rätt att döma BB för försök till mord, men det var ändå fel av HD att finna det styrkt att ”det var hans mål att beröva LI livet” (p. 74).

Hur kunde HD missa denna tredje hypotes? Det krävs ju inte särskilt mycket fantasi och inlevelseförmåga för att komma på den. Jag misstänker att trestegsmodellen bidrog till att den blev förbisedd. Trestegsmodellens uppmärksamhet på motsättningen mellan åklagarens gärningsbeskrivning och den tilltalades berättelse inbjuder ju till att andra möjligheter inte uppmärksammas. I den mån som trestegsmodellen har denna olyckliga effekt föreligger ytterligare en anledning att inte följa den.

## 8. Avslutning

Som vi nu har sett är den trestegsmodell som HD anvisar i Balkongmålet bristfällig i flera allvarliga avseenden. Den innehåller ingen metod för bevisvärdering. Den gör en uppdelning mellan prövningen av gärningsbeskrivningen och den tilltalades berättelse som

är omöjlig att upprätthålla. Och den är uppbyggd kring en dualism mellan dessa två hypoteser som riskerar att medföra att andra alternativa hypoteser förbises.

Hur kan det komma sig att tingsrätterna ändå regelmässigt framhäver Balkongmålet som ett vägledande avgörande för bevisprövningen i brottmål? Den troliga förklaringen är att underrätterna är så svältfödda på vägledning i bevisvärdering att de sväljer varenda smula som HD kastar åt dem. Det visar på ett enormt behov av verklig vägledning.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> HD har nyligen avgjort två fall som handlar om bevisvärdering i indiciemål. Se NJA 2023 s. 29, Högsta domstolen 2023-02-14, B 5952-21 ”Mordet vid busshållplatsen” (I) och B 2354-22 ”Årsta torg (II). Tyvärr är domskälen i dessa avgöranden alltför vaga för att ge någon nämnvärd vägledning för bevisvärderingen i liknande fall.