



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Patrik Budde

När ändamålen helgar tvångsmedlen
Om amerikansk rätts potential för synen på bevisförbud i Sverige

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak

Termin för examen: VT 2014

Innehåll

1	INLEDNING	5
1.1	Syfte och frågeställning	6
1.2	Teori och metod	7
1.3	Disposition och avgränsningar	9
1.4	Material	9
1.5	Forskningsläge	10
2	RÄTTSFILOSOFISK BAKGRUND TILL BEVISRÄTTEN	12
2.1	Betydelsen av normativa förhållningssätt	12
2.1.1	Straffrätten som en del av samhällsnyttan	13
2.1.2	Exemplet ultima ratio och dess betydelse för rättens innehåll	14
2.2	Det konstitutionella ursprunget och inflytandet samt dettas betydelse för rätten som helhet	15
2.2.1	Vad är det generella syftet med en rättsstats konstitution?	15
2.2.2	Den Amerikanska författningen – om en konstitution som skapade ett folk	17
2.2.3	Naturrättens inverkan på den Amerikanska författningen	17
2.2.4	Implementering och utveckling av författningen	18
2.2.5	Svenskarna – ett folk som skapat konstitutioner	18
2.2.6	En lagom lag om rättigheter, eller regeringsformens verkliga inverkan	19
2.2.7	Europakonventionen – en främmande fågel i den svenska rätten?	20
2.3	Några generella tendenser i utvecklingen	21
3	RÄTTEGÅNGSBALKEN - OM BEVISREGLER OCH VISSA TVÅNGSMEDEL	23
3.1	Bakgrund	23
3.1.1	Rättegångsbalken och synen på husrannsakan som tvångsmedel	24
3.1.2	Den fria bevisrättens inträde i rättegångsbalken	25
3.1.3	Bevisvärdering i brottmål eller hur man styr upp det som saknar regler	26
3.1.4	Några konstitutionella aspekter på rättegångsbalken	27
3.1.5	När brottslingen jagar brottslingen eller skillnaden mellan en otillåten gärning och dess avkastning	27
3.2	Indirekta bevisbegränsningar i rätten	28
3.2.1	Bevisförbud i lagstiftningen	28
3.2.2	Bevisförbud i doktrinen	29
3.3	Europakonventionen och synen på bevisning	30
4	MAPP V. OHIO - OM FALLET OCH OM JÄMFÖRBARA FALL I SVERIGE OCH FRÅN EUROPADOMSTOLEN	32
4.1	USA - en federal juridisk ordning i konkurrens med 50 unika system	32

4.1.1	Staten och delstaten – om interna kompetensbegränsningar	33
4.1.2	Den amerikanske medborgaren i gränlandet mellan stat och delstat	33
4.2	Upptakten till Mapp v. Ohio	34
4.2.1	Rättegången i Ohio	35
4.2.2	Fallet i Supreme Court	35
4.2.3	Dissens i Supreme Court	37
4.2.4	Följder och slutsatser av fallet	37
4.2.5	Frukterna av rättsutvecklingen och skäl till eftertanke	38
4.3	Jämförbara fall i svensk rätt	39
4.3.1	Laboratorieassistentfallet	39
4.3.2	Skiljaktig mening angående rättsäkerhet	40
4.3.3	Delgivningsfallet	40
4.3.4	Särskilt yttrande rörande Europakonventionens tillämplighet	41
4.3.5	Menedsfallet	41
4.3.6	Advokatbeslagsfallet	41
4.3.7	Särskilt yttrande angående domstolens skyddsfunktion	42
4.4	Jämförbara fall från Europadomstolen	42
4.4.1	Schenk mot Schweiz	43
4.4.2	Kahn mot Förenade kungariket	43
4.4.3	D. Parris mot Cypern	44
5	JÄMFÖRELSE MELLAN SVENSK OCH AMERIKANSK PROCESS- OCH BEVISRÄTT	45
5.1	Om amerikansk rättsbildning - några för förförståelsen nyttiga upplysningar	45
5.1.1	Indirekta bevisbegränsningar i den amerikanska rätten	46
5.1.2	Den amerikanska regleringen av husrannsakensinstitutet och hur den avviker från den svenska	47
5.2	Mapp v. Ohio som argument för konsekvent rättstillämpning på bevisrättens område	49
5.2.1	Domarens ansvar för upprätthållande av rättighetsskydd	50
5.3	Hur bakomliggande rättsprinciper gavs tänder genom Mapp v. Ohio	51
5.4	Tre huvudresonemang kring Mapp v. Ohio i amerikansk rätt och hur de står sig i svensk rätt	52
5.5	Avslutningsvis: Vad jämförelsen visar i ett större perspektiv	55
6	DE LEGE FERENDA-RESONEMANG OCH SLUTSATSER	56
6.1	Vilka syften tjänar Mapp v. Ohio och sker det effektivt?	56
6.1.1	Hur vanligt är missbruk av tvångsmedel i Sverige?	57
6.2	Bör en exkluderingsregel liknande den i Mapp v. Ohio införas i svensk rätt?	58
6.2.1	Några skäl för den svenska lagstiftaren att bekanta sig med Mapp v. Ohio	58
6.2.2	Bristerna med Mapp v. Ohio om den skulle överföras på svensk lag	60
6.2.3	Några slutsatser av jämförelsen	62

6.3	När exkluderingsregeln kan vara förtjänstfull – ett utkast till test de lege ferenda	62
6.3.1	Testets mätpunkter i bedömningen av när exkludering bör övervägas	62
6.3.2	Några generella tendenser som testet försöker fånga	64
6.4	Slutord	65
Bilaga A:	De amerikanska författningstilläggen nr. I, III - X samt XIV	74

Summary

This study scrutinizes the Swedish theory of evidence, or lack thereof, through a side by side comparison of the US landmark case of *Mapp v. Ohio* contrasted with the Swedish law of evidence. Said case establishes an exclusionary rule entailing limitations on the usage of ill-gotten evidence on the part of state actors in criminal cases. It shows that the laws of evidence should not simply be a matter of what works best in a particular legal system, but rather be founded on choice values of individual human rights.

In order to show this, an initial discussion is carried out revealing that the view on constitutionalism in a given state leads to a system where the law is either a means of protection for its citizens or a tool with which to enroll them in a societal web of commonality.

Subsequently, this essay discusses said American case, and shows that it is based upon a strong constitutional and rights preserving ideology at its core.

Lastly, this essay draws upon its findings in comparing what the divergence in Swedish and American laws of evidence can lead to, and then argues an outer shell of sorts. This proposal is designed so as to be an indicator of when accepting certain illegally acquired evidence is unjustifiable and hence must ultimately entail the application of an exclusionary rule.

Sammanfattning

I detta arbete granskas den svenska bevisrättens öppna utformning genom att jämföra den med den för den amerikanska bevisrätten centrala fallet *Mapp v. Ohio*. I fallet etablerades en exkluderingsregel vars syfte var att begränsa användningen av regelvidrigt införskaffad bevisning i brottmål. Fallet reser fundamentala frågor där man menar att bevisrätten inte bara bör utformas efter vad som fungerar bäst, utan istället bygga på grundläggande värden om individuella rättigheter.

Först genomförs därför i arbetet en diskussion för att visa på att den konstitutionalistiska lärans ställning i en given stat leder till en situation där lagen antingen är ett skydd för medborgarna, eller ett verktyg för att sammanföra dem i en social gemenskap.

Med dessa lärdomar i minnet går arbetet sedan över till att redogöra för ovannämnda fall för att visa att dess utgång är en direkt följd av grundvärden om starka konstitutionella rättighetsgarantier.

Avslutningsvis används materialet för en jämförelse vars syfte är att visa vad skillnaderna i amerikansk och svensk rätt kan innebära. Där argumenteras det slutligen för att det med ledning av amerikansk praxis bör övervägas en exkluderingsregel i svensk rätt för bevis som insamlats på ett sådant sätt att dess användning i processen vore stötande.

Förord

I detta utrymme reserveras normalt några rader för tacksägelser och tillkännagivanden.

Självskriften delägare till några av dessa rader är Andreas Lundh. Ett konventionellt tack för stöd under utbildningen vore därför på sin plats. Med beaktande av intresset för att hålla sig med sanningen överensstämmande kan konstateras att utbildningen förvisso inte hade varit möjlig att genomföra utan honom. Till detta kommer dock att inte särskilt mycket annat heller varit görligt honom förutan. Att sammanfatta mitt tack på några rader vore därför bara en övning i fåfänga.

Dessa enkla reflektioner får därför vara tillfyllest i detta sammanhang.

Självskriften är också Johan Ekstrand. Med sitt ständiga skarpsinne och sin outtömliga kunskap var det han som under ett av våra dagliga och timslånga samtal hjälpte till att skapa embryot till denna uppsats. Därtill har han under den tid jag känt honom varit en källa till många skratt i en stundtals grå vardag. I en och samma person har han varit min hårdaste och varmaste kritiker.

Sedvanliga tack går till Karol Nowak som med sina insikter och förslag hållit ihop detta mitt företag.

Landskrona, sommaren 2014

Förkortningar

Art.	Artikel, exempelvis art. 8 med innebörd artikel 8.
BrB	Brottsbalken (SFS 1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (SFS 1994:1219)
EU	Europeiska Unionen
Europakonventionen	Se EKMR
FRE	Federal Rules of Evidence, the, Title 28 of the United States Code. Observera att en referens till en regel i FRE skrivs (exempelvis) FRE 215 och avser regel 215 i the Federal Rules of Evidence.
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JO	Riksdagens justitieombudsmän
KU	Konstitutionsutskottet
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
PLB	Processlagberedningen, se SOU 1938:43
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken (SFS 1942:740)
RF	Regeringsformen (SFS 1974:152)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
U.S.	The United States of America

1 Inledning

I en tid av harmonisering och överstatlighet skulle man kunna luras att tro att den som står misstänkt för brott inför skranket i Sverige inte märker någon nämnvärd skillnad från hur det ser ut i något annat EU-land, eller i USA exempelvis. Så är emellertid inte fallet. Ett av de tydligaste exemplen på detta är principen om fri bevisföring, som är förhärskande i svensk rätt. Dess innebörd är att nästan all bevisning är välkommen och dess värde för processen är upp till domstolen att avgöra. I brottmål har detta naturligtvis sina fördelar. Dels öppnar det upp för den tilltalade att försvara sig till det yttersta halmstrået och dels innebär det att fokus hamnar på den materiella processen, med färre preprocessuella hänsynstaganden som följd.

Vackert så, men hur väl rymmer detta med principen om *equality of arms*? Den tilltalade må ha rätt till ombud, men åklagarsidan har polismakten, statens kriminaltekniska laboratorium, rättsläkare, avlyssningsmöjligheter med mera till sitt förfogande. I den samlade vågskålen krävs därför många gånger en blytung advokat för att väga upp. Men om åklagarsidan inte följer de egna förhållningsreglerna kan vilken advokat som helst hastigt förändras till en fjäderviktare. Bevisning kan nämligen åtkommas med metoder som i sig är rättsvidriga. I dessa situationer uppstår en särskilt svår avvägning mellan brottbekämpningsintresset och integritetsintresset. Det är i denna problematik som denna uppsats tar sitt avstamp.

En klar skillnad till den svenska synen på bevisföring är så kallad legal bevisteori. Den som ville skulle kunna argumentera för att dess syfte är att klart begränsa processens aktörer och se till att ändamålet inte får helga (tvångs-) medlen. Problematiken är dock långt mer komplicerad än så.

Det tål att sägas att denna fråga rör sig utanför rättspositivismens sfär. Frågan handlar inte om hur man bäst ska kunna genomföra en förundersökning och än mindre om processekonomi. Till syvende og sidst är frågan ideologisk. Det handlar om vilket synsätt man har på staten och kanske ännu viktigare; i vilken utsträckning vågar man lita på makthavarna?

Denna uppsats tar vidare med ledning av ovanstående sin utgångspunkt i vissa postulat. Dessa är hemmahörande i den liberala demokratins grundvärderingar om individuella rättigheter. Som en följd av detta diskuteras individintresset kontra statsintresset löpande i texten. För att läsaren ska kunna tillägna sig texten är det därför av betydelse att denne är medveten om att andra perspektiv ofta bortses från. Därmed är framställningen sådan att den, i linje med maktdelningstanken, förfäktar inskränkningar både över statligt och över medborgerligt inflytande. Andra postulat som förekommer i arbetet rör de klassiskt liberala tankarna om varje enskild persons okränkbarhet. Författaren ser det som särskilt betydelsefullt att utgångspunkten i den liberala demokratiteorin

markeras i full öppenhet så att läsaren kan ta med sig att det även finns andra sätt att betrakta frågorna på, men samtidigt att läsaren vinner insikt om att arbetet bär en prägel av de lege ferenda-framställning.

1.1 Syfte och frågeställning

Huvudsyftet med denna uppsats är att ge perspektiv på en av de hårdast bevakade principerna i svensk processrätt. Meningen är inte att ställa frågor om vad som fungerar och inte fungerar, utan rör snarare den något mer obekväma frågan: Vad är egentligen acceptabelt? Att helt kullkasta svenska bevisningsfundament är varken görligt eller önskvärt i en text som denna. Istället blir uppgiften att visa på vad rådande ordning kan leda till, för att sedan utreda om detta bör och kan undvikas. Det operativa begreppet blir då avvägning, och för detta krävs en motpol. Huvudkontrast kommer det amerikanska rättsfallet *Mapp v. Ohio* (1961) stå för. I detta rättsfall etablerar den amerikanska högsta domstolen (*the Supreme Court*) ett slags processuell motsvarighet till civilrättens princip om obehörig vinst, där man genom exkludering av bevis söker hindra oegentligt insamlat bevismaterial från att tas med i processen. Syftet är att åter försätta det sluttande planet i balans, så att incitamenten för regelvidrigt myndighetshandlande utsläcks. Fallet var mycket uppmärksammat när det kom, och utgör ett slags standardreferens i den amerikanska bevisrätten. Dess särställning inom den amerikanska bevisrätten beror också i mycket på dess drastiska konsekvenser för rätten¹. I ett svep kom domstolarnas arbete att i allt större omfattning bestå i att ta ställning till om bevisning kunde släppas in i processen eller ej. Således kan Mapp-fallet betraktas som den svenska, fria, bevisföringens motsats. Men som ska framgå av framställningen är det inte bara *hur* bevisningen behandlades som skiljde sig från den svenska regleringen. Skillnaden bestod även i *anledningen till* behandlingen. Det är just av dessa båda anledningar som avgörandet ansetts vara av intresse i en uppsats som denna. Fallet kommer att redogöras för utförligen nedan. Även om detta amerikanska prejudikat utgör den huvudsakliga källan till jämförelse kommer även andra rättsfall, svenska som utländska, vara behövliga.

Givet ovanstående blir detta arbetes huvudfrågor:

”Vad är skälen till och konsekvenserna av det svenska synsättet på rättsvidrig bevisinsamling i brottmål, och hur beaktas de intressen som kringgärdar straffprocessrätten som sådan i detta sammanhang? Finns det skäl att överväga förändringar med ledning av amerikansk bevisrätt?”

¹ Jmf. citatet under 6.1 nedan.

För att möjliggöra en relevant diskussion av detta kommer ett antal fundament och grundsatser i inhemsk och utländsk straffprocessrätt att behandlas. Detta förutsätter i sin tur att en fullgod genomgång av rättsfilosofisk bakgrund ges eftersom rätten i de båda huvudländerna i författarens mening bara kan förstås när sådana faktorer förklarats.

1.2 Teori och metod

Straffrätten är en av de grenar av juridiken som tydligast vilar på normativ grund. Detta kan sägas innebära att rättspositivismen inte med samma kraft gjort sig gällande här. De principer av försiktighetskaraktär som återfinns inom rättsområdet är exempel därvid. Om man vill prata i termer av lagstiftningsteknik är straffrättens kärna emellertid ganska enkel. Den som gör sig skyldig till lagöverträdelse ska straffas för detta, och så ska vara den straffrättsliga apparatens mål. Inte minst har det betydelse för den allmänna laglydigheten att det förhåller sig så. Denna hårda kärna har ibland kallats förverkligandeprincipen².

Utmärkande för straffrätten är att dess syfte är att göra ont, d.v.s. att den som inte rättat sig efter lagen ska drabbas av ett lidande. Om man jämför med avtalsrätten så kan förvisso argumenteras för att ett inomobligatoriskt skadestånd kan orsaka en hel del sveda. Detta ”lidande” är däremot strikt nödvändigt. Den som inte respekterar *pacta sunt servanda* har svikligen skadat någon annan och bör gottgöra detta. Den misshandlade blir däremot inte mindre slagen av att förövaren får skaka galler. Skillnaden blir kanske tydligast om man för ett ögonblick tänker sig en skiljedomstolsliknande organisation som sysselsatte sig med att utdöma påföljd. Hastigt nås då kruxet i det hela. Om nu någon ska få syssla med att utdela lidande så bör det vara en organisation som garanterar likabehandling och integritet. Tankarna går naturligtvis osökt till staten. Denna organisation förväntas verka som medlare bland en lång rad intressen, och för att en stat ska få tituleras rättsstat är skyddet för den tilltalades rätt särskilt centralt. Vi kan därför prata om en skyddsprincip³. Av denna följer att förverkligandeprincipen inte får tillåtas stå i första rummet. Istället ska vikten av att inte straffa oskyldiga, att i tvivelsmål döma till den mildare påföljden, och att bruket av tvångsmedel står i proportion till brottet betonas⁴.

Om ett rättssystem prioriterar förverkligandeprincipen allt för hårt framför skyddsprincipen skulle åtgärder som tortyr och skönsmässig husrannsakan vara fullt legitima, och det är därför ganska uppenbart att man i bl.a. vårt land bedömt intresset av en hög

2 Frände, Dan, *Finsk straffprocessrätt*, Edita, Helsingfors, 2009, s. 30.

3 Frände, a.a., s. 30f.

4 Jmf. Frände, a.a., s. 30f.

uppklaringsprocent på begångna brott som sekundärt framför mer individuella intressen⁵. Det bör dock beaktas att dessa intressen inte slutgiltigt avvägts och därefter lämnats orubbade. Snarare sker denna bedömning fortlöpande, och på område efter område förskjuts betoningen åt än det ena och än det andra hållet⁶.

Denna uppsats försöker inte ta sig an hela detta fält utan stannar vid de exempel där skyddsprincipen kan sägas brinna på sparlåga. Centralt härvid är förundersökningen och de metoder som används för dess genomförande och vilka utslag dessa ger vid bevisupptagningen. Teorins applikation blir då att visa på några exempel där ovan beskrivna prioriteringsordning inte upprätthållits och försöka förklara varför.

Metoden för arbetet är i första hand rättsdogmatisk. Svensk och amerikansk rätt behandlas och förklaras deskriptivt på detta vis. Däremellan tillämpar författaren normativa betraktningssätt med hemvist i den klassiskt liberala traditionens naturrättsliga syn på individuella rättigheter. Sedan tar komparationen vid. Denna del används för att utkristallisera skillnader mellan svensk och amerikansk bevisrätt. Jämförelsen kan sägas ske på s.k. mikronivå där vissa rättsinstitut ställs mot varandra⁷. Icke desto mindre måste det nämnas att skillnaderna på mikronivån är resultat av makronivåns elementa. Den normativa framställningen i uppsatsen tjänar bland annat syftet att överbrygga dessa skillnader. Ett rättssystem bör i linje med detta betraktas inte som en partition av samhället utan snarare som ett antal länkar som spridits ut på olika håll i en kedja. Att förstå de bakomliggande idéerna vid en komparation är därför av särskilt stor betydelse⁸. Vad gäller jämförbarheten per se anses den vara relativt god givet de båda huvudländernas överlappning vad samhälleligt organisationssätt avser. Det kommer emellertid ske vissa förklaringsansträngningar för att skapa förförståelse hos läsaren kring vissa mer generella divergenser⁹.

På denna del följer sedan analys och de lege ferenda-diskussion vilken syftar till att visa, med ledning av de normativa teorierna och de komparativa slutsatserna, huruvida svensk bevisrätt skulle gagnas av de amerikanska bevisprinciperna i *Mapp v. Ohio* eller ej. Metodmässigt är arbetet, i linje med ovanstående, att betrakta som interdisciplinärt. Varje beståndsdel, metodmässigt, har valts för att vara klagörande för huvudämnet. I stort hålls metoderna isär och de förekommer därför i regel bara i egna kapitel. När sedan slutsatserna presenteras möts materialet och skapar en syntes av den insamlade informationen.

5 Jmf. 2:4-8 RF.

6 Jmf. Kleberg, Olof: ”Integritet – en bristvara som få vill skydda”. I: Svensk Juristtidning, 2009 s. 542.

7 Hallström, Pär: ”Att jämföra konstitutioner”. I: Svensk Juristtidning, 2010, s. 574f.

8 Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, Norstedts Juridik, Solna, 2003, s. 52f.

9 Bogdan, a.a., s. 59f.

1.3 Disposition och avgränsningar

Uppsatsens innehåll vilar på tre huvudpelare: Bakgrund, jämförelse och slutsatser/argumentation. Målet är att se på vad som händer mellan input och output, d.v.s., vad händer när ett bevis insamlats på ett regelvidrigt sätt, och vilka konsekvenser får det för skyddsprincipen. Då uppsatsens komparativa del vilar på ett för amerikansk rätt centralt fall¹⁰, kommer de delar av bevisförbudsdiskussionen som ligger allt för långt bort från fallets integritetsbevarande strävan inte att behandlas. Exempel härvid är frågan om brottsprovokation som finns behandlad på annat håll och som skiljer sig från *Mapp v. Ohio* i det att det rör sig om ett helt annat slag av myndighetshandlande.

Stora delar av processen i övrigt bortses från för att istället rikta fokus på vad som är särskilt centralt för *Mapp v. Ohio*. Det som behandlas rör dels vissa tvångsåtgärder och vad de innebär för processen och dels bevisupptagning, bevisvärdering och dom. Straffmätning kommer endast beaktas i den mån den äger relevans för framlagd bevisning. Avsikten med detta är att försöka få en god översikt utan att förlora skärpa i detaljerna.

De delar av framställningen som är rättsdogmatiska rör i huvudsak den svenska och amerikanska rätten i bred mening. Meningen har inte varit att ge läsaren en fullvärdig insyn i den amerikanska bevisrätten, utan snarare att framställa nödvändig information. Detta innebär att vissa delar inte behandlas och ett exempel därvid är den amerikanska konstitutionen som har en mycket bredare omfattning än författningstilläggen. Det är därtill så att tilläggen ligger mycket närmre de rättighetsfrågor som förekommer i arbetet än vad själva konstitutionen kan säga göra.

Upplysningsvis påpekas att det i uppsatsen förekommer referenser till föregående platser i framläggningen. Syftet med dessa har varit att skapa koherens för läsaren. Stundtals förekommer också referenser till vidare läsning i ämnet. Detta har gjorts dels för att underlätta för läsaren att skapa sig en, om så skulle vara nödvändigt, fullödigare förståelse av ämnet, och dels för att möjliggöra vidare studier med utgångspunkt i denna framställning.

1.4 Material

Uppsatsens material kan delas in i tre kategorier. Den första av dessa inbegriper juridisk litteratur såsom doktrin och artiklar. För svensk rätt är detta av särskild betydelse eftersom prejudikatbundenheten är svagare i Sverige än i huvudföremålet för jämförelsen, d.v.s. USA.

¹⁰ S.k. Landmark case.

Således förekommer svensk doktrin i form av avhandlingar, debattinlägg och lagkommentarer. Uppsatsen har också haft stor nytta av SvJT. Denna källa har huvudsakligen, men inte uteslutande, använts för att hitta divergerande uppfattningar kring huvudämnet samt för att finna detaljer som varit nödvändiga för att ge en mer komplett bild. Amerikansk doktrin har också varit en viktig källa till information. Bland dessa finns traktat, studiehandböcker, och rättshistoriskt material. Det sistnämnda är av särskild betydelse givet den ofta traditionsbundna rättsutveckling som präglar amerikansk rätt. Det bör också nämnas att litteratur av mer filosofisk karaktär har begagnats i framställningen. I dessa fall rör det sig huvudsakligen om sådant som är, eller ligger nära den allmänna rättsläran.

Den andra kategorin inbegriper domar och avgöranden. I regel har originaltexten begagnats. I vissa fall har sekundärkällor använts för att klarare kunna behandla prejudikat och dylikt från främmande rättskulturer. Även om det förekommer ett antal avgöranden från svensk rätt och från Europadomstolen, bör påpekas att amerikanska rättsfall använts i särskilt stor utsträckning. Detta är ett medvetet val och följer av den prejudikatbundenhet som tidigare omnämnts. Det har därför ansetts nödvändigt att använda, vad som vid första anblick, kan förefalla vara perifera avgöranden, men som i själva verket utgör förutsättningar för huvudfallet. Vad svenska avgöranden avser är flertalet refererade. I något fall har dock avgöranden måst begäras ut från domstolarna.

Slutligen utgörs den tredje kategorin av förarbeten och offentliga källor. Utöver propositioner, utredningar och annat typmaterial i förarbetskedjan, förekommer också ämbetsberättelser och myndighetspublikationer.

1.5 Forskningsläge

I svensk jurisprudence får Lundqvists bok "Bevisförbud i rättspraxis", vilken bygger på densammes doktorsavhandling, närmast betraktas som ett standardverk. I övrigt är bevisförbudsfrågan diskuterad i doktrinen, men i blygsam omfattning. I de mer allmänna standardverken på processrättens område, däribland PLB, Fitger, Ekelöf och Olivecrona, finns vissa nedslag i ämnet men det rör sig sällan om sammanhållna utläggningar i ämnet.

För amerikansk rätt är situationen radikalt annorlunda. Med risk för att föregripa nedanstående behandling av frågan, kan redan här sägas att amerikansk bevisrätt i mycket stor omfattning direkt eller indirekt utgörs av bevisförbudsfrågor. Det amerikanska fall som utgör huvudkälla för komparationen är att betrakta som den mest centrala domen i *Supreme Courts* historia vad sådana frågor anbelangar. Med detta följer att jurisprudence är omfångsrik.

Fallet tycks emellertid inte ha uppmärksammats i svensk doktrin och förefaller i allt väsentligt vara okänt, eller i varje fall obehandlat.

Uppsatsen gör visserligen inget anspråk på att vara den definitiva framställningen i sammanhanget, men författaren konstaterar samtidigt att fallets obskyritet skapar ett gynnsamt forskningsläge.

2 Rättsfilosofisk bakgrund till bevisrätten

Skälen till ett visst rättsläge kring bevisfrågor måste i författarens mening sökas både i sitt idépolitiska och historiska ljus. I denna del beskrivs därför vissa betraktelsesätt på rätten. Så sker för att visa på hur rätten formats ur större överväganden. Därefter sker rättshistoriska nedslag i både svensk och amerikansk rättsbildning. Meningen är att visa att de olika betraktelsesätten vunnit olika grad av acceptans som ett resultat av den historiska utvecklingen, som sedan kommit att bilda ramverket för statsapparaten. Att detta även har betydelse för bevisrätten och synen på rättsövergrepp framgår sedermera i den fortsatta framställningen.

2.1 Betydelsen av normativa förhållningssätt

En någorlunda stark konsensus finns vid att rättspositivismen är den samtida rättens högsta befäl i Sverige¹¹. Detta är ett begrepp som kan beskrivas som naturrättens motsats, även om det samma eventuellt skulle kunna sägas om rättsrealismen¹². Rättspositivister letar efter den gällande rätten, vilket står i kontrast till det mer normativt orienterade synsättet hos naturfilosofin, som snarare kan beskrivas som sökandet efter den *goda* rätten. Det positivistiska maximet kan tillspetsat sammanfattas som uttolkandet av statens yttersta vilja¹³.

Den som för första gången läser om rättspositivismens innehåll kan måhända finna den kall och ogin. Dess framväxt kantas förvisso av hård pragmatism, men det finns även ett skyddssyfte med förhållningssättet. Genom att enbart acceptera det omedelbart relevanta vill man försäkra sig om en seriös lagdiskussion som kan genomföras med få krockar av fundamental natur. Den rättspositivist som vill vara särskilt obarmhärtig kan beskriva synsättet såsom inte vilandes på vidskeplighet och med preferens för det rationella.

Som en kontrast kan framhållas att rättspositivismen innehåller ett slags cirkelresonemang där det som är rätt är det just därför att *det är rätt*. Som Bauhn argumenterar för är begrepp som lag och moral normativa begrepp, besläktade med gemensam funktionslogik i det att de anger vad som bör och inte bör göras. Det som skiljer dem åt är att medan lagen kan hanteras

11 Bauhn, Per: "Rätt och orätt i lag och moral: ett normativt perspektiv på svensk rättskipning". I Svensk Juristtidning, 2012, s. 319.

12 Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning* 2. uppl., AWE/Geber, Stockholm, 1980, s. 36f.

13 Peczenik, a.a., s. 36f.

och uttolkas med principer som *jura novit curia* i ryggen är moralen måhända inte att betrakta som helt subjektiv, men den är samtidigt svår att genomföra konsekvent¹⁴.

Den verkligt svåra frågan för rättspositivismen handlar om lagens gränser. I den naturrättsliga skolan talas ofta om rättigheter som tillkommer den enskilde helt oberoende av lagens innehåll. I centrum för ett sådant resonemang står den klassiska idén om samhällskontraktet vars innebörd är att makten är överlåten och inte ett godtyckligt innehav. Detta innebär att en stats rättighetskatalog enbart bör betraktas som ett kvitto på redan innehavda rättigheter, och inte som dess tillskapare¹⁵. Dessa idéer har varit föremål för särskild kritik i svensk doktrin. Eftersom naturrätten tycks beskriva statens maktutövning med ett slags *ultima ratio*-argument¹⁶ skapas samtidigt ett motsatsförhållande mellan statens och den enskildes intressen. Hägerström argumenterade mot ett sådant påstående med att konstatera att utan staten vore eventuella rättighetsanspråk bara tomma metafysiska påståenden¹⁷, men densamme kunde samtidigt inte helt avvisa de naturrättsliga faktorerna i lagföringen. Vilket syfte lagen ska tjäna är således en polemisk fråga som ytterst har bäring på lagens avfattning.

2.1.1 Straffrätten som en del av samhällsnyttan

Ovan har diskuterats hur naturrätten och rättspositivismen kan förhålla sig till vissa grundläggande frågor som rätten ger upphov till. För att fullt ut förstå vad rättspositivismen betytt för rättsutvecklingen är det av vikt att förstå begreppet samhällsnytta. Tongivande i svensk straffrättsdiskurs var länge Vilhelm Lundstedt som ansåg att lagstiftning var ett uttryck för vad som bestämts vara samhällsnyttigt. Detta innebar enligt honom att lagen ändras och formas av människor i förhållande till behovet i samhället. Han avsåg därmed inte en normativ samhällsnytta, där man exempelvis försökte uppnå "rättvisa" eller "frihet" eller en utilitaristisk uppfattning där största möjliga lycka för så stort antal människor som möjligt bedömdes eftersträvansvärt. Vad det snarare rörde sig om var att skydda det som människorna kan iaktta värdesätta. Exempel därvid skulle kunna vara äganderätt eller att man inte kom till skada. Straffrätten, menade Lundstedt, hade som syfte att upprätthålla samhällsordningen. Eftersom det är uppenbart att människorna inte vill bli misshandlade eller våldtagna var det samhällsnyttigt att förse dem med ett skydd mot dessa handlingar. Detta blev därför rättsordningens uppgift eftersom det bara var rättsordningen som kunde tillgodose detta. Straffrätten blev därmed en absolut nödvändighet, och förverkligandeaspekten utgjorde dess enda egentliga syfte. Följden av detta blir att straffet är en

14 Bauhn, a.a., s. 319.

15 Bauhn, a.a., jmf. även 1:1 regeringsformen, 1 men, där detta naturrättsliga kärnvärde framgår.

16 Se 2.12 nedan.

17 Bauhn, a.a., s. 322ff.

funktion, som ska tillse att brott inte begås. Det är inte ett verktyg för moralbildning eller vedergällning, och straffets hårdhet beror på hur väl det fungerar för att stävja brotten¹⁸. Denna uppfattning har sedan fortplantat sig och påminner i mycket om de diskussioner om artvärde som förs idag. Oaktat detta finns det skäl att se vad rätten kan sägas bygga på, och var dess rättsfilosofiska hemvist finns.

2.1.2 Exemplet *ultima ratio* och dess betydelse för rättens innehåll

I linje med den observationsmetodik som beskrevs ovan finns det skäl att se vad som faktiskt står att finna i rätten. Det nämndes tidigare att straffrätten i sig självt är unik¹⁹ eftersom den tycks uppfattas som ett slags *nödvändigt ont* i rättskulturen. Principen om *ultima ratio* är ett exempel på detta. Kriminalisering anses här vara det yttersta medlet för statens överhöghet, och är därför ett svärd som måste svingas med återhållsamhet. Detta förutsätter respekt för ett antal fundamentala principer, med hemvist i upplysningstraditionen. De flesta är välkända för juristen och tillämpas väl närmast instinktivt snarare än medvetet. Legalitetsprincipen är ett exempel på detta, proportionalitet är ett annat. Skälet till denna arsenal av skyddsprinciper är att straffrätten ytterst syftar till att utdela ett lidande till den klandervärde²⁰. Detta lidande kan diskuteras i både objektiva och subjektiva dimensioner, men vad de båda har gemensamt är att lidandet inte kan anses vara eftersträvansvärt. Dessutom försöker man att mildra detta lidande genom vissa inbyggda begränsningar. Skamstraff, tortyr och dödsstraff är exempel härvid på saker som, oaktat deras eventuella effekt på brottsbekämpningen, ansetts olämpliga. Men är dessa straff onda därför att de är förbjudna (mala prohibita) eller är de onda i sig själva (mala in se)? Svaret är svårfunnet och uppfattningar åt båda hållen finns.

Det finns dock anledning att argumentera för att lagen i sig innehåller normativa synsätt och att statsintervention är intimt förknippade med normativa resonemang, låt vara av varierande styrkegrad. Det kan diskuteras om detta är ett bevis på att normativa synsätt är *sanna* eller om de bara är ett uttryck för att lagstiftaren stundtals resonerar i normativa termer. Icke desto mindre är de närvarande, och särskilt tongivande inom straffrätten. Rättsvetenskapen må sällan vilja omfamna detta²¹, men det är desto svårare att förneka dessas närvaro. I övriga rättsområden ser vi

18 Källström, Staffan, *Den gode nihilisten: Axel Hägerström och striderna kring uppsalafilosofin*, Rabén & Sjögren, Stockholm, 1986, s. 43ff.

19 Det vore förvisso sannolikt övermaga att tillskriva straffrätten karaktären av *sui generis*, men det kan svårligen förnekas att begreppet inte är helt malplacerat i sammanhanget, jmf. prop. 2001/02:88 s. 86.

20 Victor, Dag: "Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem". I: Svensk Juristtidning, 1999, s. 136ff.

21 Jmf. Kellgren, Jan: "Något om normativa resonemang i rättsdogmatisk forskning". I: Svensk Juristtidning, 2002, s. 518 om rättsvetenskapsmannen som prognosmakare och inte tyckare.

sällan samma försiktighet²². Detta ger vid handen att det som Hägerström kallade för metafysik i varje fall får sägas ha en stor församling av troende.

Det finns i författarens mening vissa saker som särskilt kännetecknar dessa rättsliga fenomen i en rättsordning. Främst bland dessa är den högsta normkällan i ett system. Det är i denna som skyddsprincipen ytterst förankras. Denna norm är, som framgår senare i framställningen, en vattendelare i hur rättighetstanken utkristalliserar sig. Inte sällan är det också här som normativa tankars vara eller icke vara avgörs. Den starkare formen av tilltro till en sådan norm kallas konstitutionalism och innebär, som visas i nästa stycke, ett slags uppställning av hur rättsliga intressen prioriteras.

2.2 Det konstitutionella ursprunget och inflytandet samt dettas betydelse för rätten som helhet

I detta arbete kommer visas att bevisrätten inte är en fristående gren som utvecklas oberoende av sitt sammanhang. Några statsrättsliga och rättshistoriska betraktelser kommer därför först att läggas fram för att visa hur allt måste förstås i ett vidare perspektiv. Först avhandlas hur en konstitution kan behandlas med olika grad av vördnad och betraktas med varierande mått av rigiditet. Sedan visas hur omhuldade rättsprinciper utvecklas i symbios med omfattande samhällsförändringar. Meningen är att med ett brett anslag ge läsaren insikter om hur svensk och amerikansk rättstillämpning skiljer sig inte bara i resultat utan också i kontext. Först med dessa insikter kan den bevisrättsliga utvecklingen förklaras och förstås i den mer detaljerade bevisrättsdelen längre fram i framställningen.

2.2.1 Vad är det generella syftet med en rättsstats konstitution?

En konstitution kan i sanning variera kraftigt från en stat till en annan. Detta till trots söker konstitutionen ofta förankra något som ansetts vara av särskild betydelse. Ett nyckelbegrepp härvid är *konstitutionalism* som utgör ett slags betraktelsesätt som är i olika grad närvarande i de flesta rättsstater. Begreppet konstitutionalism kräver i sig inga större vedermödor att definiera. Med en konstitution söker man begränsa både statens makt och ansvar över medborgarna²³. Konstitutionen utgör den högsta lagen och innebär därmed att denna genom hela hierarkin binder både stat och medborgare. Begränsningar i maktutövning sker genom grundlagsfäst skydd för fri- och rättigheter.

22 Skatterätten och delar av socialrätten är sannolika undantag.

23 Hallström, a.a., s. 586.

För att upprätthålla dessa begränsas makten ytterligare genom maktindelning²⁴. Via denna delning skapas remedier där den enskilde kan söka upprättelse för överträdelser mot sig.

Demokrati och konstitutionalism är i sig inte varandras motsatser, men det bör ihågkommas att en författning som begränsar den politiska makten kringkär i förlängningen också folkviljans genomslag. Beroende på statsskick kan dessa tveeggade inskränkningar ske på varierande vägar och med olika medel. Synen på det konstitutionella innehållet och värnandet om detsamma påverkar i sin tur rättsutvecklingen på det område som ovan sammantaget benämns *ultima ratio*. En rättsordnings förhållningssätt till konstitutionalism kan innebära en tröghet i utvecklingen mot fullgott rättighetskydd, men samtidigt att de landvinningar som gjorts kommer att äga särskilt starkt skydd²⁵. Det kan också innebära en syntes av rättskällor som sammantaget söker skapa institutionella säkerhetsbarriärer.

Kelsen kom att utveckla begreppet grundnorm som kan förstås som en regel som alltid tillämpas, i varje fall indirekt, när en i hierarkin lägre placerad regel sätts i bruk. Grundnormens legitimitet kan variera och i sig kan ett styre av kuppmakare anses arbeta från en grundnorm av något slag. Men för att vara laglig måste den äga en viss grad av förankring hos de underlydande. Kelsen menade exempelvis att en grundnorm kan sägas förekomma när regleringen i övrigt utformas i korrespondens med normen. Ytterst innebär detta att en regel som står i konflikt med grundnormen inte bör erkännas²⁶. Konstitutionen, när den är legitim, utgör ett slags utflöde av denna grundnorm. Detta innebär inte att den alltid är effektiv som rättighetsbeskyddare. I USA skulle *Supreme Court* komma att upprätthålla slaveriet och med konstitutionen som grund visa på att de svarta aldrig hade varit adressater för den konstitutionella rättighetsstadgan. Synen luckrades förvisso upp steg för steg från ett synsätt på andra människor som egendom, till ett där man var jämlika, men skulle leva separerade från varandra²⁷. Denna typ av scenario kan beskrivas som den levande konstitutionen, som i allt väsentligt förblir densamma till texten, men som med tiden glider mot öppnare tolkningar.

Nedan diskuteras denna problematik närmre, men det kan redan nu konstateras att en konstitution går från papper till lag först när den på allvar respekteras. Konstitutionen har betydelse för rättsapparatusens funktioner, där bevisrätten är ett exempel, först när den äger verkligt företräde framför andra intressen.

24 Algotsson, Karl-Göran: ”*Lagrådets politiska betydelse*”. I: Svensk Juristtidning, 2009, s. 165f.

25 S.k. gradualism, jmf. Slobogin, Christopher, ”*Justice Ginsburg’s Gradualism in Criminal Procedure*”, publicerad i mars 2012, <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2012/03/70.4.Slobogin.pdf> s. 867f.

26 Peczenik, a.a., s. 42f.

27 Jmf. *Plessy v. Ferguson*, från 1896. Denna gradvisa utveckling behandlas mer utförligt under stycke 4.1.2 nedan.

2.2.2 Den Amerikanska författningen – om en konstitution som skapade ett folk

Den amerikanska identiteten har ofta beskrivits i andra termer än de språkliga och kulturella som annars är vanliga. Istället har man vanligen sammanfattat den som en politisk identitet. De värden som präglar författningen är hemmahörande i upplysningsidealet och den västerländska liberala diskursen. Dess elementa är i mycket den naturrättsliga filosofin. Genom emfas på individuella fri- och rättigheter och betoning av inskränkning och kontroll av de styrande bildas konstitutionens ramverk²⁸. Allt sedan oavhängighetsförklaringen 1776 har det kanske främsta nyckelordet för att förstå den konstitutionella utvecklingen varit tyranni:

”Such has been the patient sufferance of these Colonies; and such is now the necessity which constrains them to alter their former Systems of Government. The history of the present King of Great Britain is a history of repeated injuries and usurpations, all having in direct object the establishment of an absolute Tyranny over these States.”²⁹

Med detta i minne får både 1789 års konstitution och 1791 års rättighetsförklaring förstås som dokument vars syfte i första hand tjänar till att inskränka möjligheterna till maktutövning.

Den amerikanska högsta domstolen står som främsta uttolkare av författningens innehåll³⁰. Som kommer att framgå nedan, är också domstolen mycket inflytelserik på den politiska utvecklingen genom sin prövning av lagstiftnings- och myndighetsförfaranden mot konstitutionen.

2.2.3 Naturrättens inverkan på den Amerikanska författningen

När strider mellan amerikaner och den brittiska kronan bröt ut under 1700-talets senare del var skälet i mycket kopplat till den brittiska författningstraditionen. Resonemanget var sådant att acceptans för grundlagsstridig beskattning en gång, skapade ett sluttande plan mot framtida övergrepp³¹. Rättighetsfilosofen Thomas Paine, ursprungligen från England, skulle komma att ha tungan på vågen i utvecklingen mot en mer naturrättslig filosofi om den enskildes autonomi. I en appell uttrycker Paine var en amerikansk kung kan tänkas finnas: ”Jag skall säga dig, min vän, att Han härskar där ovan och icke förhärjar mänskligheten i likhet med den Kungligt Brutale Britten.”³²

Paine resonerar kring maktens urkälla och visar på ett resonemang som bygger på individuell integritet. Eftersom, menar Paine, det inte finns några högre eller lägre former av

28 Mellbourn, Anders (red.), *Författningskulturer: konstitutioner och politiska system i Europa, USA och Asien*, Sekel, Lund, 2009, s. 30ff.

29 Från den s.k. åtalsdelen av oavhängighetsförklaringen, jmf. Fletcher, George P & Sheppard, Steve, *American law in a global context: the basics*, Oxford University Press, New York, 2005, s.174f.

30 Det kan påpekas att författaren medvetet avstått från ordet andemening. Vad som står i konstitutionen och vad dess andemening är har under lång tid utgjort en animerad debatt i amerikansk doktrin.

31 Mellbourn, a.a., s. 37.

32 Hitchens, Christopher, *Thomas Paines Människans rättigheter: en biografi*, Timbro, Stockholm, 2008, s. 42ff.

människor kan det inte heller finnas någon annan iakttagbar källa till inflytande än den individuella. Paine betraktade de styrelseskick som omgärdar folket som blott mänskliga skapelser som kan komma och gå. Statens intresse kunde därmed bara vara egennyttan och skulle alltid anpassa sig för att bibehålla sitt grepp kring medborgarna. Därför ansåg Paine att ett nytt styrelseskick krävdes, som skulle bygga på naturliga grundsatser, och vars enda egentliga syfte är att skydda de av naturen givna rättighetsanspråken³³. I sina skrifter pratar Paine om det individuella lycksökandet, och företar uppräknings av människans rättigheter. Detta är samma nyckelbegrepp som sedan återfinns i oavhängighetsförklaringen³⁴, och som kom att bana väg för den amerikanska konstitutionen.

2.2.4 Implementering och utveckling av författningen

Som beskrivits ovan skulle den amerikanska konstitutionen byggas på individuella rättigheter och begränsningar av makten. Men dokumentet, som är känt för sin korthet, har måst tolkas och utvidgas sedan dess ratificering. Texten innehåller en möjlighet till revidering och så har också löpande skett genom författningstillägg³⁵. Totalt har det genom åren blivit 33 stycken. Lejonparten av förändringarna har emellertid måst ske genom högsta domstolens försorg, och då med hjälp av teleologiska tolkningar rörande vad författningen implicerar eller ej. Den verkliga konflikten har därför i mycket varit ideologisk och har handlat om huruvida man menar att författningen är ett slags organiskt skal ur vilket en statsbildning kan växa och uppdateras eller ett slags rigid skyddsmur som inte kan ruckas på³⁶. Som nedan kommer att framgå av *Mapp v. Ohio* är detta frågor som ständigt är aktuella i amerikansk diskurs. Det är ett slags latent debatt som påverkade den för bevisrätten betydelsefulla utgången i fallet. Att den svenska utvecklingen fått en mycket annorlunda prägel utvecklas emellertid först.

2.2.5 Svenskarna – ett folk som skapat konstitutioner

En konstitution av något slag har förekommit i Sverige sedan 1300-talet. Texterna har ömsom begränsat och ömsom bemäktigat monarken. Från 1634 och framåt började dragkampen mellan kung och parlament göra sig påmind, och en bit in på 1700-talet tvangs kungen acceptera parlamentets inflytande. Denna dragkamp skulle fortsätta under nästan hela århundradet och först i slutet av detta började en maktdelningstanke vinna ny mark, med en domstol som kungen inte var allenarådande över. Efter tunga motgångar i krig avsattes Gustav IV Adolf och en ny författning togs fram. Den byggde i större utsträckning än tidigare på maktdelning, och medan kungen ägde

33 Paine, Thomas, *Människans rättigheter*, Timbro, Stockholm, 2008, s. 162ff.

34 Hitchens, a.a., s. 43f.

35 För uppsatsen relevanta författningstillägg återges i bilaga A.

36 Mellbourn, a.a., s. 39ff.

den styrande regeringsmakten, fördelades andra delar på riksdagen respektive högsta domstolen. Denna författning, av 1809, skulle komma att gälla ända fram tills att nu gällande regeringsform trädde i kraft 1974³⁷.

Den så kallade Uppsalaskolans grepp över den svenska rättsutvecklingen från 1930-talet och framåt satte en tydlig prägel på författningsdiskursen. Eftersom denna skola förhöll sig till rättighetsbegreppet på ett strikt instrumentellt plan problematiserades sällan frågan om vad som var acceptabelt. Rörande detta synsätts framväxt bör därför två parallella faktorer betänkas. Dels genomgick regeringsformen av 1809 en urvattningsprocess och dels tog politikerna i riksdagen alltmer makt på bekostnad av monarken. Denna process skedde både genom författningsändringar, bland annat den 1969, och genom en framväxt av en konstitutionell sedvanerätt. Genom rösträttsreformer och ökad parlamentarism skulle denna regeringsform slutligen komma att dö sotdöden 1974, men processen hade pågått sedan länge och kring 1917 kan man tala om att parlamentarismen klart hade kommit för att stanna³⁸. 1809-års författning innehöll ingen egentlig rättighetskatalog, sånär som på en koncist avfattad uppräkningslista i den 16 §. Här uppställdes bland annat en legalitetsprincip vid användandet av vissa tvångsmedel. Paragrafen blev dock närmast betydelslös hos domstolsväsendet. Parlamentarismens intåg skulle emellertid innebära vissa förändringar i konstitutionalistisk riktning, och bland dem var inrättande av lagrådet 1909. Även 16 § kom att diskuteras och 1941 utsågs Herbert Tingsten att överse ändringsmöjligheter. Utredningen resulterade i ett antal förslag, huvudsakligen från klassisk rättighetsdiskurs med emfas på äganderätt och opinionsfriheter³⁹. Dessa förslag vann dock inget gehör. Medan efterkrigstiden medförde helt nya rättighetskataloger runt om i världen dröjde det till 1974 innan en verklig rättighetsstadga kunde äga aktualitet i Sverige.

2.2.6 En lagom lag om rättigheter, eller regeringsformens verkliga inverkan

Från 1809-års författning till den av 1974 skedde en rad ändringar. Nu infördes en rättighetskatalog, som kom att byggas ut ytterligare åren efter dess antagande. Författningen innehöll en rad s.k. programstadganden i 1:2 och har varit föremål för en lång rad tillägg efter hand. Innehållet är i mycket ett uttryck för positiva rättigheter, eller om man så vill, sociala rättigheter. De bindande rättigheterna samlades i 2 kap. och innehöll en varierande grad av styrka⁴⁰. Utformandet av andra

37 Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus & Regner, Göran, *Vår författning*, 13. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2003, s. 23ff.

38 KU 1973:26, s. 14, samt Holmberg, a.a., s. 28f.

39 Se SOU 1941:20, s. 6, notera också sid. 37 där Tingsten redogör för den amerikanska rättighetsdiskursen.

40 Prop. 1993/94:117 s. 8ff.

kapitlet var också mycket kontroversiellt, där borgerligheten förespråkade en enhetlig rättighetsstadga medan socialdemokratin var emot⁴¹.

Möjligheten att återropa grundlagen för att förklara något författningsvidrigt blev starkt begränsad genom antagandet av 11:14 RF som uppställde ett uppenbarhetsrekvisit⁴². Detta krav kom att gälla enda fram till 2010 när uppenbarhetsrekvisitet slopades, varmed normprövningsrätten ytterligare decentraliserades⁴³. Rättighetskatalogen var därför länge en sällsynt gäst i domstolarna. Huruvida detta kommer att ändras framöver återstår att se.

I 8 kap. vidhölls lagrådets ställning, men det fortsatte att vara enbart rådgivande och således långt ifrån den författningsdomstol som den amerikanska konstitutionen förfäktar. Att ytterligare utvidga lagrådets funktion diskuterades och tanken har idag fått större inflytande, men än så länge kan ett åsidosättande av deras rådgivande funktion aldrig rendera i nullitetsverkan⁴⁴. Modéer argumenterar för att Sveriges försiktiga hållning under 1900-talets krig inneburit att behovet av att följa med i den förnyade naturrättsrörelse som följde varit litet, och den svenska rättspragmatiken har kunnat fungera relativt ostörd⁴⁵. Om man betänker den utveckling som skedde under 40- och 50-talet i Europa och kontrasterar det med den svenska sävligheten i rättighetsfrågan blir detta dock anmärkningsvärt. I det forna Nazityskland infördes 1949 den fortfarande gällande *Grundgesetz*, med sin tyngd på naturrätt, och året efter uppstod Europakonventionen ur Europas aska⁴⁶. Den senare skulle till slut, som framgår nedan, hinna ikapp den svenska rättskulturen.

2.2.7 Europakonventionen – en främmande fågel i den svenska rätten?

Europakonventionen blev till under 1950-talets början, i ett Europa fortfarande skakat av krig och förgörelse. Detta kom att innebära att naturrätten ånyo välkomnades i finrummen. Vid denna tid var den amerikanska högsta domstolen långt gången i rättighetsdiskursen, och idén om en författningsdomstol som yttersta uttolkare av lagen var något som kom att accepteras allt mer i Europa. Konventionen skulle innebära dels en lojalitetsplikt för de nationella lagstiftarna och dels tillgång till rättsliga remedier för den enskilde. I sin ordfattiga och tolkningsbaserade avfattning inspirerades texten i mycket av den amerikanska rättighetskatalogen⁴⁷.

41 Mellbourn, a.a., s. 178ff.

42 Numera slopat genom lag (2010:1408).

43 Se lag (2010:1408).

44 Jmf. Algotsson, a.a., s. 168 samt (2010:1408) 8:21 in fine.

45 Mellbourn, a.a., s. 180f.

46 Se första kapitlet av Grundgesetz där en ambitiös rättighetsstadga räknas upp.

47 Mellbourn, a.a., s. 14ff.

Motståndet mot att erkänna Europadomstolens jurisdiktion var länge kompakt i Sverige, även om man hade undertecknat Europakonventionen redan 1950 och ratificerat den 1952. Först 1966 tillerkändes domstolens dignitet, men då med ett antal begränsningar. Detta innebar dock att Europakonventionen successivt kom att ta plats i svensk rätt, och att ett flertal av tilläggsprotokollen kom att undertecknas⁴⁸. Först 1995 inkorporerades Europakonventionen i svensk lag (SFS 1994:1219), och dess överhöghet etablerades därefter i RF 2:23⁴⁹. Det svenska argumentet mot att förstärka Europakonventionens roll i den nationella rätten handlade i mycket om att folkstyret tjänade som ett bättre skydd än konventioner⁵⁰. I argumentets kärna fanns därför en kritisk hållning mot konstitutionalism. Det förtjänar dock att sägas att den styvmoderliga behandling av konventionen som först upphörde 1994 inte var total. Med tiden fann Europadomstolen att Sverige kränkt sina medborgare på allt fler punkter vilket resulterade i flera lagändringar redan innan 1994. Lagrådet kom med tiden att alltmer väga sina remisser mot Europakonventionens text och praxis, och principen om fördragskonform tolkning innebar ytterligare ökad betydelse⁵¹. Redan åren före hade HD börjat väga in EKMR i sina bedömningar, och det blev allt svårare att vara avvisande mot konventionen⁵².

Som ska visas nedan har EKMR:s intåg inneburit utmaningar för rättighetsskyddet i Sverige, och den svenska motsträvigheten har måst luckras upp. Det kan dock redan här nämnas att denna uppluckring har skapat ett inflöde av naturrätt, och konstitutionalism är på nytt en faktor, som tycks göra successiva landvinningar i debatten⁵³.

2.3 Några generella tendenser i utvecklingen

Ovan har visats hur den svenska rätten har förordat rättspositivismens mer pragmatiska natur, medan man i amerikanska sammanhang haft en större tendens gentemot naturrättens tankegångar. Något förenklat skulle man kunna säga att den svenska rättighetssynen har kommit ur *politiken* och att den amerikanska motsvarigheten skett mer genom *juridiken*. Detta illustreras väl i ett citat av f.d. statsrådet Pär Nuder:

”Sedan 1974 års regeringsform har balanspunkten mellan politik och juridik förskjutits. Domstolarnas makt har ökat ...

[V]i har blivit en del av en legalistisk politisk kultur. Den står många gånger i bjärt kontrast till den folksuveränitetskultur som den svenska demokratin bygger på⁵⁴.”

48 Prop. 1993/94:117 s. 10f.

49 Numera RF 2:19.

50 Prop. 1993/94:117 s. 10ff.

51 Prop. 1993/94:117 s. 12.

52 Se NJA 1992 s. 532 nedan under 4.3.3.

53 Jmf. Modéer, Kjell Å., *Juristernas nära förflutna: rättskulturer i förändring*, Santérus, Stockholm, 2009, s. 359f.

Den svenska rättighetspolitiken har varit återhållsam och viljan att acceptera Europakonventionens naturrättsliga stoff var länge begränsad. Det bör dock påpekas att den rättighetsutveckling som skett i efterkrigstidens Europa varit påverkad av det trauma av övergrepp som kantat denna tid. Sveriges hållning kan därför inte jämföras med exempelvis rumänska, östtyska eller ryska dito, dels för att det vore att trivialisera de grymma illdåd som ägde rum i dessa stater och dels för att det i Sverige klart saknats sådana tendenser. Istället har den svenska pragmatiken inneburit sökandet efter välfungerande rättssystem där inget var sakrosankt i sig. Bevisrätten är ett klart exempel härvid där man gick från ett illa fungerande system till ett som var bättre ägnat åt sitt syfte. Som framgår längre fram i framställningen är detta dock inte detsamma som att dess konsekvenser alltid varit godartade. När sedan Mappfallet avhandlas nedan återkommer de mer rättsfilosofiska avvägningarna som behandlats ovan och i det sammanhanget visas den kausala verkan mellan rättens kontext och dess följder mera konkret. Innan dess kommer dock bevisrätten behandlas de lege lata nedan.

54 Hämtat från en återgivning av Wiklund, Ola: ”Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?”. I: Svensk Juristtidning, 2014, s. 344.

3 Rättegångsbalken - om bevisregler och vissa tvångsmedel

För att längre fram kunna ställa principerna i Mapp mot den svenska bevisrätten går viss reglering igenom här. Det är också i denna del av framställningen som förklaringsinstrumenten till den svenska bevisrättens utfall på rätten etableras. Den svenska processrättens fundament återfinns i rättegångsbalken. Det är här som bevisreglerna och tvångsmedlen återfinns. I detta kapitel diskuteras vidare dels bakgrunden till dessa regleringar och dels hur rättsläget är de lege lata. Därtill kommer konstitutionella aspekter, Europakonventionens betydelse och hur delar av rättegångsbalken påverkar bevisrätten utan att vara bevisrätt per se, diskuteras. I nästföljande kapitel diskuteras utvalda rättsfall varför denna del enbart rör den rättsliga regleringen.

3.1 Bakgrund

Med rättegångsbalken av 1942 upphävdes den åldrade författning som hade sitt ursprung i 1734-års lag. Reformen hade förvisso skett under tidens gång, men lagens kärna var oförändrad i stort⁵⁵. Bevisreglerna präglades av legal bevisteori vilket medförde en krånglig och långsam process, där den processuella rätten innebar att den materiella ibland inte gick att tillämpa. Vidare användes regelverket ofta chikanöst och kunde begagnas till att osakligt hindra en uppgift som kunnat gagna motparten⁵⁶. Lagstiftningen kunde innehålla drag av rigiditet som kunde få oöverskådliga konsekvenser. Bland dessa avarter fanns ett omfattande släktskapsjävsinstitut som medförde att en lång räkka av personer som kunde bidra till processen stängdes ute. Vidare fanns det i flera fall direkta krav på att ett visst antal tillförlitliga vittnen skulle uppådas för att en fällande dom skulle kunna meddelas. Som Ekelöf påpekar kan detta system förefalla tungrott och arkaiskt, men det måste samtidigt beaktas att det fanns där av en anledning. Systemet innebar ju att även domarna fick hållas tillbaka och att det därmed kunde bli svårare för domare att (må det vara uppsåtligt eller ej) missköta sin tjänsteplikt⁵⁷.

Med tiden utvecklades en praxis på området, men den var långt ifrån enhetlig och kunde innebära allvarliga variationer från domstol till domstol. Den fria bevisprövningen skulle

55 SOU 1926:31, s. 3.

56 SOU 1926:31, s. 4f och 25.

57 Ekelöf, Per Olof, *Rättegång. H. 4, 4.,* omarb. uppl., Norstedt, Stockholm, 1977, s. 15f.

innebära en lösning på problemen men vägen dit gick genom omkring hundra år av fruktlös debatt⁵⁸.

3.1.1 Rättegångsbalken och synen på husrannsakan som tvångsmedel

Som påpekats ovan är det ett amerikanskt rättsfall som kommer användas för att visa på vissa skillnader i bevisrätten i den komparativa delen. Det är emellertid av betydelse att avhandla husrannsakensinstitutet i svensk rätt först eftersom det är just bevis inskaffade medelst husrannsakan som utgör upptakten till komparationen.

Reglerna om straffprocessuella tvångsmedel hade reformerats 1933⁵⁹ och när processlagberedningen tillsattes för att reformera processrätten bevarades i stort lagens innehåll. Den nya rättegångsbalken skiljde fortsatt mellan reell husrannsakan, vars syfte består i att finna föremål vilka kan tjäna som bevisning, och personell husrannsakan som snarare genomförs för att hitta en misstänkt gärningsman. Man reglerade också en skillnad mellan de båda där personell husrannsakan kunde ske vid lägre misstankegrad och vid brott av mindre kvalificerad natur⁶⁰.

Av 28:1 RB följer att den myndighetsperson som har synnerlig anledning att anta att brott på vilket fängelse kan följa har skett, kan förordna om husrannsakan i syfte att hitta bevismaterial. I 28:2 RB stadgas att det för personell husrannsakan krävs att det finns synnerlig anledning att anta att gärningsmannen uppehåller sig på platsen.

Beträffande behörigheten att besluta om husrannsakan lämnas detta, i de flesta fall, åt åklagarväsendet, som framgår av 28:4 RB. Det innebär i sig inte att man avskaffat möjligheten att hämta rättens medgivande, men som Olivecrona skriver torde ett sådant förfarande endast vara aktuellt undantagsvis. Många av reglerna tycks bygga på att det i dessa sammanhang ofta föreligger fara i dröjsmål, och då tycks slutsatsen bli att ett medgivande bara är aktuellt när sådan fara inte föreligger, alternativt när förfarandet kan förväntas bli särskilt omfattande. Även polismän tillåts genomföra husrannsakan på eget beslut, dels vid personell husrannsakan men även när omständigheterna inte medger annat än att reell platsundersökning måste ske omedelbart, vilket framgår av 28:5 RB⁶¹.

58 SOU 1926:31, s. 4f och 25.

59 Lagen den 12 maj 1933 om vissa tvångsmedel i brottmål.

60 Olivecrona, Karl, *Rättegången i brottmål enligt RB*, 2., omarb. uppl., Norstedt, Stockholm, 1961, s. 244ff.

61 Olivecrona, a.a., s. 246f.

3.1.2 Den fria bevisrättens inträde i rättegångsbalken

I den nya lagen skulle bevisreglerna bli radikalt förändrade, och borta var nästan varje spår av legal bevis teori. I dess ställe trädde 35:1 RB om fri bevisprövning. Förslaget från 1938-års processlagberedning kom därmed att innebära slutet för de gamla bevisreglerna och början på en ny era där domstolen tillmättes större diskretion i rättsskipningen. Detta innebar i sig inte att bevisprövningen helt lämnades till domarnas godtycke⁶², men jämte motiven får dock erkännas att lagen tillmäter dessa en betydande ställning⁶³. Vissa indirekta bevisförbud går att uppstå och ett exempel därvid är att sådant som ej varit föremål för behandling vid rättegången i regel inte heller får användas vid överläggningen. Andra exempel är förbudet mot att målsägande och tilltalad hörs som vittne. Olämpligheten i att inte ha det på detta vis synes uppenbar, och var också formulerat långt innan processlagberedningen tog vid⁶⁴. Vittnesjäven togs bort, men en säkerhetsventil installerades, vilken möjliggjorde för vissa anhöriga att på egen begäran avstå från att avge vittnesmål.

Domarens roll som processledare minskades till förmån för parterna och syftet var att uppnå både en högre grad av kontradiktoriskt förfarande, men också att skydda domarna från att rubba sin oavhängighet i processen⁶⁵.

Den nya lagen blev notorisk för sin avvisande syn på skriftliga inlagor, även om ett totalförbud inte restes. Dock förblev editionsplikt för den tilltalade en omöjlighet, vilket väl överensstämmer med oskyldighetspresumtionen⁶⁶.

Betydelsen av ett erkännande kom att skrivas ned av processlagberedningen. Det vore i sig inte förenligt med principen om att samvetsgrant pröva allt som förekommit i målet att acceptera ett erkännande av carte blanche-karaktär. Detta upprätthålls emellertid inte konsekvent eftersom ett erkännande rörande brott av förseelsekaraktär kan komma att godtas⁶⁷.

Ett anmärkningsvärt exempel där den fria bevisprövningen tillskrevs mycket långtgående följder rör frågan om tilltalade som är ovilliga att delta i processen, och därmed avstår från att svara på frågor. Processberedningen argumenterar att det följer av den nya bevisföringsmodellen att ett sådant scenario måste tillmätas betydelse i bevishänseende. Detta gäller i varje fall i de brott som inte kan betraktas som särskilt grova. Det kan ifrågasättas om ett sådant

62 Se 3.2 för vidare läsning.

63 Jmf. SOU 1938:44 s. 377f.

64 SOU 1938:44 s. 38f.

65 SOU 1938:44 s. 39ff.

66 Processlagberedningen gör undantag för s.k. notoriska fakta, eller det som är "allmänt veterligt" som de själva uttrycker det, se SOU 1938:44 s. 378.

67 SOU 1938:44 s. 380f.

synsätt verkligen är kompatibelt med (den senare tillkomna) Europakonventionens *fair trial-regler* i art. 6⁶⁸.

3.1.3 Bevisvärdering i brottmål eller hur man styr upp det som saknar regler

Reglerna kring bevisvärderingen är sparsmakade i rättegångsbalken. Detta är givetvis inte konstigt eftersom bevisrätten släppts fri, men på ett sätt eller annat måste ju bevisningen kunna värderas. Processlagberedningen påpekade att bevisvärderingen ska ske på ett förståndigt sätt och av Ekelöf framgår att detta bör ske enligt allmänfilosofiska läror på epistemologins område⁶⁹. Det är inte svårt att inse att detta riskerar att ge upphov till en godtycklig bevisningsmetodik, varför frågan behandlats under polemiska former i doktrinen. Praxis har inte gjort samma avtryck i frågan och som påpekas i Ekelöf skulle alltför närgångna instruktioner i praxis strida mot den fria bevisprövningen.

Det operativa begreppet för att mota godtycket i grind är lagtextens skrivning om samvetsgrann prövning i 35:1 RB. För att kunna avgöra huruvida så har skett ska rätten därför motivera sitt resonemang, och ett resonemang som inte går att motivera torde inte heller duga som fundament att bygga ett domslut på⁷⁰.

I detta sammanhang är det dock tillfyllest att avhandla hur *dåliga* bevis betraktas. En grov uppdelning är att skilja mellan ett bevis som försämrats därför att det går att ponera att annan, bättre bevisning går att införskaffa, och ett bevis som försämrats genom sättet det anskaffats på eller dylikt. Det förstnämnda scenariot behöver inte nödvändigtvis orsaka ett oöverkomligt huvudbry givet principen om in dubio pro reo. Vad som däremot är svårt är hur den sistnämnda kategorin ska behandlas. Om den fria bevisprövningen tillämpas dogmatiskt så kan ett sådant bevis ändå duga gott och väl om det är tillförlitligt i övrigt. Man kan tänka sig ett inspelat förhör med en person som varit på väg att avlida och där försvarets representanter inte kunnat ges möjlighet till motförhör. Det är förvisso en brist att situationen blivit sådan, men det måste inte innebära att beviset är otjänligt eller uppenbart obehövligt. Enligt ett annat synsätt kan förvisso beviset läggas fram, men dess bevisvärde måste skrivas ned eftersom brottmålsprocessens centrala funktioner rubbats. I Ekelöf påpekas att det senare synsättet torde vara dominerande hos den svenska domarkåren och att

68 SOU 1938:44 s. 381f.

69 SOU 1938:44 s. 377f, samt Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång. H. 4, 7.*, omarb. och rev. uppl., Norstedt, Stockholm, 2009, s. 160.

70 Ekelöf, a.a., 2009, s. 160ff samt 173.

försiktighetsgraden vid behandling av bristfällig bevisning ökar i förhållande till det aktuella brottets allvarlighet⁷¹. Längre fram diskuteras skäligheten i detta.

3.1.4 Några konstitutionella aspekter på rättegångsbalken

Det vacklande rättighetsskyddet har diskuterats ovan. I fall där det rör sig om bevisning som insamlats på ett rättsvidrigt sätt är regeringsformen fåordig. Det andra kapitlet i RF har huvudsakligen siktet inställt på händelser långt innan dess avkastning presenteras inför domstol. Det innebär att materiella bestämmelser sällan ser en motsvarighet i processlagstiftningen. Som Lundqvist konstaterar går förvisso grundlag före processlag, men ett bevis behöver inte bli bättre eller sämre per se i relation till hur det inhämtats⁷². Det har likväl på senare tid skett vissa preciseringar av RF:s skyddsmateria i RB. I 27:23a regleras numera att brottsbevisning som erhållits genom avlyssning, och vars utredande inte varit föremål för tvångsmedlets användande bara får användas jämte vissa kriterier. Bland dessa är att det måste vara föreskrivet minst ett års fängelse för brottet. Syftet med bestämmelsen är att uppnå konvergens med RF:s personella skyddsbestämmelser i 2:6. Det bör dock nämnas att betydelsen av ändringarna är begränsade, och präglas av den återhållsamhet som kännetecknar svensk rättighetssyn⁷³.

3.1.5 När brottslingen jagar brottslingen eller skillnaden mellan en otillåten gärning och dess avkastning

När representanter för statsmakten begår allvarliga övertramp i sitt sökande efter bevis kan naturligtvis straffrättsligt ansvar aktualiseras. Det finns härtill många tänkbara scenarion: att tortera någon skulle exempelvis kunna utgöra misshandel enligt 3:5 BrB och att hota någon kan innebära brott mot 4:5 BrB. Därtill är denna typ av beteende reglerad i RB, t.ex. i 23:12. Ytterst kan fråga vara om tjänstefel enligt 20:1 BrB⁷⁴. Det bör dock sägas att dessa frågor i sig inte äger omedelbar relevans för ett eventuellt bevisförbud⁷⁵. Förvisso kan det leda till att domstolen finner skäl att vara särskilt försiktiga vid bevisvärderingen, men till syvende og sidst kan beviset likväl tillerkännas ett betydande bevisvärde⁷⁶. Det är alltså de lege lata två helt olika saker när ordningsmakten genom brott inhämtar bevis och när materialet sedan läggs fram.

71 Ekelöf, a.a., 2009, s. 187ff.

72 Lundqvist, Ulf, *Bevisförbud i rättspraxis*, Bokbyrån, Knivsta, 2013, s.171ff.

73 Se Lundqvist, a.a., 2013, s. 172f, samt prop. 2011/12:55 s. 54 för en mer detaljerad utläggning.

74 Från äldre rättspraxis kan NJA 1914 s. 130 rekommenderas.

75 Lundqvist, a.a., 2013, s. 184f.

76 Se Fitger, Peter, Kommentar till rättegångsbalken, kommentaren till 35 kap. 1 § under rubriken ”Bevisföringen”, www.zeteo.nj.se.

3.2 Indirekta bevisbegränsningar i rätten

För frågan om bevisinsamling bör erinras om att RB innehåller en rad allmänna bestämmelser som i längden har verkan på bevisfrågor.

Den akusatoriska principen⁷⁷, varmed menas att både den tilltalade och åklagaren är jämställda processsubjekt inför en oavhängig domstol, utgör grunden för brottmålsprocessen. Det innebär i sig inte att domstolen helt måste avstå från att tillföra processmaterialet substans, men möjligheterna får sägas vara begränsade⁷⁸. Det finns därtill utrymme att avvisa bevisning såsom varandes obehövlig, 35:7 RB.

Bevisupptagningen ska ske enligt omedelbarhetsprincipen, som förhindrar att ej behandlad bevisning läggs till grund för domen, jämlikt 17:2 och 30:2 RB. Som påpekas i Ekelöf är detta en förutsättning för den fria bevisvärderingen med sin betoning på att allt som lagts fram ska vägas in. Med ett så omfattande mandat är det i sin tur avgörande för det kontradiktoriska förfarandet att möjlighet ges att informera rätten om hur ett bevis ska tolkas⁷⁹.

En inneboende kontrollfunktion i den fria bevisprövningen är domarens skyldighet att utveckla sitt resonemang i domskälen, vilket i sin tur syftar till att bl.a. säkra att omedelbarhetsprincipen respekteras⁸⁰. Åklagarens bevisbörda kan i detta sammanhang också betecknas som en viss begränsning i bevishänseende med de lättnader den innebär för den tilltalade. Detta är att betrakta som ett naturligt utflöde av oskyldighetspresumtionen⁸¹.

3.2.1 Bevisförbud i lagstiftningen

Regelrätta bevisförbud finns det en handfull av i RB. I 35:14 förbjuds framläggande av skriftliga utsagor som framställts under förundersökningen. Regeln är inte absolut och undantagen rör huvudsakligen processekonomi och situationer av laga förfall. Förbudet inbegriper i sig inte metoden för bevisets framskaffande utan är bara resultatet av RB:s betoning av muntlighet och dess stränga syn på vittnesattester⁸². Andra exempel är den digra lista av sekretesspliktiga personer som undantas från vittnesplikt i 36:5 och de som själva disponerar över sitt deltagande jämlikt 36:3 och 6. Vidare får, enligt 38:2 ingen åläggas editionsplikt för material vilket ingår i brottsmisstanke mot den samme. Bevisupptagning till framtida säkerhet är förbjudet i 41:1 vilket har bäring på

77 Observera att flera av de principer som kringgärdar gällande bevisningsregler är av väsentligen äldre datum, SOU 1926:31, s. 5.

78 Lundqvist, a.a., 2013, s.13f.

79 Ekelöf, a.a., 2009, s. 28f.

80 SOU 1938:44 s. 378.

81 SOU 1938:44 s. 377ff och Lundqvist, a.a., 2013, s. 14.

82 Se Lundqvist, a.a., 2013, s. 203.

förhindrandet av s.k. *fishing expeditions*⁸³. Specialregler om konventionskonformitet vid internationella brottsutredningar finns vidare i lag (SFS 2000:562) om internationell rättslig hjälp i brottmål⁸⁴. Förbudet i 27:23a RB har behandlats ovan. Det är dock på det stora hela skralt med bevisförbud vad oegentligt införskaffade bevis avser, något det finns skäl att återkomma till nedan.

3.2.2 Bevisförbud i doktrinen

Den förhärskande uppfattningen, i generella termer, är att det på det stora hela saknas reglering som skulle innebära att olovligt åtkommen bevisning ska avvisas. Istället kan sådan bevisning tillåtas tjäna processen ända fram till fällande dom⁸⁵. En debatt kring frågan har dock vuxit fram sedan det sena 90-talet.

Det har diskuterats huruvida kringgåenden av bevisförbud får anses tillåtliga, och då med särskilt intresse för den tilltalade. Exempelvis torde det inte vara möjligt att framföra vittnesbevisning om en viss handling innehåll om handlingen i sig självt omfattas av ett bevisförbud⁸⁶. Huvudfrågan rör emellertid mer fundamentala frågor. Om man exempelvis jämför husrannsakan i 28:1 RB med regleringen av hemlig avlyssning m.m. så framgår det klart att det sistnämnda får förstås vara ett särskilt tungt vägande intresse när man avgör om det ska tillgripas. Som Lundqvist argumenterar för, så talar detta för att det därmed finns särskilt starka skäl att tillgripa ett bevisförbud när ett sådant rättsmedel missbrukats⁸⁷.

Det bör ihågkommas att bevisförbud utgör en direkt motsats till den omhuldade principen om fri bevisprövning, och är därtill ett mycket annorlunda remedium gentemot den mer traditionella lösningen, d.v.s. att tillmäta ifrågavarande material ett lägre bevisvärde. Ahlstrand argumenterar för att frågan är ett slags jurisprudensens kamp mot väderkvarnar. Argumentet innebär att olovligt åtkommen bevisning är en anomali i dess rätta mening, och att bevisning med sådant ursprung egentligen bara används efter olycksfall i arbetet, alternativt i avsaknad av annat, bättre bevismedel. Därtill menar Ahlstrand att ett system där kunskap bortses från i en process är ett system där tilliten till domaren är nedbantad⁸⁸. I linje med vad som anförts ovan härrör detta till konstitutionalismen som doktrin. Om man argumenterar för att rätten, som är rättvisans

83 Se Lundqvist, a.a., 2013, s. 18.

84 Se Fitger, a.a.

85 Observera att detta är ett generellt påstående, som framgår av 3.2.1 finns numera vissa undantag. Se även Lundqvist Ulf: ”*Polisprovokation och bevisförbud*”. I: Svensk Juristtidning, 1999, s. 910.

86 Se Fitger, a.a.

87 Se Lundqvist, a.a., 2013, s. 181f.

88 Ahlstrand, Thomas: ”*Aktuella frågor. Till frågan om fri bevisprövning och bevisförbud*”. I: Svensk Juristtidning, 2002, s. 545ff.

distributörer, ska möta begränsningar, implicerar det också att domstolen tillskrivs en potential till övergrepp.

Situationen kan sammanfattas med att det klart finns friktionsytor mellan å ena sidan förverkligandeprincipen och å andra sidan skyddsprincipen⁸⁹. Den stig som trampats upp för att finna en lösning verkar ytterst mynna ut i intresseavvägningar⁹⁰.

3.3 Europakonventionen och synen på bevisning

Ovan har diskuterats hur EKMR inneburit att den svenska rättens karakteristika har måst luckras upp. På bevisförbudets område finns flera skäl att hålla detta påstående för sant. Det är förvisso så att konventionen är en rättighetsstadga som främst berör *vad* som är och inte är tillåtligt, snarare än *hur* detta ska uppnås⁹¹. I artikel 6.1 etableras en yttre ram för processen, de s.k. *fair trial-reglerna*. Reglerna rör hela processen vilket innebär att en rättegång där ett bevis framtaget i strid mot någon av de övriga konventionsartiklarna, låt säga artikel 3 om tortyr, innebär ett brott mot *fair trial-reglerna* i det fall det inte hindras av ett bevisförbud⁹². Exemplet är talande såtillvida att det bör betänkas om ett sådant bevis verkligen är till den tilltalades nackdel. Dels skulle ju ett sådant bevis blottlägga orättfärdigheter i utredningen och dels är det ett exempel på något som äger ett synnerligen lågt bevisvärde.

Trösklarna, som ska visas, är låga i Sverige för flera utredningsåtgärder. Lågst är kravet för att inleda förundersökning⁹³. Även för flera former av tvångsmedel, däribland husrannsakan, är kraven relativt lågt satta⁹⁴. Av 28:1 RB framgår att det ska vara antagligt att ett brott har begåtts på vilket fängelse kan följa, och att skälig misstanke föreligger. Endast i ett fåtal fall krävs domstols goda minne för att företa åtgärden⁹⁵. Europakonventionens legalitetskrav för en sådan åtgärd blir därför särskilt betydelsefulla för det svenska systemet. Dessa återfinns i artikel 8 och speglar i mycket 2:6 och 21 RF. Det finns i sig inget hinder i EKMR för ett system där åklagare (m.fl.) kan utfärda rätt till husrannsakan, förutsatt att lagstöd finns⁹⁶ eftersom EKMR inte gärna kan tillskrivas rollen av processlag. Det finns dock skäl att betänka att risken för godtycke för denna typ

89 Jmf. 1.2 ovan.

90 Jmf. Lundqvist, a.a., 1999, s. 906.

91 Se Lundqvist, a.a., 2013, s. 173.

92 Lundqvist, a.a., 2013, s. 197.

93 ”Antagligt”, 23:1 RB.

94 Se 5.1.2 nedan för en utförligare motivering.

95 Delgivning, samt frånvaro av fara i dröjsmål, 23:4.

96 Lundqvist, a.a., 2013, s. 111.

av diskretionär beslutsmyndighet kan vara hög⁹⁷, och att de krav konventionen reser på förutsägbarhet därmed kan vara i fara.

Det har diskuterats huruvida det kan anses följa av EKMR att hela kedjan från åklagare till domstol har ett självständigt uppdrag att tillse att principerna upprätthålls. Det skulle då ge vid handen att på samma sätt som en åklagare bör avstå från att företa en ogrundad husrannsakan, bör domstolen avstå ett bevis som överkommit genom nämnda åtgärd. Som ska framgå av praxis finns svaret på frågan även här i en avvägning av det rättsliga intressets upprätthållande kontra utredningsintresset⁹⁸.

97 Se 6.1.1 nedan för exemplifiering.

98 Lundqvist, a.a., 2013, s. 224f.

4 Mapp v. Ohio - om fallet och om jämförbara fall i Sverige och från Europadomstolen

I denna del går vi först igenom vissa rättsliga förutsättningar vilka påverkade utgången i *Mapp v. Ohio*. Därefter behandlas själva fallet vad bakgrund, process och utgång avser. Slutligen behandlas dels ett antal svenska rättsfall och dels ett urval av fall från Europadomstolen. Dessa har vissa gemensamma beröringspunkter med det amerikanska rättsläget, vilket framgår nedan. I denna del utelämnas dock, med några nödvändiga undantag, stora delar av den amerikanska regleringen, för att senare aktualiserats som bakgrund till komparationen. Således är denna del i huvudsak inriktad på att ge en heltäckande bild av *Mapp v. Ohio* för att därefter visa på närliggande rättspraxis i Sverige och från Europadomstolen. Det kan tilläggas att det i denna del visas på hur Mapp-fallet kom till genom en längre tids utveckling och att principen därmed byggdes upp steg för steg innan den slutligen implementerades som ett slags universallösning på rättsövergrepp. Det är just i sin egenskap av lösning, eller remedium, som fallet skall förstås framgent.

4.1 USA - en federal juridisk ordning i konkurrens med 50 unika system

Medan den federala statsbildningen utgör en sammanhållande kärna, på konstitutionell grund, finns decentraliserade statsordningar längre ned i kedjan. Delstaterna⁹⁹ har en långtgående lagstiftningsrätt och dessa frågor har utgjort en vidsträckt dragkamp. Allt sedan det sista bläcket torkade på konstitutionen 1789 har man ömsom betraktat den federala staten som en del i ett betydligt större maskineri, och ömsom som en aktör vilken förlänats med det sista ordet¹⁰⁰.

År 1791 antogs tio författningstillägg¹⁰¹, benämnda ”*The Bill of Rights*”. Tilläggen har i mycket drag av en skyddsvall mot maktmissbruk. Många teman går att uppbåda i texten men för dessa syften är två centrala. Det första rör maktförhållandet mellan delstat och federal stat och det andra innefattar relationen mellan den enskilde och ordningsmaktens bruk av tvångsmedel.

99 Det bör påpekas att även om District of Columbia inte är att betrakta som en fullvärdig delstat, håller sig distriktet ändå med en egen rättsordning.

100 Mellbourn, a.a., s. 37f, samt Fletcher, a.a., s. 5f.

101 För uppsatsen relevanta författningstillägg återges i bilaga A.

4.1.1 Staten och delstaten – om interna kompetensbegränsningar

I det tionde författningstillägget är maktförhållandet reglerat. Den federala staten har bara den makt som konstitutionen medger. E contrario disponeras resten av makten av delstaterna samt folket som sådant. Redan här märks att den federala högsta domstolens mandat är inskränkt, och viljan att intervensera var länge begränsad. Denna bärande lära statuerades tidigt i domstolens historia med det avgörande rättsfallet *Marbury v. Madison* från 1803. Där markerar domstolen att dess makt inte kan utsträckas med mindre än att konstitutionen i sig ändras. Med detta som grund var domstolen därför länge tillbakadragen, och spelade ofta en begränsad roll i sociala förändringar¹⁰². De avvägningar som gjordes vid konstitutionens tillkomst stod mellan en svag och handlingsförlamad centralstat och en stark och tyrannisk härskare. Detta medförde att delstaternas makt i stort lämnades därhän. Efter det blodiga inbördeskriget kom saken dock i ett annat ljus och i det fjortonde författningstillägget stadgades nu att: ”No state shall deny any person due process of law or equal protection of the laws”.

Detta kom att få långtgående konsekvenser och man talar i dessa sammanhang om en gradvis inkorporering av the *Bill of Rights* i delstaternas rättskällor¹⁰³. För dessa syften är särskilt det fjärde tillägget av betydelse, eftersom det behandlar tvångsmedel av olika slag:

”The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized¹⁰⁴.”

4.1.2 Den amerikanske medborgaren i gränslandet mellan stat och delstat

Den juridiska verkligheten för amerikaner under 1900-talets första hälft skiljde sig åt kraftigt beroende på var i landet de bodde. Medan man antagit en mer rättighetsinriktad praxis i de norra delarna av landet fanns en konservativ prägel att finna i sydstaterna. Utvecklingen mot en mer enhetlig rättighetssyn skulle därför i mycket behöva ske genom domstolarnas försorg, och under ett antal decennier. Det tidigaste och tydligaste exemplet på att den federala högsta domstolen ville

102 Fletcher, a.a., s. 246ff. Jämför med fallet *Scott v. Sanford* (1857) där allt ställs på sin spets med Chief Justice Taney's resonemang om att afroamerikaner aldrig ansågs som fullvärdiga människor och därför heller aldrig skulle kunna göra anspråk på medborgarstatus, s. 176.

103 Fletcher, a.a., s. 259ff.

104 För ett urval av övriga delar av stadgan, se bilaga A.

proklamera en yttersta gräns för delstaternas rättsutövning står att finna i fallet *Powell v. Alabama* från 1932. I fallet slog domstolen fast att den federala konstitutionen innebär att vissa minimikrav måste respekteras även i delstatsdomstolarna, och bland dessa finns rätten till ett effektivt försvar. Domstolens mandat blev med tiden mer aktivistiskt och ideologiskt och från 1937 och framåt fördes resonemang om rättighetslagstiftningens applikation genom att påpeka att bestämmelserna var: *"implicit in the concept of ordered liberty."*

1949 fann högsta domstolen, i *Wolf v. Colorado*, att konstitutionella begränsningar för husrannsakan och beslag också måste åtföljas av delstaterna. Detta innebar att det fjortonde tilläggets tillämplighet i delstaternas domstolar inte längre var föremål för diskussion. Vad som fortfarande var oklart var om *the exclusionary rule*, vars innebörd är att domstolarna måste exkludera all bevisning som insamlats med författningsstridiga metoder, ägde samma räckvidd. Resonemanget byggde ytterst på idén om att skära bort incitamenten för ordningsmakten att förfara rättsstridigt. Om polisen inte kunde tillåtas använda materialet de funnit genom sitt övertramp, antogs de också vara väsentligen mindre benägna att handla på ett sådant sätt. Tanken hade etablerats redan 1914 i de federala domstolarna¹⁰⁵, men dess framtid avgjordes först i ett fall med början i Ohio 1957¹⁰⁶.

4.2 Upptakten till Mapp v. Ohio

På den aktuella dagen anlände tre poliser till Dollree Mapps hem, och krävde att få tillgång till hemmet efter att de fått tips om att en person misstänkt för inblandning i ett bombdåd gömde sig i huset¹⁰⁷. Vidare fanns uppgifter om att utrustning för olaglig dobbleriverksamhet förvarades i bostaden. Efter att Mapp ringt sin advokat fick hon rådet att inte släppa in poliserna förrän en husrannsakanorder, *warrant*, kunde uppvisas. Polisen övergick då till att företa span mot huset. Tre timmar senare återkom samma poliser till huset. När Mapp inte öppnade dörren omedelbart slogs den in och man fick därmed tillträde till bostaden. Kort därefter anlände Mapps advokat, som nekades tillgång till sin klient och som dessutom stängdes ute från huset. När Mapp hade mött poliserna efter deras intrång hade hon ånyo krävt att få se en husrannsakanorder. Denna gång uppvisades ett papper som påstods ha ett sådant innehåll. Mapp ryckte då pappret ifråga från polisen och stoppade det innanför sin klänning. Efter en kortare kamp fick polisen tillbaka pappret och slog Mapp i bojar. Husrannsakan företogs mot både över- och undervåning och avslutades i källaren.

105 Se *Weeks v. United States*.

106 Fletcher, a.a., s. 259ff.

107 Hela framställningen är hämtad från *Mapp v. Ohio* såsom den refererades av Justice Clark i domens prolog.

Polisen fann inget av det de påstått sig vara på jakt efter, men väl en samling pornografiskt material i källaren, vilket vid tiden var förbjudet att inneha enligt Ohios straffstadga.

4.2.1 Rättegången i Ohio

Vid rättegången kunde ingen husrannsaksorder uppvisas, och inte heller gjordes några ansträngningar till att förklara det uppkomna läget från myndigheternas sida. Domstolen slog fast att något legitimt dokument sannolikt aldrig funnits. Detta hindrade dock inte denna fråna att döma Mapp. Resonemanget var sådant att man menade att bevisen i sig inte kan ändra status beroende på sättet de insamlats på. Man hänvisade därvid till *Wolf v. Colorado* vars innebörd, som framgått tidigare, var att de konstitutionella garantierna som framlagts i *Bill of Rights*, var tvingande även för delstaterna, men av mindre betydelsen när skadan redan var skedd.

4.2.2 Fallet i Supreme Court

Vid denna tid visade domstolen på ett ökande intresse av att granska den amerikanska kriminal- och processrätten. Under ledning av Earl Warren skulle man komma att se över flera frågor av processjuridisk karaktär, och domstolens resonemang måste därför ses i ljuset av detta¹⁰⁸. Ett av de tidigaste stegen på vägen är resonemanget i *Mapp v. Ohio*.

Domstolen konstaterade inledningsvis att det fanns en diskrepans mellan de krav som ställs på den federala ordningsmakten och delstaternas dito. När man hade fall av liknande karaktär med federala representanter hade kraven gjorts rigida och oeftergivliga. Man underströk med detta att syftet med denna låsta position var att verka avskräckande på konstitutionella övertramp. I annat fall kunde det fjärde författningstillägget¹⁰⁹ riskera att bara bli en tom samling av ord. Ordvalen i resonemanget antyder ett mått av domstolsaktivism, och syftade till att understryka domstolens roll som försvarare av rättvisa¹¹⁰. Enkelt uttryckt sökte domstolen argument för att ge ”tänder” åt författningstilläggen.

Man fortsatte därefter att diskutera vad författningen som sådan implicerar, teleologiskt, i termer av skydd från intrång. Med resonemanget i *Wolf* i minnet vägde man argumenten mot varandra avseende att anta en delstatsomfattande praxis med krav på exkludering.

Grundresonemanget byggde på en relativt enkel grund; lag kan inte upprätthållas med laglöshet som metod. Risker för att gränserna mellan lagens beskyddare och dess fiender suddas ut

108 Fletcher, a.a., s. 271f.

109 Se 4.1.2 ovan, in fine.

110 Se *Mapp v. Ohio*, del I.

ansågs vara alltför stora. Resonemanget klargjorde därtill att den försiktiga väg man valt 1949 i huvudsak haft sin förklaring i praktiska avvägningar. Man gjorde klart att man accepterat vissa ledtider sedan *Wolf* medfört ett tydligt mandat att implementera det fjärde tillägget. Tolv år senare, ansåg domstolen tiden vara mogen. Rätten diskuterade i skarpa ordalag hur det drar ett löjets skimmer över processen när den federala åklagaren snällt fick låta bevisning stanna i portföljen medan delstatsåklagaren över gatan kunde disponera över sin processföring på ett betydligt friare sätt¹¹¹. Att då påstå att dessa verkade under samma konstitution, och dessutom argumentera för att denna standard bör upprätthållas skulle, enligt domstolen, inte ha varit hållbart. Domstolen var så rättfram i sitt resonemang att den konstaterade att: ”There is no war between the Constitution and common sense¹¹².” Men är då exkluderingsregelns verkliga innebörd att: ”the criminal is to go free because the constable has blundered¹¹³”?

Detta menade man är en oundviklig följd, i varje fall i en del sammanhang. Man värjde sig dock mot detta genom att man, sannolikt i ett försök att visa på sin position mellan medborgare och stat, pekade på att domstolen inte bara ska försvara individen, utan också staten:

”Our Government is the potent, the omnipresent teacher. For good or ill, it teaches the whole people by its example [...]. If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy [...]¹¹⁴”

Man avslutade resonemanget med att förklara att införandet av exkluderingsregeln inte var att sträcka ut konstitutionens omfattning, utan snarare att göra den valid.

Efter att ha förklarat den salomoniska lösningen i *Wolf* utspelad, diskuterades de praktiska konstitutionella förutsättningarna för att införa en ny praxis. Eftersom man sedan tidigare visat att det fjortonde tillägget ägde dignitet nog för ett sådant förfarande, förklarade man att *Wolfs* inverkan på rättsutövningen i delstatsdomstolarna blivit tandlös, och att den enda möjliga vägen att gå var att anta exkluderingsregeln. Det framgår klart av texten att domstolen insåg omfattningen av det beslut de var på väg att ta, och i texten försökte man, såsom framgår av citaten ovan, gardera sig så gott det gick¹¹⁵. Man avslutade med att förklara domen från Ohio ogiltig, och återförvisade målet för ny prövning i linje med domstolens utlåtande.

111 Parafraiserat från *Mapp v. Ohio*, del V.

112 *Mapp v. Ohio*, del V.

113 *Mapp v. Ohio*, del V.

114 *Mapp v. Ohio*, del V.

115 *Mapp v. Ohio*, del III – IV.

4.2.3 Dissens i Supreme Court

Ett antal av meddomarna reserverade sig mot beslutet. Eftersom Wolfdomen inte var av särskilt gammalt datum framfördes det givna *stare decisis*-argumentet¹¹⁶. Ett annat argument, som har större förankring i processmaterialet, var att frågan istället skulle vara av yttrandefrihetsnatur. Därmed skulle skälen att söka ny praxis utsläckas eftersom obscenitetslagstiftning fanns behandlad i andra sammanhang. Vidare argumenterades för att domen medför en författningsstridig intervention i delstaternas rätt att själva organisera sina rättssystem. Dissidenterna menar också att exkluderingsregeln riskerade att bli alltför rigid och skulle kunna bli ett slags främmande fågel i de unika rättskulturer som finns från delstat till delstat.

Argumentet om att exkluderingsregeln skapar respekt för lagen sades även vara ihåligt. Om det var så att man för att skydda lagen riskerat att överträda de federala begränsningarna vad gäller möjligheten att binda upp delstaterna, skulle detta ske lagstridigen på bekostnad av deras lagautonomi menade man. Något förenklat kan man tala om att dissensen i mycket bestod i en motreaktion på domstolens aktivistiska linje. Argumentet om delstaternas suveränitet kan sägas ha utgjort en konservativ motpol till detta.

4.2.4 Följder och slutsatser av fallet

Domen har förblivit kontroversiell sedan den avkunnades 1961. I tusentals fall innebar den att annars troligtvis fällande bevisning fick läggas i malpåse. Med tiden har dock den praxis som utvecklades i *Mapp* kommit att bli en fråga för domarnas skön. Fallet lade likväl grunden för en skärpning i synen på andra rättsmedel. I ett fall om s.k. ”buggning” förklarade domstolen att varje inskränkning av det skydd av privatlivet som den enskilde kan vänta sig, var att jämföras med en husrannsakan¹¹⁷.

Denna dom innebar dock inte att varje husrannsakan skulle kräva att en husrannsaksorder förelåg. Ett exempel på ett undantag skulle vara om polisen anlände på en plats där brott var pågående eller nyligen avslutat. Vattendelaren i debatten tycks därför gå mellan om syftet med intrånget är att söka efter bevis eller om det rör sig om ett ingripande av skyddsskäl¹¹⁸.

116 Skyldighet att följa tidigare rättspraxis, se Gorton, Lars: ”*Litteratur. The discipline of law. Butterworth. London 1979*”. I: Svensk Juristtidning, 1980, s. 457. Principen har länge varit en källa till kontrovers för domstolen, och särskilt vid denna tid, jmf. Heinebeck, Bo: ”*USA:s Högsta Domstol och dess politiska roll*”. I: Svensk Juristtidning, 1972, s. 757.

117 Se *Katz v. United States*. Fallet är av särskilt intresse eftersom buggningen i fråga var av en telefonkiosk, till vilken allmänheten hade tillträde.

118 Fletcher, a.a., s. 262f.

1965 dök den oundvikliga retroaktivitetsfrågan upp. Som Fletcher skriver¹¹⁹ så går skiljelinjen mellan om man menar att konstitutionen alltid är en och densamma, eller om den är ett levande dokument i ständig utveckling. Slutresultatet blev en kompromiss, där varje fall skulle vägas mot vad *Mapp* hade sökt uppnå, vilket innebar att varje formellt fel inte nödvändigtvis skulle leda till frikännande¹²⁰. 1985 kom principerna i *Mapp* att spås ut ytterligare när domstolen slog fast att exkluderingsregeln bara var tillämplig om det var visat att polisens övertramp varit culpöst. I enlighet med Fletchers resonemang förefaller kanske fallets mest bestående avtryck vara att det poängterar domstolarnas oavhängighet mellan processens parter, där lagen och inte processens mål står i fokus¹²¹.

4.2.5 Frukterna av rättsutvecklingen och skäl till eftertanke

En följd av tanken att lagen och inte kriminalpolitiken är det centrala är utvecklingen av den så kallade doktrinen om frukt från det förgiftade trädet. Liknelsen är träffande eftersom den visar på att det bevis som en gång insamlats i strid mot grundläggande rätt (tillfället då förgiftningen skedde) därefter aldrig kan bli användbart (läs: ätbart). Resonemanget kan vid en första anblick likna ett försök att plåstra om sårerna hos den misstänkte, men dess räckvidd är inte fullt så blygsam. Det kan här påminnas om straffrättspolitikens grundtanke om prevention istället för vedergällning. Om man redan från början har aviserat att övergrepp inte ger avkastning spås följden bli att det inte finns något intresse i att begå dem.

Det finns flera möjliga invändningar mot ett sådant resonemang. Först och främst skapar det en risk för ett slags omvänd *fishing expedition*¹²², där försvarets främsta sysselsättning inte är att försvara sin huvudman, utan istället att finna formfel. Därtill infinner sig frågan när en förgiftning slutar och en annan börjar. Om ett förgiftat bevis förmår någon att erkänna och redogöra för sitt brott bör även denna del bortses från? Givet 20:9 RB in fine skulle detta kunna medföra en res judicata-verkan för brott som i sig gått att utreda, och resning torde inte heller kunna ske med beviset som grund¹²³. Att detta skulle innebära stora svårigheter för utredningen är enkelt att se, och dessa följder finns det därför skäl att återkomma till.

119 Fletcher, a.a., s. 272ff.

120 Se *Linkletter v. Walker*. Se vidare: Corr, John Bernard, "Retroactivity: A Study in Supreme Court Doctrine as Applied", först publicerad 1983 genom Faculty Publications. Paper 840, <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/840>.

121 Se *U.S. v. Leon*, samt Fletcher, a.a., s. 273ff.

122 Jmf. Bylander, Eric: "Nordiska Föreningen för Processrätt och det tolfte nordiska processrättsmötet". I: Svensk Juristtidning, 2013, s. 342.

123 Se Lundqvist, Ulf: "Frivillig samverkan i straffprocessen. Om partsrättigheter, säker information och plea agreements". I: Svensk Juristtidning, 2009, s. 364.

4.3 Jämförbara fall i svensk rätt

Några allmänna tendenser bör inledningsvis beaktas innan fallen behandlas. Ovan har beskrivits de relativt låga krav som uppställs för anlitan­de av tvångsmedlet husrannsakan. Eftersom domstolsmedverkan är mer en anomali än en norm ger det en inte särskilt rikhaltig flora av praxis på området. Ett fall som påminde om problematiken i *Mapp* var NJA 2003 s. 323, men detta har sedermera blivit obsolet p.g.a. ändringarna i 27:23a RB¹²⁴. Torftigheten i praxis vägs emellertid i viss mån upp av Europadomstolens handhavande av dessa frågor. Vidare finns det skäl att betänka två saker:

1. Denna typ av frågor tycks ha framtiden för sig. Konstitutionella begrepp i samband med s.k. juridifiering lär innebära större betydelse för domstolarna i takt med att processinvändningar av fundamental form ökar. Detta kan innebära att konstitutionalism vädrar morgonluft även i Sverige som bl.a. fått reservera utrymme åt rättighetsstadgor av högre dignitet än den egna¹²⁵. De senaste åren har frågan om yttrandefrihetens gränser varit föremål för diskussion, se NJA 2005 s. 805 och ne bis in idem-frågor följde sedan tätt efter. Med nya fall som NJA 2013 s. 476¹²⁶ finns det därför skäl att prognostisera om att fler rättsområden kommer synas i sömmarna efter en snarlik modell framöver¹²⁷.
2. Det finns en gråzon av underrättsfall där bevisförbud mycket väl kan tillämpas, eller åtminstone behandlas men som aldrig blir fall för praxis eller referat. Ett exempel är ett beslut från Göta hovrätt där frågan om tillåtligheten av anonym vittnesbevisning behandlades, dock med en utgång som inte förordade ett bevisförbud¹²⁸.

4.3.1 Laboratorieassistentfallet

I NJA 1986 s. 489 hade en man påträffats berusad medan denne framförde motorcykel. Åtal väcktes men återkallades sedan åklagaren ansett provtagningen stå i strid med 28:13, 2 st. RB, givet att provet tagits av en laboratorieassistent och inte behörig personal. Tingsrätten ogillade följaktligen åtalet. Överåklagare begärde emellertid revision vilket ledde till att hovrätten undanröjde domen och återförvisade saken till tingsrätten för ny prövning.

124 Se 3.1.4 ovan, samt Lundqvist, a.a., 2013, s. 122f.

125 Jmf. RF 2:19, se även Wiklund, a.a., s. 343.

126 Skattetillägg.

127 Jmf. Ahlstrand, a.a., s. 546f.

128 RH 2001:71, se även Ahlstrand, a.a., s. 547f.

Den tilltalade menade att beviset inte ägde något bevisvärde och att friande dom skulle meddelas. Därtill menades att provtagningen som sådan stod i strid med 2:6 RF om kroppsingrepp och 2:12 RF¹²⁹ om legalitetskrav.

HD resonerade utifrån den fria bevisprövningens princip och menade att de enda egentliga bevisförbudet i RB är de som angår vissa typer av bevis, däribland vittnesattester. Därefter uttrycktes att regeringsformens bestämmelser inte var aktuella i fallet eftersom de enbart syftade till att hindra författningsvidriga ingrepp, inte ingrepp som i sig är lagligt grundande men som kommit att utföras felaktigt. Resonemanget är inte helt olikt det som fördes i delstatsdomstolen i Ohio under Mapps första rättsprocess. HD:s resonemang innebar att beviset kunde läggas fram, men att stor försiktighet krävdes vid bevisvärderingen. HD fällde därmed den tilltalade men gav straffrabatt av billighetsskäl.

4.3.2 Skiljaktig mening angående rättsäkerhet

Justitierådet Höglund menade att det inte kunde vara domstolens sak att jämka lagstiftning som tillkommit av rättssäkerhetsskäl. Därutöver ansåg Höglund att en skyddslagstiftning förtjänar ett särskilt varsamt handlag varför det enda sättet att hålla densamma intakt vore att utestänga beviset, alternativt att inte tillerkänna det något bevisvärde.

4.3.3 Delgivningsfallet

I NJA 1992 s. 532 hade målsäganden inte kunnat delges kallelse till huvudförhandling varken i tingsrätten eller i hovrätten. Åklagaren hade då tillåtits åberopa ett polisförhör med målsäganden. Förhöret utgjorde avgörande bevisning och med detta som grund hade fällande dom meddelats.

HD menade att förhöret förvisso fick åberopas, med ledning av 35:14 1 st., 2 RB, men att samma förfarande inte medgavs av art. 6 i EKMR eftersom det åsidosatte kontradiktionsprincipen. Den tilltalade hindrades från att förhöra sin anklagare genom detta förfarande. HD slog vidare fast att den typ av reglering som föreligger genom art. 6 medför att RB måste tolkas snävare än vad lagen annars synes medge. Med detta som grund återförvisade domstolen målet till hovrätten. Man underströk också att om läget inte ändrar sig och målsäganden fortfarande inte går att nå så får ändå inte förhöret ensamt läggas till grund för fällande dom. Målet kan dock inte tolkas så att HD tillämpade ett bevisförbud.

129 Tidigare lydelse.

4.3.4 Särskilt yttrande rörande Europakonventionens tillämplighet

Justitierådet Lind menade att EKMR inte var direkt tillämplig i svensk rätt, men att domstolarna hade en skyldighet att i möjligaste mån förfara lojalt med konventionen¹³⁰. Vidare anförde Lind att Europadomstolen klart skiljer mellan fall där den oegentliga bevisningen varit avgörande för meddelande av fällande dom, och fall där sådan bevisning enkom utgjort stödbevisning. Om ett sådant bevis har företetts under föreställning om att det bara skulle utgöra stödbevisning, men det senare i processen visar sig vara avgörande, menar Lind att detta bevis då helt måste bortses från av domstolen vid överläggning.

4.3.5 Menedsfallet

I NJA 2001 s. 563¹³¹ stod en person åtalad för mened efter att ha lämnat medvetet falska uppgifter vid edgång i ett ärende avseende en konkurs. Personen hade emellertid varit delaktig i oegentligheter gentemot bolaget. Frågan blev därför om personen kunde fällas för den falska utsagan. Med ledning av artikel 6 i Europakonventionen menade HD att det inte kan förekomma påföljd för att under ed sabotera en process om alternativet är att tvingas avge bevisning om egen skuld¹³².

4.3.6 Advokatbeslagsfallet

I NJA 2010 s. 122 misstänktes en advokat för bland annat grovt svindleri. Allmän åklagare begärde därför ett förordnande hos rätten om att företa husrannsakan på advokatens kontor, vilket också meddelades. Detta innebar att viss egendom togs i beslag vilket föranledde att advokatfirman ansökte om dennas hävande. I beslagen ingick ett antal handlingar rörande ett bolag i vars styrelse advokaten var ledamot, och som också var föremål för det misstänkta brottet. HD nämnde inledningsvis att 36:5 2 st. RB innebar ett bevisförbud om att information som en advokat innehar i förtroende inte får röjas med ledning av 27:2 RB. Regelns syfte visades dock vara ett annat än att skydda advokater. Skyddsobjektet var snarare advokatens huvudmän. I NJA 1977 s. 403 hade antagits som domstolens mening att nära nog allt som anförtros en advokat i dess yrkesutövning omfattas av beslagsförbud. Ett liknande resultat hade nåtts i NJA 1990 s. 537, där man etablerat en försiktighetsprincip med innebörd att det i situationer där advokaten sitter på dubbla stolar, bör

130 Observera att EKMR vid denna tid ännu inte hade inkorporerats i svensk lag.

131 Det bör tilläggas att ifrågavarande fall bara anförs parantetiskt med ledning av nedanstående resonemang om bakomliggande faktorer, se 5.3 nedan.

132 Se även Lundqvist, a.a., 2013, s. 31ff för en utförligare redogörelse.

förutsättas att beslagsförbudet också omfattar samtliga uppdrag. I varje fall menades att ett sådant privilegium kunde uppnås genom endast blygsam bevisning därom.

I centrum i 2010-års fall stod avvägningen mellan, å ena sidan betydelsen av en stark advokatsekretess och å andra sidan faran i att missbruk av beslagsförbudet kringskar möjligheterna att beivra brott¹³³. HD menar att en konstellation vars enda syfte är att skapa möjlighet att dölja brott inte kan åtnjuta de privilegier som beslagsförbudet ger. I förhandenvarande fall fanns dock inte tillräckliga skäl att tro att en sådan situation förelåg varför beslagen hävdades. Lundqvist tillägger att fallet inte ger fog för att ”reparera” eventuell skada genom reducerat bevisvärde eller straffrabatt, jmf. 29:5 p. 8 BrB¹³⁴.

4.3.7 Särskilt yttrande angående domstolens skyddsfunktion

Justitierådet Lindskogs yttrande i NJA 2010 s. 122 förtjänar särskild uppmärksamhet i en uppsats som denna¹³⁵. Justitierådet reser ett flertal funderingar av fundamental karaktär vars innehåll berör saker bortom det strikt juridiska. I yttrandet framförs uppfattningen att rättsstaten i mycket står och faller med en respekterad advokatprofession. Därför ankommer det på domstolen att särskilt slå vakt om sekretesskyddet. I förlängningen menar Lindskog bl.a. att domstolen ex officio ska ingripa när en lösmynt advokat hörs som vittne, till bevarande av det s.k. frågeförbudet i 36:5 RB. Det ovannämnda beviskravet i NJA 1990 s. 537 ifrågasätts också med argumentet att det rimmar illa att ens ha ett beviskrav mot en part när skyddssubjektet är ett annat.

Lindskog konstaterar slutligen att sekretesskyddet är av så omfattande betydelse att dess upprätthållande ytterst måste få medföra ”kostnader” såsom fall av missbruk för främjande av brott. Särskilt detta resonemang påminner om det i *Mapp*.

4.4 Jämförbara fall från Europadomstolen

Tidigare har nämnts att Europadomstolen i varje fall reser ett bevisförbud mot bevisning som nåtts genom särskilt grova övergrepp¹³⁶. Av nedanstående fall framgår dock att domstolen mer intresserar sig för att konventionens ramverk upprätthålls än vad som används i processen.

133 Jmf. Lundqvist, a.a., 2013, s. 110.

134 Lundqvist, a.a., 2013, s. 111.

135 Stora likheter finns med resonemanget under *Mapp v. Ohio*, del V.

136 Se 3.3 ovan.

4.4.1 Schenk mot Schweiz

Fallet rörde det gifta paret Schenk som fått skilsmässa meddelad under slutet av 1981. Innan dess hade maken emellertid låtit införa en annons i en tidning där en person med vissa militära kompetenser söktes. En av de svarande valdes och en tid därefter kom denne att söka upp Schenks hustru. Där berättade han att maken anlitat honom för att, jämte betalning, mörda henne. Gemensamt bestämde de sig för att varsko myndigheterna om situationen. De båda förhördes och en utredning inleddes. När maken några dagar senare ringde den tilltänkta beställningsmördaren lät denne ta upp telefonsamtalet på band. Inspelningen tillhandahölls sedan myndigheterna, som fick hustrun att bekräfta att det var makens röst på bandet, varefter ett gripande av maken genomfördes. Materialets trovärdighet och insamlingsmetod diskuterades av den inhemska domstolen. Ett bevisförbud kom dock inte att tillämpas bl.a. därför att materialet inte insamlats av myndigheterna i omedelbar mening och för att ett sådant prejudikat skulle riskera utestängande av stora mängder bevisning i andra brottmål. Bevisningen lades fram och bidrog till en fällande dom.

Europadomstolen konstaterade att man inte, undantaget ytterlighetsfall, är satta att granska hur nationell lag tillämpas, och därtill att det i art. 6 (*fair trial-artikeln*) saknade stöd för ett bevisförbud som sådant¹³⁷. Vidare menade domstolen att allt annat lika så är bevisets uppkomstsätt av mindre betydelse när det i varje fall inte utgjort det enda skälet till hur ett domslut utfallit¹³⁸.

Fallet kan ses som ett exempel på Europadomstolens s.k. bedömningsmarginal¹³⁹ vilken ger vid handen att man ogärna närmar sig inhemska reglering, och istället ser till helheten. Detta medför i sin tur att generella legalitetshänsyn får gå före materiellt innehåll, förutsatt att den inhemska lagen kan anses uppfylla konventionens processkrav.

4.4.2 Kahn mot Förenade kungariket

I fallet hade en man dömts för narkotikaförsäljning efter att man funnit bevis därom genom hemlig avlyssning. Den typen av bevisinsamling var emellertid förbjuden i inhemska lag. Överklagan i den inhemska rättsordningen hade avvisats med hänvisning till att intresset av att lagföra brott i detta fall övervägde den enskildes rätt till privatliv. Då regleringen huvudsakligen bestod i myndighetsråd, och ett inhemskt skydd för privatlivet saknades, prövade inhemska domstol om bevisets framläggande stod i strid med artikel 6 i EKMR, men så ansågs ej vara fallet varför ett bevisförbud inte anlätades.

137 *Case of Schenk v. Switzerland*, § 46.

138 *Case of Schenk v. Switzerland*, § 48.

139 Jmf. *margin of appreciation*, se Crafoord, Clarence: "Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?". I: Svensk Juristtidning, 2007, s. 873f.

Europadomstolen fann att lagstöd inte fanns och att regleringen var av icke bindande art, varmed legalitetskravet i artikel 8.2 prövades överträtt. Man menade dock inte att brott förelåg visavi artikel 6, och hänvisade till att Khan erbjudits tillfälle att invända mot bevisets innehåll och tolkning, vilket i sin tur innebar att skäl att anlita ett bevisförbud sänkades.

4.4.3 D. Parris mot Cypern

I fallet hade en man fällts för dråp sedan hans hustru hittats död i deras gemensamma bostad. En första rättsläkarundersökning visade att hustrun inte kunde ha dött för egen hand utan måste ha utsatts för externt våld. När denna undersökning avslutats begravdes kvinnan. Kort därefter begärde släktingar att en ny undersökning skulle genomföras, vilket emellertid avslogs.

Justitieministerämbetet¹⁴⁰ kom dock senare att bevilja en sådan undersökning. Rättsläkaren fann denna gång att kvinnan dött till följd av strypning. När målet nådde den inhemska överdomstolen fann man att den andra undersökningen möjliggjort vidare bevisframställning genom brott mot griftefridsreglerna. Domstolen lät likväl även den andra undersökningen bli processmaterial, bl.a. med hänvisning till att det också fanns annan bevisning i målet än den patologiska. Domen innehöll därtill en lång motivering rörande varför man låtit beviset tas upp.

Inför Europadomstolen menade Parris att han dels dömts till följd av lagvidrigt åtkommen bevisning vilket stred mot art. 6.1, och dels att art. 13 hade överträtts eftersom den inhemska lagen inte erbjöd ett fullgott remedium (bevisförbud) i dessa situationer. I linje med *Schenk mot Schweiz* fann domstolen att ett bevis som uppstått genom regelövertramp inte kan framläggas utan att vissa betänkligheter uppstår. Om detta bevis är ensamt avgörande får rättegången anses strida mot principerna om *fair trial*. Så kunde emellertid inte anses vara aktuellt här, och i rättegången som helhet hade de normala kraven respekterats. Viktigast därvid, underströk domstolen, är att rättegången genomförts kontradiktoriskt. Vad gäller frågan om remedium kunde invändningen inte anses äga aktualitet eftersom den inhemska domstolen de facto behandlat frågan, låt vara med ett resultat som Parris inte förordade.

Fallet kan förvisso ses som en upprepning av tidigare fastlagd praxis, men visar än tydligare att Europadomstolen inte fäster något större intresse vid regelsystemens formella utformning, utan istället ser till vad som faktiskt sker, vilket är särskilt tydligt i remediefrågan.

140 Attorney general.

5 Jämförelse mellan svensk och amerikansk process- och bevisrätt

Strukturen för denna avdelning av uppsatsen är sådan att den först presenterar de faktorer som är konvergerande för de båda rättsordningarna. Syftet med detta är att ge läsaren en förförståelse om vad som för en svensk jurist trots allt är ett främmande system. Detta fordrar att vissa förhållanden som i strikt mening inte är kopplade till bevisrätten tas upp och behandlas. Bland dessa är hur tvångsmedlet husrannsakan reglerats. Denna genomgång anses nödvändig eftersom den ger förutsättningar för att sedan förstå komparationens huvudstoff.

När jämförelsen sedan övergår till de divergerande omständigheterna görs detta på ett mer traditionellt vis som bäst kan beskrivas som en ”sida vid sida”-metodik. Det är huvudsakligen här det framgår hur straffrättsliga skyddsprinciper behandlas i de båda systemen. Avslutningsvis erbjuds en kortare sammanfattning i syfte att göra det enklare för läsaren att ta till sig huvudpunkterna i den efterföljande analysen.

5.1 Om amerikansk rättsbildning - några för förförståelsen nyttiga upplysningar

Det amerikanska rättssystemet är komplext och kan förefalla svårdechiffererat för en utomstående. En uttömmande genomgång är varken görlig eller önskvärd i detta sammanhang, men några ting bör upplysas om för den läsare som tar sig an den fortsatta utläggningen.

Amerikansk lag består huvudsakligen av delstatslagstiftning. I denna återfinns i centrala delarna av lagstiftningen, särskilt vad angår straffrätt, skadeståndsrätt (*law of torts*), avtalsrätt m.m. Denna flora av rättskällor är på det stora hela inte relevant för uppsatsens syfte eftersom det är den amerikanska domstolens rättsbildning i samklang med den federala konstitutionen som ska diskuteras. Det innebär dock att när man diskuterar amerikansk juridik så sker detta i en mer generell mening eftersom lokala variationer förekommer, och betydelsen av common law skiftar¹⁴¹.

När en federal domstol intervenerar i en process hemmahörande i en delstatsdomstol innebär detta att ett federalt intresse aktualiserats. En sådan situation uppstår inte godtyckligt utan

141 För ett intressant exempel där common law och straffrätt konkurrerar, se *Rogers v. Tennessee* från 2001.

kan bara göras möjlig om den federala konstitutionen, eller därmed överensstämmande federal lagstiftning, anses uttrycka ett relevant intresse i saken. Sett till helheten är det därmed att betrakta som en anomali att den federala statens uppfattning beaktas eftersom lejonparten av beslutskompetensen återfinns i delstaterna¹⁴².

Den federala bevisrätten var länge något som enkom utformades i praxis och som blev tvingande bara för de federala underdomstolarna. Ett arbete påbörjades dock i högsta domstolen för att konsolidera praxis till en sammanhängande regelmassa och denna föreslogs sedan för kongressen. Efter en längre process antogs 1975 ett förslag vilket gav upphov till stadgan *Federal Rules of Evidence* (FRE). Stadgan är central för den federala bevisrätten och är om inte uttömmande så i varje fall synnerligen omfångsrik¹⁴³. Reglerna tillämpas stundtals återhållsamt i brottmål, i linje med favor defensionis, men är i stort gemensam för både brottmål och civilmål¹⁴⁴. Delar av stadgan är indirekt tvingande för delstaterna, som en följd av det fjortonde författningstillägget¹⁴⁵, medan andra delar kan avstås från om så önskas.

Stadgans huvudtemata rör exkludering och inkludering av bevis. Reglerna innehåller en generell preferens för inkludering, men texten tillgrips nästan uteslutande för att undersöka jordmånen för att utestänga bevis. Domarinflytandet är härvid stort eftersom en uppluckring av bevisreglerna¹⁴⁶ inneburit större beslutsdiskretion. Det kan vara värt att notera att det i FRE 402 uppställs en presumtion för inkludering.

5.1.1 Indirekta bevisbegränsningar i den amerikanska rätten

Ovan diskuterades hur begränsningar i bevisrätten kan uppstå indirekt i rättssystemet¹⁴⁷. Så är särskilt sant för den svenska rättsordningen eftersom den i stort saknar direkt reglering. Det amerikanska rättssystemet bygger på en princip om kontradiktion där parterna lämnas att själva delta i processen och därmed också ges möjlighet att komma till tals över processmaterialet. Att det förhåller sig på det sättet framgår av det femte och det sjätte författningstillägget¹⁴⁸. Det är förvisso så i en rättsordning med fri bevisprövning att ett kontradiktoriskt förfarande inte bara är en nyttig beståndsdel utan snarare en avgörande sådan¹⁴⁹, men även ett mera reglerat system har stor behållning av att lägga emfas vid denna princip. När bevis kan utestängas måste nämligen båda

142 Fletcher, a.a., s. 6f.

143 Rothstein, Paul F., Raeder, Myrna S. & Crump, David, *Evidence in a nutshell*, 4. ed., Thomson/West, St. Paul, Minn., 2003, s. 1ff.

144 Rothstein, a.a., s. 2.

145 Se 4.1.2 ovan.

146 Se 4.2.4 ovan samt Rothstein, a.a., s. 5f.

147 Se 3.2 ovan.

148 För uppsatsen relevanta författningstillägg återges i bilaga A.

149 Jmf. 3.2 ovan.

parter hålla sig särskilt ajour med materialet. Om ett bevis regelvidrigt ges fri lejd i processen riskerar endera sidan att ha försuttit en möjlighet att i direkt mening påverka ett måls utgång. Om en sådan situation uppkommer kan beslutet att låta beviset läggas fram sällan överklagas¹⁵⁰. Detta ger vid handen att båda länderna betonar de kontradiktoriska elementen, även om de stundtals gör det av olika skäl.

Trots att den amerikanska bevisrätten kan sägas radikalt avvika från den svenska vad omedelbarhetsprincipen avser finns vissa gemensamma element närvarande. Den amerikanske åklagare som yrkar att vittnesbevisning företes gör detta med insikt om att den tilltalade äger rätt att hålla motförhör. Om denna möjlighet inte bereds den tilltalade får beviset inte läggas fram¹⁵¹. Vän av ordning bör dock inordna detta element som ett utflöde av den ackusatoriska principen snarare än att ge det ett självständigt innehåll. Oskyldighetsprincipen gör sig naturligtvis gällande även i amerikansk rätt. Det finns ett uttryckligt hinder i det femte författningstillägget mot att behöva förete bevisning om egen skuld samt att avge vittnesmål mot eget intresse.

Ovanstående innebär att man inte bör betrakta de båda rättsordningarna som existerande i vakuum, skiljda från varandra. Att det förekommer stora skillnader kommer dock framgå nedan.

5.1.2 Den amerikanska regleringen av husrannsakensinstitutet och hur den avviker från den svenska

Det som först blir uppenbart när man betänker de båda staternas reglering av tvångsmedel är graden av formalisering. När polisen först dök upp vid Mapps hem dröjde det inte länge förrän en advokat tillkallades och kravet på en husrannsakensorder restes. Den som går tillbaka till originaltexten från rättsfallet formar snabbt en bild av en dam som vet att det finns flera intressen på spel i sammanhanget än bara polisens strävan att få fast en gärningsman. Fundamentet till denna logik finns i det fjärde författningstillägget, och texten kan kallas ett slags skyddsmateria för personlig integritet. Texten innehåller ett antal krav som måste mötas.

För att en husrannsakensorder ska utfärdas krävs först *probable cause*, eller trovärdiga skäl¹⁵². Som så ofta annars i amerikansk rätt har den närmre innebörden av begreppet utvecklats i rättspraxis. I samtida amerikansk doktrin har man fortsatt tolka begreppets innebörd, på komparativt

150 Jmf. McCormick, Charles Tilford, Strong, John William & Broun, Kenneth S, *McCormick on evidence*, 5. ed., West, St. Paul, Minn., 1999, s. 82f, samt FRE 103.

151 Se det sjätte författningstillägget, som också stadgar en vittnesplikt.

152 Författarens översättning.

manér. Man menar att ”starka skäl för misstanke¹⁵³” skulle strida mot den grundläggande rätt till frihet som tillkommer individen. Kravet anses därför vara högt satt. Som framgår av domen *Brinegar v. United States*, bör dock en marginal för fel finnas givet att det är misstag av typen som rationella individer kan begå i sin tjänsteutövning. Resonemanget är ett försök att göra en avvägning mellan skydd och förverkligande¹⁵⁴.

Den svenska regleringen bygger på proportionalitet och legalitet¹⁵⁵. Kraven för att tillgripa husrannsakan är *antagligt* (reell husrannsakan, 28:1 RB) respektive *synnerlig anledning att anta* (personell husrannsakan, 28:2 RB). Dessa får båda anses vara väsentligt lägre satta än de amerikanska. De divergerar vidare i det att det endast i undantagsfall krävs domstolsmedgivande för att anlita tvångsmedlet i svensk rätt¹⁵⁶.

Vidare förutsättningar i amerikansk rätt för att genomföra husrannsakan är att ed eller försäkran avläggs. Edens avläggande har gjorts relativt informell, och man låter sig numera nöjas med att det indirekt framgår att sökanden förstått att sådant edsförhållande föreligger. Kravet finns där för att undvika att falsarium tas med i ansökningen och innebär därmed ytterst att ansökningen görs på menedsansvar. Därtill kan sökanden drabbas av personligt skadeståndsansvar, vilket dock hör till ovanligheterna¹⁵⁷. Något liknande återfinns ej i svensk rätt, även om tjänstefel enligt 20:1 BrB ytterst kan aktualiseras.

Det sista kravet enligt det fjärde författningstillägget rör partikularitet. Föremålet för husrannsakan måste avgränsas och klargöras. Kravet ska inte tolkas så att det krävs en absolut lista över vad som kommer att genomsökas. Innebörden är snarare att ansökan ska utformas på ett sätt som dels omöjliggör en generell undersökningsrätt och dels att föremål som helt saknar koppling till brottet beslagtas¹⁵⁸. Rättegångsbalken medger ett betydligt mer allomfattande mandat där den som företar åtgärden ska eftersöka föremål m.m. som *kan* vara av betydelse för utredningen (28:1 RB).

Sammantaget kan sägas att den amerikanska rättsordningen reser nämnvärt högre krav kring tvångsmedlet. Detta ger skäl att betänka att det därmed torde vara så att det är betydligt enklare för ett bevis att bli kategoriserat såsom varandes rättsvidrigt insamlat i amerikansk rätt. Av utläggningen nedan följer att så också är fallet.

153 Strong reason to suspect, författarens översättning. Se LaFave, Wayne R., “*Search And Seizure: A Treatise On The Fourth Amendment*”, sist uppdaterad i december 2013, www.international.westlaw.com, under 3.1.

154 Jmf. 1.2 ovan.

155 Jmf. 2:6, 21-23 RF samt 28:3a RB.

156 Jmf. 3.1.1 ovan.

157 LaFave, a.a., under 4.3.

158 LaFave, a.a., under 4.6.

5.2 Mapp v. Ohio som argument för konsekvent rättstillämpning på bevisrättens område

När fallet aktualiserades i den amerikanska högsta domstolen genomgick nationen en rättsligt prekär period där medborgarrättsrörelsen sökte allt större inflytande. I centrum av utvecklingen låg det fjortonde författningstillägget som kom att utsträcka the *Bill of Rights* även till de delar av landet som varit mest motsträviga¹⁵⁹. Dessa faktorer är i allra högsta grad närvarande i fallet. Det argumenterades om ett rule of law-underskott där *Wolf v. Colorado* skapat en standard för delstatsdomstolar och en för de federala. När RB infördes i Sverige var ett av skälen till att göra så att dess föregångare skapat en väl trubbig bevispraxis som skiljde sig åt mellan olika delar av landet¹⁶⁰. Klart är att medan den svenska förändringen skett på det sedvanligt grundliga och diskussionsinriktade sättet, har den amerikanska utvecklingen varit av mer ”sätta ned foten”-karaktär.

I Sverige har högsta domstolen i allt större grad kommit att meddela prejudikat som innehåller ställningstaganden kring bevisvärdering. Exempel härvid är NJA 2009 s. 447 I och II samt 2010 s. 671. Det ligger dock i den fria bevisvärderingens natur att risken för allt för varierande behandling av bevis är hög. I mål där frågan ytterst handlar om trovärdighetsbedömningar kan denna risk sägas göra sig särskilt tydligt påmind. Utifrån underrättspraxis har kritik framförts om att bevis som är innehållsmässigt snarlika möter olika mottagande från en rättegång till en annan¹⁶¹.

De konstitutionalistiska aspekterna gör sig hastigt påmind i detta sammanhang. Det fjortonde författningstillägget till den amerikanska konstitutionen har behandlats ovan¹⁶². I stadgandet utvecklas principen om *due process*. Vad som ryms där i är vissa minimiregler om att skyddet för rättigheterna måste beaktas genom hela processen, och att domstolen ex officio är skyldig att göra detta. Principen knyter an till *fair trial-fundamentet*. Det är också med denna princip i bakhuvudet som domstolen förklarar att en diskrepans i synen på bevis, domstolarna emellan, inte bara är ologisk utan även författningsstridig¹⁶³. Att utslag av denna typ tillskrivs stor auktoritet framgår inte minst av FRE:s antagande och spridning¹⁶⁴.

Det må låta esoteriskt att uttrycka det men den amerikanska rättsbildningen skiljer sig kraftigt från den svenska på området, i det att dess mandat är så tydligt knutet till den

159 Jmf. Fletcher, a.a., s.201f.

160 Jmf. 3.1 in fine ovan.

161 Se Lindblad, Frank: ”Är hovrätters bevisprövning konsekvent?”. I: Svensk Juristtidning, 2010, s. 344.

162 Se bl.a. 4.1.2 ovan.

163 Se Fletcher, a.a., s. 59f.

164 Se 5.1 ovan.

konstitutionella republikens idé. Domstolens tolkning av sitt mandat från fallet *Marbury* till fallet *Mapp* understryker detta. Detta innebär naturligtvis inte att det är en väg som inte orsakar problem¹⁶⁵, men skyddsprincipen får dock sägas komma i ett annat ljus i systemet.

5.2.1 Domarens ansvar för upprätthållande av rättighetskydd

Det har tidigare nämnts att den amerikanska högsta domstolen stundtals hänfaller till ett språkbruk som kan förefalla främmande för den svenskskolade juristen. Amerikanska domare politiseras ofta och man talar om konservativa och liberala domare¹⁶⁶. Dworkin argumenterar för att detta inte bör betraktas som i första hand ett utslag av partipolitik utan är en följd av konstitutionens ideologiska rötter. Konstitutionen förespråkar inte majoritetsstyre i första hand utan snarare lagstyre, där det främsta intresset är att skydda individuella rättigheter. Man kan här tala om ett konstitutionellt övermandat som ytterst ägs av domstolarna. Detta är nära besläktat med idén om grundnormen som kräver legitimitet i rättsutvecklingen¹⁶⁷. I den amerikanska konstitutionen, och särskilt i *Bill of Rights*, infördes en medveten konflikt mellan folkstyret och domstolsinflytandet. Medan vissa rättigheter var mycket konkreta, såsom rätten till yttrandefrihet, tilläts andra att manifesteras i en mer böjlig materia. Vad som är *due process* avklarades inte i ett svep i fallet *Mapp* utan har utbildats gradvis.

När domstolar griper in och står i opposition till en förd politik benämns detta ofta som domstolsaktivism. I amerikansk doktrin förekommer skiftande förhållningssätt till fenomenet. Under stundom har det varit en benämning för ett slags domstolens civilkurage, vilket särskilt varit tydligt i fall som *Brown v. Board of Education* där *Supreme Court* förbjöd påtvingad segregering av svarta och vita inom utbildningsväsendet. Resonemanget i sådana fall har följt tanken om att bevara statens integritet, eller som en debattör uttryckte det vid 1900-talets mitt: ”We will not tolerate democracy to be destroyed in its own name¹⁶⁸.” Vid andra tillfället har begreppet ägt en långt mer pejorativ prägel och dess kritiker har ofta menat att domstolen tillskansar sig politiskt inflytande som ligger utanför dess mandat. Denna hållning har kommit att bli dominerande under de sista decennierna¹⁶⁹.

165 Jmf. debatten kring *Roe v. Wade* som trots att utslaget meddelades 1973 än idag står under intensiv debatt, se Fletcher, a.a., s. 59f.

166 Jmf. Dworkin, Ronald, “*A Special Supplement: The Jurisprudence of Richard Nixon*”, först publicerad i Maj 1972, [http://www.nybooks.com/articles/archives/1972/may/04/a-special-supplement-the-jurisprudence-of-richard-/,](http://www.nybooks.com/articles/archives/1972/may/04/a-special-supplement-the-jurisprudence-of-richard-/) under avdelning II.

167 Se 2.2.1 ovan.

168 Citat av Scanlan, L., Alfred genom Kmiec, Keenan D., “*The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*”, 92 Cal. L. Rev. 1441, först publicerad i oktober 2004, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>, s. 1451.

169 Kmiec, a.a., s. 1464.

Även om domstolsaktivism i USA huvudsakligen äger en negativ prägel, är detta inget mot vad svensk debatt innehåller. Den svenska normprövningsrätten är en obekvä m gäst i rättsskipningen. Det demokratiska mandatet tillkommer riksdagen och att avvisa dennas bestämmelser strider mot den svenska folkstyrelseidén. Såsom den svenska domsmakten är utformad kan det till och med argumenteras för att aktivism inom domstolssfären vore ägnat att skada förtroendet för densamma¹⁷⁰. Detta är i sig bara en konsekvens av att demokratiskt inflytande äger större betydelse än individuella intressen i den svenska rättsordningen. Av 11:14, 2 st. RF, framgår detta med all önskvärd tydlighet: ”Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag”.

Att normprövningsrätten använts sparsamt finns det inga tvivel om¹⁷¹. I *Mapp* finns förvisso liknande hänsyn tillstådes och domstolen vill inte, i linje med *Marbury v. Madison*¹⁷², använda konstitutionen för att skapa ett allt för omfattande mandat. Detta innebär dock inte att man resonerar i samma termer som i ett svenskt sammanhang. Rätten meddelar ingen krigsförklaring mot politiken eller ordningsmakten, utan förklarar det helt enkelt vara deras uppgift att inte låta konstitutionen bli verkningslös. Avvägningen är mycket svår att göra i en rättsordning med maktodelning. Att den amerikanska rättsordningen innebär ett särskilt starkt mandat hos den högsta domstolen att tillvarata medborgerliga rättigheter än vad som är fallet för svenskt dito får emellertid stå klart, och detta innebär i sin tur två vitt skilda domarroller.

5.3 Hur bakomliggande rättsprinciper gavs tänder genom *Mapp v. Ohio*

Ovan har resonerats kring principen om frukt från det förgiftade trädet¹⁷³. Den idén är så konfigurerad att den avses agera incitamentsdödande på övergreppstendenser. Men i *Mapp* aktualiserades flera rättsfundament och i resonemangets kärna finns frågan om hur dessa görs effektiva.

När polisen konfiskerade det obscena materialet för vilket innehav *Mapp* kom att dömas, så kom den över bevisning den annars inte hade hittat. Utöver att man, i linje med det resonemang som återfinns ovan i 3.1.5, därmed går från att vara brottsbekämpare till att närma sig brottsling finns en annan princip att beakta. Att kravet för att företa husrannsakan är satt högt i amerikansk rätt innebär att en obefogad husrannsakan måste ses i ett större perspektiv. Det går

170 Jmf. Heckscher, Sten: ”Normprövning — behov och metod”. I: Svensk Juristtidning, 2007, s. 805.

171 Jmf. Prop. 2009/10:80, s. 145f.

172 Se 4.1.2 ovan.

173 Se 4.2.5 ovan.

därför att argumentera för att när ordningsmakten fann det otillåtna materialet hos Mapp så är det att jämföra med att tvingas bevisa sin skuld. Detta skulle isåfall kullkasta oskyldighetspresumtionen¹⁷⁴. Resonemanget blir då att en rättsvidrig husrannsakan kan jämföras med att dag för dag släppa in ordningsmakten i sitt hem så att denna kunde försäkra sig om att ingen brottslighet föregick.

I svensk rätt har vissa av de bakomliggande principerna i straffrätten kommit att gradvis stärkas med tiden. I NJA 2001 s. 563 finns exempelvis ett prejudikat som urskular visst uppträdande hos den tilltalade som i och för sig får betraktas som brottsligt¹⁷⁵. Beslagsreglerna i RB innehåller dessutom vissa begränsningar för dokument som innehas förtroligen. Huruvida fallet går att överföra på missbruk av andra tvångsmedel kan diskuteras. Sannolikt skulle en sådan situation lösas genom att nedskryva bevisvärdet.

En annan rättskonflikt som har bäring på *Mapp* handlar om äganderättskyddet. Redan innan fallet aktualiserades hade ett sådant resonemang förts. I fallet *Weeks* hade bevisning måst återlämnas eftersom egendomen olagligen konfiskerats. Detta medförde att beviset inte heller kunde läggas fram vid efterföljande rättsprocess¹⁷⁶. Rättsligt är utslaget svårnavigerat eftersom polisen å ena sidan kan komma över ett föremål utan att rätt att söka efter det fanns och å andra sidan att föremålet trots allt är olagligt att inneha och att besittningen av det därför utgör perdurerande brottslighet. Det kan därmed få en ganska märklig konsekvens om en res judicata-verkan innebär att föremålet som inte får innehas de facto medges ett processrättsligt undantag och därmed byter status till att *in casu* vara legalt. En annan tolkning av det fjärde tillägget torde emellertid inte vara möjlig¹⁷⁷. Beslagsreglerna i svensk rätt lär inte kunna leda till en sådan situation. Regeringsformens äganderättsstadgande i 2:15 behandlar egentligen allmännyttig expropriation snarare än beslag och i 27:1 RB jämte 36:1 b BrB sätts gränsen för vad som kan tas i beslag relativt lågt.

5.4 Tre huvudresonemang kring *Mapp v. Ohio* i amerikansk rätt och hur de står sig i svensk rätt

I amerikansk doktrin har tre huvudsynsätt förekommit om exkluderingsregeln såsom den utkristalliserats i *Mapp*¹⁷⁸. Det första handlar om att konstitutionen de facto innebär ett förbud mot att använda olagligt överkommet material. Detta argument är kontroversiellt i det att man

174 Det har i amerikansk doktrin argumenterats för att det fjärde och femte tillägget egentligen kunnat konsolideras till ett tillägg eftersom deras materia är så närbesläktade, se Stewart, Potter, "The road to *Mapp v. Ohio* and beyond: The origins, Development and Future of the Exclusionary rule in Search-and-Seizure Cases", Columbia Law Review, Vol. 83, No. 6, oktober 1983, www.jstor.org, s. 1373.

175 Se 4.3.5 ovan.

176 Stewart, a.a., s. 1375.

177 Jmf. Stewart, a.a., s. 1375.

178 Se Stewart, a.a., s. 1380.

tolkningsvis läser in en sådan princip i konstitutionens kort avfattade text. Resonemanget är svagt på så vis att det inte kan sägas ha direkt stöd i lagtexten¹⁷⁹, utan snarare bygger på att en rättighet, såsom oskyldighetspresumtionen, måste förutsätta ett effektivt remedium. I svensk rätt kan detta argument delvis äga en viss validitet. Det är trots allt så att den svenska bevismodellen inte ändrats för att i större utsträckning medföra fällande dom än med tidigare lagstiftning. Skillnaden är dock att det svenska remediet stavas rättegång och inte exkludering. I processen bereds försvaret möjlighet att visa på bevisets svagheter. Skillnaden ligger därmed mellan den amerikanska metoden av att oskadliggöra materialet och den svenska, mera kontradiktoriska vägen. Redan av 2:9 RF framgår denna lösning, där rättigheten består i processen, inte i dess utformning. Det är av intresse att notera att Europadomstolens praxis äger en allt mer synlig prägel på den svenska rätten. Även om EKMR inte är någon processlag har man även i svensk rätt sett exempel där framförallt artikel 6 medfört lösningar som i varje fall närmar sig exkludering¹⁸⁰. Eftersom EKMR i mycket liknar den amerikanska konstitutionen i sin avfattning torde det inte vara omöjligt att en liknande utveckling sker i det sammanhanget.

Det andra resonemanget är av en mer ideologisk bevekelsegrund och kan sammanfattas som aktivist- eller kapningsargumentet. Domstolen agerar här med större medvetenhet visavi lagstiftande och verkställande makt. Den ena delen består av den aktivistiska ambitionen som vill mena att när staten skapar undantag för sig själv blir det legitimt för individen att resonera likadant. Detta anses inte vara försvarbart och det kan därför tilläggas att det finns en sedelärande aspekt inbyggt i tankegången¹⁸¹. Den andra delen, kapningsargumentet är desto mer konservativt och försvarsbenäget och rör bevarandet av domstolen som skyddsgarant för de medborgerliga rättigheterna. Detta oavsett vilken extern kraft som försöker inskränka desamma. Ett sådant argument syftar därmed också till att fungera integritetsbevarande¹⁸². Den som är någorlunda förtrolig med amerikansk jurisprudens inser snart att ett sådant tankesätt rör sig väl nära gränsdragningen i *Marbury v. Madison*¹⁸³. Vidare är detta resonemang än svagare förankrat i texten än det förra¹⁸⁴. I amerikansk doktrin har man dock menat att argumentet i själva verket är en salomonisk avvägning mellan skydds- och förverkligandeprincipen. Som den för amerikansk rätt

179 Motsatsen, d.v.s. där inget bortom texten anses gälla, kallas ibland för textualism och dess främsta anförvant i *Supreme Court* är Justice Antonin Scalia. För en utmärkt redogörelse av ämnet se: Rossum, Ralph A., "The Textualist Jurisprudence of Justice Scalia", <http://www.claremontmckenna.edu/salvatori/publications/RARScalia.asp>.

180 NJA 2001 s. 563 ligger närmst tillhands, se även 4.3.3 ovan.

181 Stewart, a.a., s. 1382 samt *Mapp v. Ohio*, del V.

182 Argumentet är inte helt olikt det som återfinns i den s.k. Radbruchska formeln, se Modéer, a.a., s. 268f för utförligare resonemang.

183 Se 4.1.2 ovan.

184 Stewart, a.a., s. 1383.

centrala juristen och domaren Oliver Wendell Holmes uttryckte det: ”For my part I think it is less evil that some criminals should escape than that the Government should play an ignoble part¹⁸⁵.” För svensk rätt finns inget som kan sägas utgöra en koppling mellan det beskrivna argumentet och bevisrätten. Parentetiskt kan ne bis in idem-fallet NJA 2013 s. 476 dock anföras¹⁸⁶. Som framgår av 4.3 ovan är detta att se som en utveckling i vardande.

Det tredje argumentet, som kan sammanfattas som försiktighetsargumentet, menar att domstolarna måste tillerkännas ett mått av förtroende i sin rättstillämpning. Domstolen är här satt att se till helheten, och dess inkludering av en viss bevismateria måste inte innebära att den sanktionerar metoden för dess insamlande. Enligt denna tankegång är därför exkludering endast relevant om inget annat remedium finns att tillgå¹⁸⁷. Denna tanke förespråkare svär sig därmed inte fria från argumentet om det sluttande planet, utan menar att exkludering ytterst bör tillgripas för att markera mot en alltför stark tendens till myndighetsmässiga övertramp. Innan detta blir aktuellt bör dock beaktas vilka andra faktorer som kan agera utsläckande på övergreppsambitioner hos ordningsmakten. Detta innebär att frågan måste ställas huruvida det är enkelt eller svårt att göra sig skyldig till rättsstridig användning av tvångsmedel. Om kravet för att tillgripa tvångsmedel är tillräckligt högt satt blir då frågan om övergrepp beivras¹⁸⁸. Denna rågång kan sägas ha ett antal fördelar. Först och främst skapar det en mer överblickbar bevisreglering, med direkt följd att processen kan genomföras utan att varje bevis finkammats efter anomalier. Det finns uppenbara processekonomiska fördelar med detta, men det kan också sägas vara mer i linje med principen om en rättegång inom skälig tid¹⁸⁹. Vidare är ett sådant synsätt mindre benäget att offra brottsbekämpningen på formalias altare. Men, kanske viktigast av allt, detta resonemang medger en, om än vagt formulerad, yttersta gräns för vad rättsstaten kan tänka sig tåla innan man stänger ute bevis. Långt innan så blir aktuellt måste emellertid betänkas vilka andra sanktioner som kan riktas mot ordningsmakten¹⁹⁰.

Mycket av den tredje argumentationslinjen påminner om synen i svensk rätt. Det som är särskilt tydligt är det förtroendefundament som utgör grunden för synsättet. Det är nämligen så att för att den svenska bevismodellen ska kunna hållas flytande måste det finnas en både folklig och myndighetsmässig tillit till att dels ordningsmakten och dels domsmakten håller sig på mattan¹⁹¹.

185 Stewart, a.a., s. 1383.

186 Diskuterbart är huruvida TV-licensmålet, HFD 7368-13, kan anses sälla sig till denna skara.

187 Stewart, a.a., s. 1384f.

188 Jmf. Stewart, a.a., s. 1385ff.

189 Jmf. art. 6.1 EKMR.

190 Stewart, a.a., s. 1387.

191 Jmf. 3.1, 3.1.2 samt 3.2.2 ovan.

Samtidigt är svensk rätt försiktig med att rikta allt för vassa pekpinningar mot domarkåren som, för att parafrasera 35:1 RB, trots allt förväntas verka samvetsgrant.

5.5 Avslutningsvis: Vad jämförelsen visar i ett större perspektiv

Mapp v. Ohio kan vid första anblick framstå som ett fall som försöker åtgärda brister i den amerikanska bevisrätten. I själva verket får man förstå av jämförelsen att dess omfattning är betydligt vidare. I svensk rätt har det pragmatiska perspektivet haft stort inflytande. Delar av detta kan förklaras med att nya RB syftade till att råda bot på forna processreglers omedgörlighet. Men i mycket har rättspositivismen inneburit en fokus på det strikt funktionella. Domarna i *Supreme Court* resonerade i helt andra termer. Man frågar inte: Vad fungerar? Snarare är frågan: vad är acceptabelt? Den drastiska lösningen i *Mapp* blir enklare att förstå om man anammar detta synsätt. Det finns skäl att återkomma till detta eftersom den typen av resonemang närmast förutsätter aktivistiska domare. Klart är dock att svensk bevisrätt och den som framkommer i *Mapp* skiljs åt inte bara i vad som prioriteras i endera rättsordning, utan också i vad som bildar det sammanhållande kittet i deras respektive uppdrag. Självklart måste viss tillförsikt användas i en sådan här jämförelse eftersom det vore orimligt att kritisera HD för att inte i tillräcklig utsträckning agera som en författningsdomstol när man de facto inte är det¹⁹². Dock är det en fråga om effektivitet. Den som menar att rättsövergrepp bör stävjas blir snabbt svaret skyldig till i varje fall två frågor: Vad utgör ett sådant övergrepp, och hur bör man gå tillväga? I nedanstående analys diskuteras dessa frågor, men av ovanstående kapitel får dock sägas framgå att varje rättsstat bör kunna ange några former av myndighetshandlande som man inte tolererar.

192 Jmf. Hecksher, a.a., s. 805f.

6 De lege ferenda-resonemang och slutsatser

Tidigare i framställningen har det diskuterats hur normativa perspektiv i olika grad formar en stats bevisrätt, att den svenska bevisrätten är sprungen ur framför allt pragmatism och att *Mapp v. Ohio* är resultatet av en stark rättighetssyn. I detta kapitel används lärdomarna i *Mapp* för att dra slutsatser dels om dess överförbarhet på svensk rätt och dels för att visa på falllets användbarhet som yttersta garant av rättegångsinstrumentets rättvisefunktion. Avslutningsvis diskuteras *Mapp* i ett brett perspektiv för att ytterligare belysa dess rättsliga betydelse.

6.1 Vilka syften tjänar *Mapp v. Ohio* och sker det effektivt?

Inledningsvis sades i denna uppsats att straffrätten kan polariseras som antingen förverkligandet av bestraffning, eller som ett skydd för medborgarna. I det sistnämnda fallet är svärdet tveeggat eftersom man då, i varje fall i linje med konstitutionalismen, måste erkänna två särskilda hot. Det är nämligen lika önskvärt i det perspektivet att staten skyddar den enskildes egendom från tjuven som att staten inte själv slår in på samma bana.

Av 4.2.2 ovan framgår att *Mapp*-fallet aktualiserades under en turbulent tid i USA. Medborgarrättsrörelsen gjorde sig allt mer påmind och *Supreme Court* hade tagit sig an en roll som de konstitutionella garantiernas förkämpe¹⁹³. *Mapp* är här ett speciellt fall inte bara på grund av att den drastiska exkluderingsregeln etablerades rikstäckande, utan också för att den bröt mot gamla prejudikat. Fallet är därför mer än ett svar på en juridisk fråga utan också en markering. Som framgår av Stewart är domslutet i *Mapp* snarare en naturlig följd av att respekten för det fjärde tillägget hade degraderats¹⁹⁴. Hur effektiv blev då utgången i fallet på kommande ärenden? Det har tidigare framhållits att principerna i *Mapp* har försvagats med tiden¹⁹⁵. Det är med ledning av detta tydligt hur skarp *Mapp* ansågs vara hos ordningsmakten när den kom. I ett uttalande från 1965 säger verksjuristen för New York Police Department:

193 För exempel härvid se bl.a. *Brown v. Board of education* från 1954 samt *Loving v. Virginia* från 1967.

194 Stewart, a.a., s. 1385.

195 Se 4.2.4 ovan.

”The Mapp case was a shock to us. We had to reorganize our thinking, frankly. Before this, nobody bothered to take out search warrants. Although the U.S. Constitution requires warrants in most cases, the U.S. Supreme Court had ruled that evidence obtained without a warrant –illegally if you will– was admissible in state courts. So the feeling was, why bother?¹⁹⁶”

Det är emellertid svårt att utröna vilken verkan fallet har haft i praktiken. Man uppskattar att mellan 0.5 och 5 % av brottmålen fått sin utgång klart påverkad av exkluderingsregeln. Kausaliteten är dock svårbestämd eftersom siffrorna antingen kan bero på att problemet med rättsövergrepp av myndigheterna överdrivits, eller att ordningsmakten låtit sig lända till efterrättelse av domen¹⁹⁷. Det är nödvändigt för att en diskussion om exkluderingsregeln ska äga validitet att övergrepp faktiskt sker.

6.1.1 Hur vanligt är missbruk av tvångsmedel i Sverige?

Det har tidigare konstaterats att de svenska trösklarna visavi tvångsmedelsanvändning är att betrakta som nämnvärt lägre än i amerikansk rätt¹⁹⁸. Vidare är det som bekant så att beslutsrätten över vidtagande av tvångsmedel är relativt decentraliserad. Denna situation är inte fri från konsekvenser. Ett nedslag i JO:s beslut och ämbetsberättelser visar på en bestående problematik. De ringa narkotikabrotten utgör tydliga exempel härvid. Ett typfall tycks vara att polisen påträffar en person som innehar en mindre kvantitet av en olaglig substans vilket leder till att husrannsakan företas hos denne. JO har i flera sådana situationer menat att det saknats grund till skäligen misstanke om annan brottslighet¹⁹⁹. Ett närliggande tema som tycks vara särskilt vanligt förekommande är närmast slumpvisa kontroller av ungdomar som ett led i narkotikabekämpningen. I ett fall blev en ung man föremål för kroppsvisitation tvångsvis sedan han förvägrat två civilpoliser att genomsöka dennes person. Bakgrunden till åtgärden var bland annat att de menade sig känna igen honom (vilket visade sig vara felaktigt), samt att hans apparition gav narkotikabruk vid handen. Inga substanser påträffades²⁰⁰. Än mer utsatta i dessa sammanhang förefaller kända missbrukare vara²⁰¹. I samtliga påträffade fall har JO påpekat att 2:6 RF har överträtts. Huruvida detta går att generalisera från är naturligtvis svårt att säga, men att övertramp fortgår är desto svårare att bortse från. Som framgått tidigare är man i svensk rätt inte fullt lika rigid i bagatellmål²⁰². Det finns i linje med detta skäl att tro att det inte är ovanligt med övertramp i dessa sammanhang, inte minst vad narkotikabrotten avser.

196 Stewart, a.a., s. 1386.

197 Stewart, a.a., s. 1394.

198 Se 5.1.2 ovan.

199 Jmf. 28:1 RB. Se även JO-beslut 1151-2013 samt 5834-2010.

200 JO:s ämbetsberättelse 2009/10, s. 72f.

201 JO:s ämbetsberättelse 1991/92, s. 204ff.

202 Se 3.1.1 ovan.

6.2 Bör en exkluderingsregel liknande den i *Mapp v. Ohio* införas i svensk rätt?

Den som tror att en bevisregel, en konstitution eller någon annan lösning kan utgöra en panacé mot varje felaktighet vid tvångsåtgärder kommer sannolikt stöta på patrull. Vad denna uppsats velat visa är dock att det finns goda skäl att mota en *laissez faire*-hållning på rättighetsövertramp i grind, eller som det tillspetsat framgår av uppsatsens undertitel, att inte låta ändamålen helga tvångsmedlen. Det är nämligen just detta resonemang som är kärnan i *Mapp*fallet.

I amerikansk rätt finns en uppsjö av regler som syftar till att utestänga bevisning. Det kan handla om hörsägen, illa meriterade sakkunniga eller karaktärsbevisning. Innebörden av *Mapp* är dock både mer handfast och drastisk; om det finns en rättighet som stadgar att medborgarna ska gå fria från intrång, så måste den rättigheten också göras reell. Enligt *Mapp*fallet görs detta bäst genom att övertramp får drabba den felande och inte offret.

Att ta ställning till vilken nytta *Mapp* kan göra i Sverige kräver dels en förståelse av vad rättsliga kulturkrockar, som de mellan naturrätten och rättspositivismen, medför och dels en insikt om den svenska bevisrättens särprägel. Med ovanstående utläggning i minnet läggs därför först fram två punktlister med för och nackdelar, därefter argumenteras det för en möjlig lösning med ledning av tidigare framlagda lärdomar.

6.2.1 Några skäl för den svenska lagstiftaren att bekanta sig med *Mapp v. Ohio*

I svensk rätt finns idag en karakteristiskt salomonisk lösning i 27:23a RB vad avser avlyssning²⁰³. Det följer av stadgandets logik att vissa brott helt enkelt är för allvarliga för att bortses från. Ett sådant resonemang är lätt att ta till sig och hedervärt såtillvida att man däri kan utläsa att brottsbekämpning inte bör ske till varje pris. Men straffrätten (och straffprocessrätten) är, som tidigare konstaterats, något unikt²⁰⁴. Det finns därför några huvudargument som är värda att framhäva till gagn för exkluderingsregeln:

1. Staten har våldsmonopol. En sådan rätt kräver omsorgsfull förvaltning därför att vissa saker som staten gör skulle kallas brott om någon annan utförde dem. Att fängsla någon är ett exempel därvid. På så vis kan textmassor som RF:s andra kapitel och Europakonventionen jämföras med strafflagar såsom BrB. Det medborgarna måste avstå från att göras regleras i straffstadgan och det staten måste avstå från framgår av rättighetsstadgan. En härskare som i

203 Se 3.1.4 ovan för utförligare resonemang.

204 Se 2.1.2 ovan.

alla lägen var att lita på torde knappast behöva ge rättighetsgarantier. Dessa garantier måste därför ges tänder för att bli verkningsfulla.

2. Sällan är en vertikal maktasymmetri tydligare än förhållandet mellan staten och den enskilde. Sådana asymmetrier beaktas i flera andra rättsområden såsom konsumenträtten. Dessa faktorer torde vara särskilt betydande i straffprocessuella sammanhang.
3. En stat som ses brista i respekten för de egna garantierna förlorar inte bara i anseende, utan också i legitimitet. En exkluderingsregel kan fungera till försvar av staten, och inte nödvändigtvis verka eroderande.
4. Den enskildes rättighetsintresse är viktigare än brottsbekämpning. Rätten till privatliv och att gå fri från intrång tillkommer envar och det är statens främsta uppgift att upprätthålla detta.
5. Övergrepp bör inte premieras utan snarare sanktioneras. När ett bevis stängs ute omöjliggörs obehöriga vinster hos ordningsmakten och medför därmed incitamentsutsläckning.
6. Den tilltalad som vidkänts ett olovligt bruk av tvångsmedel kan inte blint förväntas fästa ny tilltro till rättens samvetsgrannhet. Snarare bör rätten utmärka sig som rättvisans väktare och inte som en apparat där material går in och en dom kommer ut.
7. Straffrätten kringgärdas av ett antal betydelsefulla rättsprinciper. Dessa kan komma att kringgå när förgiftad bevisning läggs fram. När ett visst material kommer i myndigheternas besittning utan att fyndet föregåtts av brottsmisstanke är det inte helt oliket en situation där man tvingas deklarerera sin skuld. Om ett tvångsmedel används vid misstanke om allvarlig brottslighet men enbart renderar i att bagatellartad brottslighet uppdragas bör inte proportionalitetstanken få åsidosättas. Ett resonemang av typen ”det man förlorar på gungorna, tar man igen på karusellen” hör inte hemma i en rättsstat.
8. Den tilltalade kan i vissa situationer anses berättigad att tillerkännas en processuell gottgörelse. Att nedskriva bevisvärdet är en otillfredsställande lösning såtillvida att det inte tycks hindra att beviset görs avgörande för meddelande av fällande dom²⁰⁵. Att ge straffrabatt äger en svag koppling till processmaterialet. En gottgörelse i form av exkludering skulle säkra att processen sker med kontradiktion som fundament.
9. Av domen *Brinegar v. United States* framgick, som tidigare nämnts, att begångna fel måste ha ett visst innehåll som gör att de kan betraktas som graverande. I JO:s beslut och

205 Jmf. 3.2.2 ovan.

ämbetsberättelser finns vissa likheter. I särskilt graverande fall riktar JO ”allvarlig kritik” mot förfarandet²⁰⁶. En sådan norm tycks därmed gå att skönja även i svensk rätt. Att differentiera mellan olycksfall i arbetet i verklig mening och i fall där oförsvarbara handlingar utförts är sannolikt en god väg att gå. Att sätta en sådan bortre gräns skulle innebära en sund avvägning mellan förverkligande- och skyddsprincipen.

6.2.2 Bristerna med Mapp v. Ohio om den skulle överföras på svensk lag

Den som är oinitierad i den svenska bevisrätten kan lätt få uppfattningen att bevisrätten gjorts fri som ett utfall av resignation. Så är klart inte fallet. Regleringen har uppstått ur en lång och grundlig beredning och har kunnat upprätthållas i över 70 år. I Danmark har en liknande lagstiftning varit gällande sedan 1916 och i Finland har man, om än väsentligen senare, rört sig allt närmre den fria bevisrätten²⁰⁷. Den legala bevisteori som fordomtina var förhärskande i svensk rätt var svårhanterlig och inte sällan rentav skadlig²⁰⁸. Denna hade dessutom uppkommit i ett helt annat samhällsklimat, innan parlamentarism och demokrati ägde något verkligt företräde.

Den fria bevisrätten måste därför sättas in i sitt sammanhang. Domstolsarbete har måst bli en förtroendebans där opartiska domare agerar samvetsgrant och kompetent. Med detta i minne kan en punktlista, liknande den föregående, uppställas för att visa på problemen med en exkluderingsregel för svensk rätts vidkommande.

1. I de fallen där exkluderingsregeln skulle kunna aktualiseras handlar det inte om personer som döms trots att skuld inte ådagalagts. Snarare handlar det, jämte övriga straffprocessuella krav, om brottslingar. Dessa kan inte göra samma anspråk på rättsordningens skydd. Att prioritera skyddsprincipen alltför hårt framför förverkligandeprincipen kan sluta i att legitim strafflagstiftning urholkas. Det är därtill märkligt att bortse från ett brott som skett in flagrante.
2. Den tilltalade är sällan ensam i processen. Målsägandeintresset, i de fall brottsoffer finns, är också skyddsvärt, och straffprocessen är ofta den enda upprättelse som brottsoffret kan få. Det är skadligt för rättsordningen om den ses omhulda brottslingen medan den vänder den utsatte ryggen.

206 Ett exempel härvid är JO:s beslut 915-2012.

207 Se Zahle, Henrik, *Bevisret: oversigt*, Jurist og økonomforbundet, København, 1994. s. 31f, samt Frände, a.a., s. 364.

208 Se 3.1 ovan.

3. Bevisrätten må vara fri från regler i stort, men domstolarna är det inte. Deras legitimitet är klart knuten till en grundnorm och har att agera jämte en klar regelmateria.
4. En exkluderingsregel riskerar inte bara att göra processen tungrodd. Den kan också, vilket bitvis varit fallet i USA, skapa en situation där processen handlar om bevisstatuter och inte om saken. Tillspetsat kan sägas att man riskerar ett läge där man ständigt läser i lagboken men sällan i förundersökningen.
5. Övergrepp är anomalier, inte typfall. Att upphöja sökandet efter dem till ett processuellt huvudtema är att, ofta grundlöst, utverka ett misstroendevotum mot polis- och åklagarväsende. Det bör ihåggkommas att även de båda sistnämnda agerar opartiskt och har att tillvarata även den tilltalades intressen²⁰⁹. Domarna är därefter satta att upprätthålla processens legitimitet och bör i sin roll som professionella tillmätas stor tilltro.
6. Exkluderingsregeln är en drastisk lösning och kan innebära att barnet kastas ut med badvattnet. Det finns andra medel att tillgå. Rätten till kompetent försvarare är knappast någon ny förekomst i domstolarna och rättssaker granskas kontinuerligt av staten själv i olika organ, men också genom bland annat pressens försorg. Domstolen kan dessutom kompensera för oegentligheter i förundersökningen när den sätter sig till doms.
7. Den svenska bevisrätten bygger på pragmatism och kan inte kombineras med lösa principer om individuella rättigheter. Dessutom är det staten som avgör huruvida dessa rättigheter ska åtnjutas av befolkningen, och i vilken utsträckning. Den långa ledtiden vid EKMR:s implementering visar på svårigheten att passa in naturrättsliga resonemang i svensk rätt.
8. Övergrepp är förbjudet. Att rätten *tolererar en viss bevismateria* ger inte skäl att extrapolera fram slutsatsen att *insamlingsmetoden godtas*. Även ordningsmakten arbetar under straff- och disciplinansvar²¹⁰. Dessa medel äger därtill en klarare kausalitet till problematiken än processregler.
9. Det finns instanser som kan bidra med att kväsa oegentligheter utöver de rent inhemska organen. Europadomstolen är bland dessa och får sägas ha en klar inverkan i dessa rättsfrågor.

209 Jmf. 23:4 RB.

210 Jmf. 20:1 BrB samt förordning (2010:1031) om handläggning av ärenden om brott av anställda inom polisen m.m.

6.2.3 Några slutsatser av jämförelsen

Det framgår av ovanstående uppspaltning att den svenska bevisrätten sannolikt skulle ta allt för stor skada av att införa exkluderingsregeln i omodiferat skick. Den är både tungrodd och kulturellt främmande. Tungrodd är den eftersom den riskerar att allvarligt förskjuta processens huvudinnehåll på ett sätt som inte kan sägas vara gynnsamt. Främmande är den eftersom svensk rätt under lång tid värdesatt domarnas förmåga till förnuftigt tänkande. Detta till trots kommer det nedan anföras att det i vissa sammanhang vore tillfredsställande att ha en sådan regel som yttersta åtgärd. Av framställningen ovan måste nämligen i författarens tycke vissa slutsatser dras om när den enskilde behandlats så oegentligt att det inte bör tolereras i något stadium av processen.

6.3 När exkluderingsregeln kan vara förtjänstfull – ett utkast till test de lege ferenda

Syftet med detta utkast är att visa på att lärdomarna kring rättsövergrepp från *Mapp* kan nå en punkt där en exkluderingsregel i författarens mening blir alltmer svårfrånkomlig. Meningen är inte att fastslå att detta måste stämma in på svensk rätt, utan är snarare ett försök att konstruera ett slags rättesnöre i diskussionen. Argumentationen utgår således inte från ett generellt försök att installera exkluderingsregeln, utan vill istället visa dess värde som yttersta åtgärd. Testet är inspirerat av det s.k. försiktighetsargumentet som beskrivs i 5.4 ovan, men har byggts ut för att inbegripa några av författarens synpunkter. Punkterna har karaktären av frågor, som om de besvaras nekande, i författarens mening, bör ge upphov till fundering.

6.3.1 Testets mätpunkter i bedömningen av när exkludering bör övervägas

1. Finns det ett reellt ramverk som söker begränsa ordningsmaktens mandat, och äger detta ramverk en hög dignitet? Detta argument är konstitutionalistiskt och bygger på den naturrättsliga idén om vissa rättigheters orubblighet. Rättighetssynen kan dock se annorlunda ut i det att den exempelvis kan vara historiskt betingad, som i fallet USA, eller lagtekniskt utformad som är fallet i Sverige.
2. Är regleringen kring tvångsmedel sådan att dess utformning garanterar rättssäkerhet? I den amerikanska regelmassan förekommer kravet på *probable cause*. Detta rekvisit fordrar en mycket stark misstankegrad. Därtill krävs att åtgärden sker med en grad av partikularitet. Detta innebär att s.k. *fishing expeditions* där man chansartat söker i förhoppning att hitta någon kriminell aktivitet, inte får äga rum. Vidare krävs i amerikansk rätt att den som söker

ett bemyndigande att vidta en tvångsåtgärd också personligen garanterar de bakomliggande skälens vederhäftighet. Sådana skyddsbarriärer skulle kunna utgöra goda exempel på rättssäkerhetskrav.

3. Är ett begånget fel graverande, eller olycksfall i arbetet? Den mänskliga faktorn kan rimligtvis inte tillåtas bli något som kan kullkasta en hel straffprocess, samtidigt borde inte rättsövergrepp äga rättsstatens gillande. De relevanta exempel och den praxis där JO-riktar särskilt allvarlig kritik mot ordningsmakten skulle kunna utgöra en god mätare när dessa frågor betänks. I *Mapp* tycks polisen uppsåtligen förete ett falsarium när de ombes att uppvisa en husrannsaksorder. Sådant dolöst handlande talar särskilt starkt för exkludering i författarens mening.
4. Är felet sådant att det inte kan sägas vara föranlett av myndighetshandlande? Denna fråga är betydelsefull såtillvida att det får betraktas som tvivelaktigt att handlande från externa aktörer tillåts skada en brottsutredning. I fallet *Schenk mot Schweiz* ovan²¹¹ hade det tvivelaktiga beviset insamlats utan att staten medverkat till det. Den tilltalades rättigheter kan i ett sådant sammanhang inte sägas vara kränkta av rättsordningen varvid lite talar för att utestänga beviset från processen. Det går förvisso att tänka sig ytterlighetsexempel där det insamlade brottsbeviset kommits över genom ett långt värre brott. En person som genom envarsgripande av en snattare under vapenhot avtvingar denne ett erkännande eller dylikt skulle vara ett exempel därvid. Att ge staten ett oinskränkt ansvar för tredjemanshandlande får dock betraktas som olämpligt.
5. Är samhället observant på rättsövergrepp? Om det finns en acceptans eller uppgivenhet inför sådana medel innebär detta i författarens mening att dess fortgående kan bli svårt att stävja med andra medel än exkludering. Detta är således spegelsidan av incitamentsargumentet. Frågan är mångbottnad eftersom det kan vara svårt att bedöma samhällets generella acceptans mot ett beteende. Det återknyter dock till den avvägning mellan folkstyre och lagstyre som behandlats på flera ställen i texten och förutsätter kritiska medborgare²¹². Så torde inte minst vara sant i länder med svag grundlagstradition.
6. Finns det förutsättningar för den utsatte att klaga över behandlingen? Domstolsprövning eller ombudsmannagranskning är exempel härvid. Av särskild vikt är också att dessa klagomål kan behandlas i överensstämmelse med parollen om *equality of arms*. Detta

211 Se 4.4.1 ovan.

212 Se bl.a. 2.3 ovan.

innebär att det varken direkt eller indirekt får finnas en presumtion för att ordningsmakten är mer trovärdig än den enskilde²¹³.

7. Beivras tvivelaktigt myndighetshandlande? Detta rekvisit förutsätter inte någon särskild form av sanktion. Det som är av betydelse är att repressalierna är tillräckligt effektiva för att utsläcka incitamenten till övergrepp. Vid tiden innan *Mapp* saknades respekt för det fjärde tillägget vilket var möjligt bl.a. genom att ingen hade något att frukta när de begick överträdelser.
8. Finns det processuella remedier för hur ett förgiftat bevis ska hanteras? Utöver självklarheter som insynsrätt för den tilltalade eller rätten att kalla vittnen, avses här en reell möjlighet för den misstänkte att få domstolen att i någon utsträckning behandla beviset med särskild försiktighet. I författarens mening finns det skäl att vara särskilt kritisk om beviset riskerar att utgöra enda grund för fällande dom.
9. Är ordningsmaktens intrång proportionellt i förhållande till det upptäckta brottet? I *Mapp* förklarar polisen sig söka efter föremål som sammanhänger med brottslighet av allvarligt slag. För att finna bevisning slår man bland annat in dörren och slår Mapp i bojor. Nettoresultatet består i ett bevismaterial för brott av förseelsekaraktär. I svensk rätt har visats att husrannsakan ibland tillgrips efter att brott av ringa karaktär uppdagats. När så allvarliga tvångsmedel används i dessa sammanhang får vågskålen påtaglig slagsida mot förverkligandeprincipen. Oegentligheter i utredningen av sådana brott kan därför tala för att det är särskilt viktigt med försiktighet. Detta gäller inte minst vid tillfällighetsfynd eftersom man normalt aldrig kunnat komma över något material rörande gärningen om regelverket respekterats. Av 6.1.1 ovan har dessutom framgått att man i dessa mål oftare tycks se övertramp än annars. En sådan utveckling skulle då också vara på kollisionskurs med testets femte punkt.

6.3.2 Några generella tendenser som testet försöker fånga

I grunden för testet återfinns klassiska rättsstatsprinciper såsom de om legalitet och proportionalitet. Meningen är dock att visa i bredare mening vad Mappfallet faktiskt bestod i. En exkluderingsregel kan måhända bara anses vara en del av en betydligt större helhet, men exkluderingsregel är speciell såtillvida att den drar hela rättsordningen till sin spets. Ytterst visar den, särskilt så som den framgår av *Mapp*, på idén om samhällskontraktet. Om båda parterna begår kontraktsbrott blir det svårt att

213 Jmf. Stewart, a.a., s. 1387 in fine.

peka ut vem som är mest klandervärd. Testet inbegriper därför flera av dessa avvägningar, med fokus på exemplen där övertrampen är särskilt allvarliga.

Syftet blir därför också att ta fasta på situationer där man svårligen kan påstå att båda parterna agerar jämlikt. Detta anknyter till kontradiktionstanken och innebär att om den som utsatts för ett fel inte äger göra det gällande i reell mening så riskerar överträdelsen att normaliseras. Så var klart och tydligt fallet i USA innan *Mapp*²¹⁴. Samtidigt strävas det i testet efter att undvika att brottsutredningar i praktiken helt blir en fråga om bevisrätt. Av utvecklingen efter *Mapp* framgår att dess omfattning behövt inskränkas just på grund av denna problematik.

Testet ska inte ses som ett antal teser att spika upp på tingsrättsdörren, utan snarare ett försök att nå balans. Det är emellertid en balans i en annan mening än de pragmatiska lösningar som så ofta förekommer i svensk rätt. Det handlar istället om en avvägning av hur de enskildas rättigheter bäst beskyddas från både brottsligt handlande och statliga övertramp.

6.4 Slutord

I denna framställning har utgångspunkten varit att staten har en plikt att tillvarata vissa intressen framför andra. Det har argumenterats för att denna plikt är moralisk, men även för den mest inbitne rättspositivisten står det klart att dessa rättigheter finns erkända i svensk rätt. För att travestera en gammal svensk paroll skulle man kunna sammanfatta uppsatsens bevekelsegrund med: ”Gärna brottsbekämpning, men först ett rejält rättighetskydd.” Avvägningen står därmed, som framgått på flera ställen i texten, mellan en princip om förverkligande, och en om skydd.

Den svenska synen på rättigheter har kantats av sävlighet och pragmatism. Denna utvecklingsegenskap är dock betydligt mer godartad än sådana tendenser på annat håll i historien i det att den inte har tillkommit med ont uppsåt. Det har istället handlat om att man satt begrepp som folkstyre framför lagstyre. Detta har gett utslag på bevisrättens område och konsekvenserna har varit att bevis vars insamlande skett lagstridigt kunnat accepteras i brottmålsprocessen. Orättfärdigheten består därvid inte i att oskyldiga blivit bestraffade, utan snarare i att de som normalt kunnat undslippa påföljd, ändå nåtts av lagens långa arm. Men det är inte hela bilden. Det är viktigt att poängtera att detta arbete inte får tolkas som ett försök att skydda småbrottslingar från straff när de dessförinnan misstänkts för allvarligare brottslighet. Ett sådant resonemang skulle utgöra en alltför stor risk att göra demokratiskt beslutad strafflagstiftning tandlös. Istället handlar det om att bevara de rättigheter som i amerikanska sammanhang beskrivs som ”inalienable”, d.v.s.

214 Jmf. 6.1 ovan.

omistliga. Inom vetenskapsfilosofin uttrycker skeptiker ibland att extraordinära påståenden kräver extraordinära bevis²¹⁵. På samma sätt kan sägas att den som är satt att förvalta grundläggande rättigheter också bör mötas av särskilt höga krav. Meningen med exkluderingsregeln är därför att etablera en sådan princip.

När den amerikanska bevisrätten har granskats i arbetet är det oundvikligt att konstatera att en konstitutions utformning och förankring skapar unika handlingsmönster hos domstolarna. Den amerikanska rättighetsstadgan är här en verklig fågel Fenix. Ömsom orsakar den fruktansvärda konsekvenser, såsom upprätthållandet av slaveriet, ömsom banar den väg för minoriteter och markerar när övergrepp sker. Det får sägas vara remarkabelt hur den med gott och väl 200 år på nacken, ständigt är kontroversiell och omdiskuterad. I *Mapp* innebar stadgan att brottslingen och staten inte skulle tillåtas bli förväxlingsbara. Förhållandet mellan samhällsaktörerna gjordes därmed mer jämställt vilket alla tjänar på. I en stat som Sverige, med sin mer politiska och diskussionsinriktade tradition, där juridiken kommer sist, finns det skäl att argumentera för att en sådan mekanism skulle vara särskilt betydelsefull.

I arbetet har några allmänt hållna punkter lagts fram som, i författarens mening, visar på exempel där sådant i en rättsordning som *fungerar*, men som inte är *acceptabla* måste innebära, de lege ferenda, att en exkluderingsregel står som enda alternativ. Straffrättens grundprinciper med bl.a. oskyldighetspresumtionen och kontradiktionsprincipen måste därmed få lov att ”kosta” i en rättsstat.

Det som gör exkluderingsregeln obekvämt i svensk rätt kan förklaras med att den fria bevisprövningen är så omhuldad. Detta är dock bara en delförklaring. Exkluderingsregeln förutsätter nämligen inte bara att RB reformeras utan också att domarrollen genomgår en liknande metamorfos. Domarna i *Mapp* skiljer sig här kraftigt mot de svenska motsvarigheterna i det att det i Sverige är ont om ”sätta-ned-foten-domare.” Detta konstaterande är dock ingen kritik mot domarkåren utan situationen är helt naturlig givet det svenska normprövningsinstitutet. Att markera är helt enkelt inte ett centralt uppdrag för domargärningen.

Rättsutvecklingen på bevisrättens område ger emellertid skäl att se på framtiden med tillförsikt. Avlyssningsreglerna i 27:23a RB är exempel härvid. I regleringen återfinns många av de tankar som presenterats i testet ovan, särskilt de om proportionalitet. Vidare är EKMR en numera väl etablerad normkälla i svensk rätt och även om Europadomstolen undviker att lägga sig i nationell processrätt, har det i fallen ovan visat att man steg för steg närmar sig en skärpning i synen på oegentligt bevismaterial.

215 Jmf. Sagan, Carl, *Cosmos*, 1. ed., Random House, New York, 1980, s. 339.

Inledningsvis nämndes att den amerikanska exkluderingsregeln syftade till att återförsätta det sluttande planet i balans. I denna framställning har påpekats att en sådan ambition borde vara centralt för en domstol i en rättsstat. Det har dock framgått att allt inte talar för en sådan regels fromma. Ett av de främsta skälen för detta är att en så omfattande princip som den amerikanska innebär processuellt svårgenomförbara rättegångar. Detta har dock inte hindrat författaren från att mena att exkluderingsregeln ytterst är ett rimligt krav att göra gällande i rättsordningen. Detta gagnar alla parter långsiktigt i det att det bevarar både rättens och den enskildes integritet samtidigt. Arbetets yttersta slutsats är därför att oavsett hur en rättsstat är uppbyggd, måste rättighetstanken och straffrättsfundamenten ses som särskilt skyddsvärda. En nödbroms, av den typ som exkluderingsregeln i *Mapp* innebär, måste således finnas att dra i någonstans i rättsprocessen.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Betänkanden

KU 1973:26, *Konstitutionsutskottets betänkande med anledning av propositionen 1973:90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m. jämte motioner*

Statens offentliga utredningar

SOU 1926:31, *Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning*

SOU 1938:44, *Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk*

SOU 1941:20, *Betänkande med förslag till ändrad lydelse av § 16 regeringsformen*

Propositioner

Prop. 1993/94:117, *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*

Prop. 2001/02:88, *Sveriges samarbete med Internationella brottmålsdomstolen*

Prop. 2011/12:55, *De brottsbekämpande myndigheternas tillgång till uppgifter om elektronisk kommunikation*

JO-utgivelser

Beslut 5834-2010

Beslut 915-2012

Beslut 1151-2013

JO:s ämbetsberättelse 1991/92

JO:s ämbetsberättelse 2009/10

Litteratur

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2. uppl., Stockholm : Norstedts juridik, 2003

Ekelöf, Per Olof, *Rättegång. H. 4, 4.*, omarb. uppl., Norstedt, Stockholm, 1977

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång. H. 4, 7.*, omarb. och rev. uppl., Norstedt, Stockholm, 2009

Fletcher, George P & Sheppard, Steve, *American law in a global context: the basics*, Oxford University Press, New York, 2005

Frände, Dan, *Finsk straffprocessrätt*, Edita, Helsingfors, 2009

Hitchens, Christopher, *Thomas Paines Människans rättigheter: en biografi*, Timbro, Stockholm, 2008

Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus & Regner, Göran, *Vår författning*, 13. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2003

Källström, Staffan, *Den gode nihilisten: Axel Hägerström och striderna kring uppsalafilosofin*, Rabén & Sjögren, Stockholm, 1986

Lundqvist, Ulf, *Bevisförbud i rättspraxis*, Bokbyrån, Knivsta, 2013

McCormick, Charles Tilford, Strong, John William & Broun, Kenneth S, *McCormick on evidence*, 5. ed., West, St. Paul, Minn., 1999

Mellbourn, Anders (red.), *Författningskulturer: konstitutioner och politiska system i Europa, USA och Asien*, Sekel, Lund, 2009

Modéer, Kjell Å., *Juristernas nära förflutna: rättskulturer i förändring*, Santérus, Stockholm, 2009

Olivecrona, Karl, *Rättegången i brottmål enligt RB*, 2., omarb. uppl., Norstedt, Stockholm, 1961

Paine, Thomas, *Människans rättigheter*, Timbro, Stockholm, 2008

Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning* 2. uppl., AWE/Geber, Stockholm, 1980

Rothstein, Paul F., Raeder, Myrna S. & Crump, David, *Evidence in a nutshell*, 4. ed., Thomson/West, St. Paul, Minn., 2003

Sagan, Carl, *Cosmos*, 1. ed., Random House, New York, 1980

Zahle, Henrik, *Bevisret: oversigt*, Jurist og økonomforbundet, København, 1994

Artiklar

Ahlstrand, Thomas: "Aktuella frågor. Till frågan om fri bevisprövning och bevisförbud". I: Svensk Juristtidning, 2002

Algotsson, Karl-Göran: "Lagrådets politiska betydelse". I: Svensk Juristtidning, 2009

Bahn, Per: "Rätt och orätt i lag och moral: ett normativt perspektiv på svensk rättskipning". I Svensk Juristtidning, 2012

Bernitz, Ulf: "Aktuella spørsmål, lagboken". I: Svensk Juristtidning, 1977

- Bylander, Eric: ”*Nordiska Föreningen för Processrätt och det tolfte nordiska processrättsmötet*”. I: Svensk Juristtidning, 2013
- Crafoord, Clarence: ”*Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?*”. I: Svensk Juristtidning, 2007
- Danelius, Hans: ”*Europadomstolens domar – andra kvartalet 2000*”. I: Svensk Juristtidning, 2000
- Gorton, Lars: ”*Litteratur. The discipline of law. Butterworth. London 1979*”. I: Svensk Juristtidning, 1980
- Hallström, Pär: ”*Att jämföra konstitutioner*”. I: Svensk Juristtidning, 2010
- Heckscher, Sten: ”*Normprövning — behov och metod*”. I: Svensk Juristtidning, 2007
- Heinebäck, Bo: ”*USA:s Högsta Domstol och dess politiska roll*”. I: Svensk Juristtidning, 1972
- Kellgren, Jan: ”*Något om normativa resonemang i rättsdogmatisk forskning*”. I: Svensk Juristtidning, 2002
- Kleberg, Olof: ”*Integritet – en bristvara som få vill skydda*”. I: Svensk Juristtidning, 2009
- Lindblad, Frank: ”*Är hovrätters bevisprövning konsekvent?*”. I: Svensk Juristtidning, 2010
- Lundqvist Ulf: ”*Polisprovokation och bevisförbud*”. I: Svensk Juristtidning, 1999
- Lundqvist, Ulf: ”*Frivillig samverkan i straffprocessen. Om partsrättigheter, säker information och plea agreements*”. I: Svensk Juristtidning, 2009
- Victor, Dag: ”*Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdsystem*”. I: Svensk Juristtidning, 1999
- Wiklund, Ola: ”*Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?*”. I: Svensk Juristtidning, 2014
- Elektroniska källor:** Samtliga länkar har testats och funnits vara fungerande per den 29 juli 2014.
- Corr, John Bernard, ”*Retroactivity: A Study in Supreme Court Doctrine as Applied*”, först publicerad 1983 genom Faculty Publications. Paper 840, <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/840>
- Dworkin, Ronald, ”*A Special Supplement: The Jurisprudence of Richard Nixon*”, först publicerad i Maj 1972, <http://www.nybooks.com/articles/archives/1972/may/04/a-special-supplement-the-jurisprudence-of-richard-/>
- Fitger, Peter, Kommentar till rättegångsbalken, kommentaren till 35 kap. 1 § under rubriken ”*Bevisföringen*”, www.zeteo.nj.se
- Kmiec, Keenan D., ”*The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*”, 92 Cal. L. Rev. 1441, först publicerad i oktober 2004, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>

LaFave, Wayne R., "*Search And Seizure: A Treatise On The Fourth Amendment*", sist uppdaterad i december 2013, www.international.westlaw.com

Rossum, Ralph A., "*The Textualist Jurisprudence of Justice Scalia*",
<http://www.claremontmckenna.edu/salvatori/publications/RARScalia.asp>

Slobogin, Christopher, "*Justice Ginsburg's Gradualism in Criminal Procedure*", publicerad i mars 2012, <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2012/03/70.4.Slobogin.pdf>

Stewart, Potter, "*The road to Mapp v. Ohio and beyond: The origins, Development and Future of the Exclusionary rule in Search-and-Seizure Cases*", *Columbia Law Review*, Vol. 83, No. 6, oktober 1983, www.jstor.org

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall:

NJA 1914 s. 130

NJA 1977 s. 403

NJA 1986 s. 489

NJA 1990 s. 537

NJA 2001 s. 563

NJA 2003 s. 323

NJA 2005 s. 805

NJA 2009 s. 447 I och II

NJA 2010 s. 122

NJA 2010 s. 671

NJA 2013 s. 476

RH 2001:71

HFD 7368-13

Rättsfall från Europadomstolen:

Case of Khan v. United Kingdom, Judgement, 4 October 2000

Case of Schenk v. Switzerland, Judgement, 12 July 1988

Case of D. Parris v. Cyprus, Decision, 4 July 2002

Amerikanska rättsfall:

Brinegar v. United States, *Supreme Court of the United States*, 338 U.S. 160 (1949)

Brown v. Board of Education, *Supreme Court of the United States*, 347 U.S. 483 (1954)

Dred Scott v. Sandford, *Supreme Court of the United States*, 60 U.S. 393 (1857)

Katz v. United States, *Supreme Court of the United States*, 389 U.S. 347 (1967)

Linkletter v. Walker, *Supreme Court of the United States*, 381 U.S. 618 (1965)

Loving v. Virginia, *Supreme Court of the United States*, 388 U.S. 1 (1967)
Mapp v. Ohio, *Supreme Court of the United States*, 367 U.S. 643 (1961)
Marbury v. Madison, *Supreme Court of the United States*, 5 U.S. 137 (1803)
Palko v. Connecticut, *Supreme Court of the United States*, 302 U.S. 319 (1937)
Powell v. Alabama, *Supreme Court of the United States*, 287 U.S. 45 (1932)
Roe v. Wade, *Supreme Court of the United States*, 410 U.S. 113 (1973)
Rogers v. Tennessee, *Supreme Court of the United States*, 532 U.S. 451 (2001)
U.S. v. Leon, *Supreme Court of the United States*, 468 U.S. 897 (1984)
Weeks v. U.S., *Supreme Court of the United States*, 232 U.S.383 (1914)
Wolf v. Colorado, *Supreme Court of the United States*, 338 U.S. 25 (1949)

Bilaga A

De amerikanska författningstilläggen nr. I, III - X samt XIV

Amendment I

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Amendment III

No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

Amendment IV

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Amendment V

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Amendment VI

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense.

Amendment VII

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

Amendment VIII

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

Amendment IX

The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

Amendment X

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

Amendment XIV²¹⁶

Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

216 Hela stadgandet återges ej här av utrymmesskäl.