



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Niclas Martinsson

Fri bevisprövning eller förgiftad frukt?

- Om tillåtligheten av olagligt anskaffad bevisning enligt svensk rätt och EKMR sett i ljuset av amerikansk rätts exkluderingsregel

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Christoffer Wong

Termin för examen: VT2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Teori, perspektiv och metod	7
1.4 Avgränsning	9
1.5 Disposition	9
1.6 Forskningsläge	10
2 UTVECKLING AV DET TEORETISKA RAMVERKET SAMT NÅGRA ALLMÄNNA UTGÅNGSPUNKTER	12
2.1 Motivering till användandet av Packers modeller	12
2.2 Brottsbekämparmodellen	13
2.2.1 Effektivitet	13
2.2.2 Informalitet	14
2.2.3 Skuldpresumtion	14
2.3 Rättssäkerhetsmodellen	14
2.3.1 Effektivitetshämmande	15
2.3.2 Formalitet	15
2.3.3 Doktrinen om rättslig skuld och oskuldspresumtionen	16
2.4 Modellernas syn på rättsvidrigt inhämtad bevisning	16
2.4.1 Brottsbekämparmodellens syn på rättsvidrigt inhämtad bevisning	16
2.4.2 Rättssäkerhetsmodellens syn på rättsvidrigt inhämtad bevisning	17
2.5 Behovet av att inte överdriva modellernas betydelse	17
3 DEN FRIA BEVISPRÖVNINGEN – ETT SÄTT ATT FINNA SANNINGEN?	19
3.1 Fri bevisprövning – bevisföringen, bevisvärderingen och domarens roll	19
3.1.1 Begränsningar i den fria bevisföringen	20

3.2	Inkvisitoriska kvarlämningar i en ackusatorisk arena	22
3.3	Fri bevisföring och principen om equality of arms – ett omaka par?	23
3.4	Domaren som sanningssökare – den fria bevisvärderingen	24
4	FÖRGIFTAD FRUKT OCH FÖRGIFTADE TRÄD – DEN AMERIKANSKA LÖSNINGEN	27
4.1	Något om den amerikanska kompetensfördelningen	28
4.2	Exkluderingsregeln och dess tillämpning i de amerikanska delstaterna – Ett förgiftat träd	29
4.2.1	Hur exkluderingsregeln formats i praxis	29
4.2.2	Bevisexkludering av bevis som anskaffats vid missbruk av tvångsmedel – <i>Mapp v. Ohio</i> (1961)	31
4.2.3	Andra fall av bevisexkludering	33
4.2.4	Något om Miranda-rättigheter och bevisexkludering	35
4.3	Frukten från det förgiftade trädet	36
5	PRAXIS FRÅN HD OCH EUROPADOMSTOLEN	38
5.1	NJA 2011 s.638	38
5.1.1	Bakgrunden till fallet	38
5.1.2	HD:s resonemang	39
5.1.3	Hur kan fruktdoktrinen aktualiseras?	40
5.2	Gäfgen v. Germany	42
5.2.1	Bakgrund till fallet	42
5.2.2	Europadomstolens resonemang kring artikel 6	44
5.2.3	Domstolens resonemang kring artikel 3	45
5.2.4	Frågan om hur fruktdoktrinen aktualiseras	47
6	SLUTSATSER – VART BANAR TENDEN?	50
	BILAGA A	54
	BILAGA B	56
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	59

Summary

In Sweden, the free assessment of evidence has been a strong principle of procedural law ever since the legal proof theory of the inquisition was abandoned. As a consequence, no exclusionary rule has developed, which means that all evidence has to be admitted at trial, regardless of the way in which it has been gained. In contrast, American law has developed a distinct exclusionary rule. Consequently all evidence that is gathered with illegal methods has to be excluded at trial since the use of such evidence would deprive the defendant of his or her constitutional rights. This is also true, with regards to derivative evidence that is a product of the illegally produced evidence, under a legal institute that has become known as “the fruit of the poisonous tree doctrine”.

It could be argued that the different ways in which evidence is handled in Sweden versus USA express different views concerning the question of what ought to be the purpose of a criminal process. While the system with free assessment of evidence serves to find the material truth, it could be argued that it – when admitting illegal evidence – does so, at the cost of judicial integrity and at the cost of due process. Conversely, it could be claimed the US exclusionary rules cherish the values of due process, but at the expense of an effective crime control.

Having studied both systems and the way in which they relate to the question of that ought to be the purpose of the criminal procedure this essay will direct its attention towards one case from the Swedish Supreme Court, NJA 2011 p. 638, and one case from the European Court of Human Rights, Gafgen v. Germany. Both cases shed light on the question of whether or not derivative evidence should be admitted at trial. The author ultimately argues that these cases indicate there is a subtle tendency towards a change with regards to the perception of how illegally gathered evidence should be treated.

Sammanfattning

I Sverige har den fria bevisprövningen varit en stark processrättslig princip alltsedan inkquisitionens legala bevisteori övergavs. En konsekvens av den fria bevisprövningen är att några förbud mot vilka bevis som får användas emot en tilltalad inte får uppställas, detta gäller oavsett anskaffningssättet. I kontrast finns inom den amerikanska rätten en utarbetad exkluderingsregel som innebär att bevis som anskaffats på ett olagligt sätt måste exkluderas då ett användande av dem skulle kränka den tilltalades konstitutionella rättigheter; detta gäller även för bevis som, i ett efterföljande led, kan härledas från det som ursprungligen anskaffats olagligt.

Exkluderandet av andraledsbevisning är ett rättsliga institut som inom amerikansk rätt för ”frukten från det förgiftade trädet”. De båda bevishanteringsystemen kan hävdas ge uttryck för olika synsätt avseende syftet med en straffrättslig process. Medan den fria bevisprövningen tjänar till att finna den materiella sanningen genom att inte under några omständigheter exkludera bevisning oavsett anskaffningssätt kan det också hävdas att rättssäkerheten äventyras. Motsatsvis kan argumenteras att det amerikanska systemet med exkluderingsregler värnar mer om rättssäkerheten, men på bekostnad av en effektiv brottsbekämpning.

Mot bakgrund av ett studium av såväl den fria bevisprövningen som den amerikanska lösningen med bevisexkludering och doktrinen om frukten från det förgiftade trädet och hur dessa förhåller sig till frågan om vad som är syftet med en straffprocess ägnar uppsatsen sedermera sin uppmärksamhet åt praxis från HD och Europadomstolen. I såväl avgörandet NJA 2011 s. 638 som i Gäfgen mot Tyskland aktualiseras en diskussion om tillåtligheten av bevisning som är resultatet av ett olagligt polisagerande. Författaren menar att dessa fall tyder på att det håller på att ske en förändring i synen på hur sådana andrahandsbevis ska hanteras.

Förord

Nu har den här utbildningen kommit till sitt slut. För min del har den kantats av en osäkerhet gällande om jag överhuvudtaget vill syssla med juridik i framtiden, kanske är det också därför den har tagit 6 år istället för 4,5 år att slutföra. Oavsett vilket är det skönt att lämna den akademiska världen och inleda ett nytt kapitel i livet. Vad det nu innebär är jag i skrivande stund inte säker på, men att ha en juristutbildning kan ju aldrig skada.

Hursomhelst vill jag tacka mina föräldrar som alltid stöttat mig i vad jag än tagit mig för. Alla mina närmsta vänner ska också ha ett tack för att ni gjort det lättare att finna motivation när det gått som trögast. Ni vet vilka ni är. Även min handledare Christoffer Wong ska ha ett stort tack för en grym handledning och för att han tipsade mig om uppsatsämnet. Martin Bergwall, som tillsammans med mig förmodligen är den sista kvarvarande eleven av de som började vårterminen 2009, ska också ha ett tack för trevliga kaffepauser och luncher.

Med det sagt lämnar jag nu den akademiska världen. Fridens liljor!

Källaren, juridicum, Lund. Den 25e maj 2015.

Förkortningar

Art.	Artikel
EU	Europeiska Unionen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PLB	Processlagberedningen
RB	Rättegångsbalken
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
U.S	United States of America
USA	United States of America

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Principen om den fria bevisprövningen framstår nästan som helig inom svensk processrätt och nackhåren reser sig säkert på en och annan jurist vid ett ifrågasättande av densamma. I praktiken kan den innebära ett underlättande av processen då fokus hamnar på att bedöma det som läggs på bordet snarare än att avgöra vad som får och inte får tas upp som bevis. Vidare kan argumenteras att det finns ett allmänintresse av att vid en rättegång komma så nära sanningen som möjligt, vilket, som det kommer visas, den fria bevisprövningen tjänar till.

Den fria bevisvärderingen tyder på en tillit till domarens förmåga att sälla bland bevisning. Om ett bevis exempelvis visar sig vara framtaget på ett lagstridigt sätt tillmäts beviset ofta ett lågt bevisvärde. Vad precis sagts är dock inte alltid fallet, då även sådana illegalt åtkomna bevis i praktiken bör kunna tillskrivas högt bevisvärde.¹ Enligt svensk rätt finns alltså inget egentligt hinder mot att lägga fram bevis som i den amerikanska doktrinen kan benämnas såsom ”förgiftade” enligt doktrinen om frukten från det förgiftade trädet.

Detta för oss in på den legala bevisrätten som är rådande i USA. En kärnegenskap för densamma, och som erbjuder en annan reglerande lösning än den svenska bevisvärderingen, är möjligheten att exkludera bevis som är framtagna i strid med de konstitutionella rättigheterna. Denna exkluderingsregel sägs skydda den enskilde från maktövertagande från staten och på så vis fungerar den också som en väktare av rättssäkerheten.

En förlängning av exkluderingsregeln är doktrinen om frukten från det förgiftade trädet². Innebörden är att bevis som kommer fram i ett senare led och som härrör från det ursprungligen olagligen framtagna beviset, oavsett framtagningssätt, även de ska lämnas helt utan värde då de anses ”förgiftade” av ursprungskällan. I Sverige finns ingen uttrycklig exkluderingsregel, ej heller tillämpas fruktdoktrinen – den fria bevisprövningen tas för given. Frågan om varför det finns en exkluderingsregel i USA och inte inom svensk rätt är en fråga som är direkt sprungen ur en annan, djupare fråga: nämligen, var är syftet med en straffprocess? Beroende på om svaret av den frågan grundar sig i ett intresse av finna sanningen och att bekämpa brott eller om prioriteten snarare är att garantera ett rättssäkert förfarande kommer processen ta sig i olika uttryck. Denna dikotomi, brottsbekämpning kontra rättssäkerhet, är alltså något som går att iakttä vid ett studerande av olika processordningars syn på bevisning.

¹ Jfr Fitger, Peter, Kommentar till rättegångsbalken, kommentaren till 35 kap. 1 §.

² Kommer också benämnas som ”fruktdoktrinen”.

Vid en snabb observation av svensk och amerikansk bevishantering är det lätt att anta en uppfattning om att den svenska modellen underlättar för brottsbekämparen med risk för att rättssäkerheten blir lidande medan den legala bevisrätten värnar mer om rättssäkerheten på bekostnad av en effektiv brottsbekämpning.

En som ägnat mycket tanke åt den eviga dikotomin brottsbekämpning och rättssäkerhet är Stanfordsjuristen Herbert L. Packer. I sin bok *The Limits of Criminal Sanction* görs en uppdelning mellan brottsbekämparmodellen och rättssäkerhetsmodellen som tjänar till att se var ett lands processordning befinner sig kan appliceras på respektive system. På ett kontinuum med brottsbekämparmodellen³ på vänstra axeln och rättssäkerhetsmodellen på den högra dito skulle det kunna hävdas att doktrinen om frukten från det förgiftade trädet utgör en av rättssäkerhetens yttersta processrättsliga säkerhetsmekanismer medan den fria bevisprövningen utgör en tvär motpol. Denna säkerhetsmekanism har inte accepterats som vedertagen i vare sig nationell domstol eller i Europadomstolen. I det extrema fallet av dess tillämpning kan det på grund av att ett bevis härleds från ett ursprungligen rättsstridigt införskaffat bevis, trots att det står förhållandevis klart att en person gjort sig skyldig till brott, vara omöjligt att döma personen. I konsekvens utsläcker institutet om frukten från det förgiftade trädet incitamenten till regelvidrigt förfarande från ordningsmakten, vilket får ses som ett skydd för den enskilde. Som framställningen kommer visa har europarätten till viss del kommit att inskränka den fria bevisprövningen i takt med harmoniseringsprocessen, men doktrinen om frukten från det förbjudna trädet står alltså fortfarande som en förhållandevis främmande fågel.

En straffrättslig process som involverar bevisning som inhämtats i strid med fundamentala rättigheter ger upphov till ett oundvikligt val mellan å ena sidan att garantera den åtalade ett rättssäkert förfarande och å andra sidan att försöka komma så nära sanningen som möjligt.

Även om fruktdoktrinen berörts ytligt i några tidigare fall från Europadomstolen är Gäfgen mot Tyskland⁴, där en mordmisstänkt, sedan han hotats av polisen visat vägen till fysisk bevisning som sedermera ledde till en fällande dom, det första fallet där domstolen gjort en fördjupad analys av dess eventuella tillämpning.

Mot bakgrund av ovanstående blir det intressant att ställa sig frågan: varför har Sverige inte anammat doktrinen om frukten från det förgiftade trädet? Svaret på frågan är mångfacetterat och betydligt mer komplext än vad som framstår på ytan. En av många underliggande frågor, och som också är frågan av central betydelse i denna uppsats, är frågan om vad som över huvud taget är syftet/målet med en straffprocess. Det är någonstans i en sådan diskussion detta arbete tar sitt avstamp.

³ Innebörden av modellerna utvecklas i kap. 2.

⁴ Case of Gäfgen v. Germany, Judgement, Strasbourg 1 June 2010 *Application no. 22978/05*. Fortsättningsvis Gäfgen.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med detta arbete är, först och främst, att se hur synen på hanteringen av bevis i Sverige förhåller sig till frågan om vad som är syftet med en straffprocess samt att uttolka en trend om vart den svenska bevisrätten är på väg i och med Europakonventionens inkorporering i svensk lag samt inflytandet av Europadomstolens praxis. Vidare avser jag, med samma utgångspunkt, göra vissa jämförelser med den legala bevisrätten som är förhärskande i USA. Fokus kommer att ligga på fall där polisen agerat på ett rättsstridigt sätt, som producerat bevis i ett första led, som lett till bevis i ett andra led som förvisso framtagits på ett lagligt sätt men som kan aktualisera doktrinen om frukten från det förgiftade trädet. Jämförelsen med USA grundar sig på två skäl. För det första utgör den legala bevisrätten, som är inarbetad i USA en tvär kontrast till den fria bevisprövningen, vilket gör landet till ett perfekt jämförelseobjekt. För det andra är USA:s rättighetsstadga inte helt olik EKMR:s dito vilket gör att det mer naturligt att prata om europeisk rätt som om det vore svensk rätt.

Genom att visa för läsaren att synen på bevisrätten delvis är en konsekvens av synen på vad som prioriteras i en straffprocess (brottsbekämpning kontra rättssäkerhet) hoppas jag bringa den fria bevisprövningen i kritiskt ljus. För att tydliggöra vad som nu sagts är syftet inte att helt förkasta den fria bevisprövningen; snarare avser jag testa dess hållbarhet i förhållande till de gradvis ökande kraven på rättssäkerhet som ställs från bland annat Europadomstolen. ”Sparring-partnern” blir således den amerikanska lösningen med legal bevisrätt och doktrinen om frukten från det förbjudna trädet. Genom att studera de moralfilosofiska argumenten bakom respektive lösning formas en utförligare bild av vad som faktiskt är syftet med straffprocessen i respektive rättsordning. Detta görs lämpligen genom att mäta de olika elementen mot Packers modeller om brottsbekämpning kontra rättssäkerhet. Vad nu sagts öppnar upp för en diskussion om huruvida det finns vissa element från det amerikanska systemet som kan anses önskvärda inom svensk rätt.

Mot bakgrund av vad nu sagts blir alltså den grundläggande frågeställningen: Var befinner sig den svenska bevisprövningen idag avseende tillåtligheten av bevis som kan anses förgiftade?

Vidare avser jag besvara frågan: Vore det lämpligt, ur ett rättssäkerhetsperspektiv, att tillämpa bevisförbud och fruktdoktrinen även inom svensk rätt?

1.3 Teori, perspektiv och metod

Den teoretiska utgångspunkten är att det, vid besvarandet av den moralfilosofiska frågan om vad som bör prioriteras i en straffprocess, finns två delvis motstående intressen: att 1) bekämpa brott och att 2) garantera en stark rättssäkerhet. Denna dikotomi är vida omtalad i jurisprudensen och

diverse moralfilosofer har genom historien sökt finna svaret på frågan om vad som ska utgöra den moraliska kompassen i olika sammanhang. Få lärda har dock brutit ned frågan på samma konkreta vis avseende straffprocessen som Stanford-professorn Herbert L. Packer gjorde när han utvecklade sina modeller som han valde att kalla *brottsbekämparmodellen* och *rättssäkerhetsmodellen*.⁵ I dessa modeller bryter han ned argument som är signifikanta för respektive synsätt. Dessa modeller får alltså utgöra ramverket för uppsatsen. På grund strukturella skäl har jag valt att ägna nästa kapitel åt att utveckla innebörden av modellerna. Hur som helst är det uppenbart att modellerna är lämpliga parametrar i förhållande till syftet med uppsatsen.

Perspektivet skulle kunna kallas för ett rättssäkerhetsperspektiv samt till viss del även ett rättsutvecklingsperspektiv då jag även försöker uttolka en utvecklings-trend. Måhända skulle det sistnämnda även kunna kallas för ett de lege ferenda-perspektiv.

Den rättsdogmatiska metoden kommer utgöra en grund för kartläggandet av såväl fall från Europadomstolen som för den svenska och den amerikanska rätten. Rättsfallsanalyser och doktrin kommer vara av extra central betydelse både för att institutet om frukten från det förgiftade trädet oregerat i Sverige och för att dess tillämpning i amerikansk rätt framkommer tydligast i praxis och doktrin. Gällande lagar är det rättegångsbalken, EKMR samt den amerikanska konstitutionen och dess tillägg som blir aktuella.

Vidare kommer en viss komparation äga rum. Jag är försiktig med att kalla detta för en komparativ uppsats då jag är medveten om systematik-kraven som ställs på en sådan framställning.⁶ Istället nöjer jag mig med att konstatera att en komparativ utblick bidrar till helheten snarare än att utgöra själva huvudsyftet. Genom att lyfta ett visst institut från sitt sammanhang och se hur det kan appliceras i svensk rätt kan måhända talas om en så kallad ”legal transplant”.

Angående materialet kommer, som framgått, Packers verk ligga till grund för det teoretiska ramverket. Vidare är Ulf Lundqvist en person inom svensk processrätt som sticker ut hakan såtillvida att han är en förespråkare av bevisförbud i vissa sammanhang, varför hans bok *Bevisförbud i rättspraxis* anses vara relevant för denna uppsats. En stor del av materialet utgörs även av praxis såväl från amerikansk rätt som svensk rätt och från Europadomstolen.

⁵ Även använd av Lena Landström i hennes avhandling *Åklagaren som grindvakt – en rättsvetenskaplig studie av åklagarens befogenheter vid utredning och åtal av brott*. Där översätter hon modellerna till ”rättssäkerhetsmodellen” och ”brottsbekämpningsmodellen”. Packer kallade dem för ”due process model” och ”crime control model”.

⁶ Jfr. exempelvis Valguarnera, Filippo, ”Den komparativa metoden”, i *Juridisk metodlära*, F. Korling & M. Zamboni (red.), Studentlitteratur, Lund 2013, s. 141–173 som säger att en komparativ metod måste vara något utöver ett studium av utländsk rätt samt följa ett visst format.

1.4 Avgränsning

Uppsatsen kommer röra sig mellan svensk rätt, EKMR-rätt och amerikansk rätt. Att ta hänsyn till EKMR och tillhörande europarättsliga avgöranden känns nödvändigt för att ge en rättvisande bild av var den svenska rätten befinner sig då EKMR indirekt utgör en del av svensk rätt. Angående valet av USA som jämförelseobjekt bör nämnas att det finns andra länder som tillämpar legal bevisrätt, men som av sidbegränsningsskäl helt enkelt får uteslutas. Dessutom är den legala bevisrätten vida etablerad som institut i den amerikanska rättsapparaten och praxis på området är således omfattande. Valet av just Packers modeller grundar sig i dess universella, icke-normativa, nästan parodiska karaktär. Packer har fått kritik av Ashworth och Redmayne bland annat för att han sägs utgå från att ökade polisiära befogenheter har en direkt påverkan på antalet begångna brott. De menar att Packer saknar empiriskt stöd för ett sådant påstående och att brottsstatistiken snarare har att göra med sociala och ekonomiska faktorer.⁷ Till Packers försvar får här sägas att han medger att modellerna inte är normativa utan snarare ett verktyg för analys av trender i ett rättssystem.⁸

Jag tolkar det alltså som att när Packer går igenom respektive modell är det inte han själv som talar; snarare gör han en parodi (i brist på ett bättre ord) på hur den typiske brottsbekämparen eller rättssäkerhetsaktivisten betraktar straffprocessen. Denna uppfattning förstärks av Packers egna påstående om att bara en fanatisk människa skulle förespråka den ena eller den andra sidan fullt ut.⁹ Eftersom syftet med denna uppsats är att se var ett rättssystem befinner sig och vart det är på väg har jag alltså valt att utesluta andra teorier om rättssäkerhet och brottsbekämpning som är av mer normativ karaktär. Den legala bevisrätten är ett omfattande område som behöver begränsas i en framställning som denna. Meningen är inte att ge en fullständig bild av den amerikanska bevisrätten som sådan, utan snarare peka på vissa egenskaper som har relevans i förhållande till Packers modeller.

Slutligen kan nämnas att Packer själv applicerar sina modeller på flera delar av processen. Eftersom denna framställning zoomar in på hantering av bevis är det alltså delarna av processen relaterade till detta samt närliggande spörsmål som väljs ut.

1.5 Disposition

Efter inledningen utvecklas i kapitel 2 det teoretiska ramverket om Packers modeller om syftet med straffprocessen. Skälet härtill är att förse läsaren med rätt ”glasögon” för resten av framställningen. Utöver detta kommer

⁷ Ashworth, Andrew och Redmayne, Mike, *The Criminal Process*, 3 ed., Oxford University Press, 2005. S. 39.

⁸ Packer, Herbert L., *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, 1968 s. 154.

⁹ Packer s. 154.

modellerna fungera som ett verktyg för att uttolka en trend i rättsutvecklingen. I kapitel 3 görs sedan en kartläggning av innebörden av den fria bevisprövningen. En sådan rättsdogmatisk genomgång är nödvändig för att ge substans till kontrasten gentemot amerikansk rätt och sedermera till frågan om hur den förhåller sig till synen på olagligt inhämtad bevisning i färska avgöranden från HD och Europadomstolen. Kapitel 4 tillägnas amerikansk rätt. Mer specifikt kommer det göras en genomgång av hur exkluderingsregeln och fruktdoktrinen har formats i praxis. Utöver att praxis är den främsta rättskällan i commonlaw-länder som USA är det för uppsatsens ändamål berikande att studera hur exkluderingsregeln tillämpats i praktiken samt vilka undantag som skapats. En sådan genomgång gör diskussionen om NJA 2011 och Gäfgen mer lättförståelig samt mer förankrad. I femte kapitlet går jag igenom de två nyss nämnda fallen som båda berör frågan om bevisning som anskaffats på ett olagligt vis. Skälet till att jag även valt att ta med ett fall från Europadomstolen är att EKMR är inkorporerad i svensk rätt. Således får ett avgörande från Europadomstolen stor betydelse även för framtida HD-avgöranden. I det sjätte och avslutande kapitlet återknyter jag till Packers modeller genom att se hur HDs och Europadomstolens resonemang står sig gentemot såväl modellerna som mot den fria bevisprövningen. Detta görs för att kunna uttolka åt vilket håll den rättsliga trenden banar.

1.6 Forskningsläge

I svensk forskning är utläggningarna om eventuella bevisförbud sparsamma av naturliga skäl. Den fria bevisprövningen känns ofta så självklar att den knappt diskuteras. Inom doktrinen är Ulf Lundqvist den som sticker ut mest på området när han i sina avhandlingar *Bevisförbud* och *Bevisförbud i rättspraxis* talar om potentiella möjligheter att exkludera bevis. Även här är genomgången av innebörden av doktrinen om frukten från det förgiftade trädet ytterst begränsade.

I Europarättslig praxis ställs frågan på sin spets i fallet Gäfgen mot Tyskland där doktrinen ges en mer utförlig genomgång. Om nyss nämnda fall har Maffei och Sonenshein skrivit en utförlig artikel¹⁰ där frågan om exkluderingsregelns spännvidd i och med Europakonventionens förankring i medlemsländerna diskuteras.

I amerikansk praxis är bevisexkludering ett etablerat institut och om fruktdoktrinen har det således skrivits mycket. Eftersom amerikansk rätt är case-law i mångt om mycket är domstolens utläggningar i diverse rättsfall som berör bevisexkludering av central betydelse.¹¹ Eftersom syftet inte varit att göra en djupdykning i den amerikanska rätten har Norman M. Garlands

¹⁰ Maffei, Stefano, Sonenshein, David, "Cloak of the Law and Fruits Falling from the Poisonous Tree: A European Perspective on the Exclusionary Rule in the Gafgen Case", *Columbia Journal of European Law*, Vol. 19 (2012-2013).

¹¹ Av central betydelse kommer bland annat *Mapp v. Ohio* (1961) samt *Weeks v. United States* (1914) att vara.

bok *Criminal Evidence* varit till stor nytta för att ge en överblick över exkluderingsregelns och fruktdoktrинens uppkomst och tillämplighet.

Juriststudenten Patrik Budde har skrivit ett gediget examensarbete där han gör en komparativ studie mellan svensk och amerikansk rätt avseende synen på rättsvidrigt inhämtade bevis; han fokuserar på bevisexkludering i stort och går inte närmre in på doktrinen om frukten från det förgiftade trädet.¹²

Jag avser bredda forskningsläget genom att ge läsaren en, om än ej fullständig, åtminstone bredare bild av såväl innebörden av doktrinen om frukten från det förgiftade trädet samt av eventuella möjligheter att tillämpa densamma inom svensk rätt i och med EKMR. Vidare breddas forskningsläget något genom kartläggningen av trender inom straffprocessen i förhållande till Packers modeller.

¹² Budde, Partik. 2014. "När ändamålen helgar tvångsmedlen – om amerikansk rätts potential för synen på bevisförbud i Sverige".

2 Utveckling av det teoretiska ramverket samt några allmänna utgångspunkter

2.1 Motivering till användandet av Packers modeller

Vid en rättspositivistisk jämförelse mellan två rättsstater med processordningar som ser olika ut är det lätt hänt att tankegången stannar vid ett konstaterande av att processrätten i respektive land ser ut som den gör helt enkelt på grund av att lagen dikterar att den ska se ut på ett visst sätt. Det är då lätt att glömma den bakomliggande frågan: vad är syftet med en straffprocess?

Med denna fråga i bakhuvudet utarbetade den amerikanske juristen Herbert L. Packer på 60-talet två modeller som skulle utgöra två extrema ståndpunkter avseende synen på syftet med straffprocessen. I sin uppdelning mellan å ena sidan rätts säkerhetsmodellen och å andra sidan brottsbekämparmodellen¹³ utkristalliserade han element som kan sägas renodlat signifikanta för den ena eller den andra extremen. Modellerna används som ett verktyg för att analysera dels var på kontinuumet mellan de två extremerna en rättsstat befinner sig, men också för att kunna se tendenser i åt vilket håll en rättsstat håller på att utvecklas. För att lokalisera var en rättsordning befinner sig väljer Packer ut ett antal problem som kan uppstå under en process och sedan applicerar han modellerna på problemen.¹⁴

”Problemet” – eller det processrättsliga institutet, om man så vill – denna uppsats ägnar sig åt är, som framgått, främst bevishantering. Då Packer i sin framställning har en sektion som ägnas åt frågan om bevis bör kunna exkluderas är det främst den sektionen som får betydelse för arbetet.

Det kan tyckas märkligt att använda en modell från 60-talet som teoretiskt ramverk. Till försvar får här sägas att modellerna kan anses tidlösa just på grund av att de är modeller; grundtanken är att modellerna ska representera två synsätt på vad som kan/bör prioriteras i en processordning. Med detta sagt bör det observeras att modellerna förvisso inte skulle kunna appliceras helt omodifierat på vilken processordning som helst, då de utgår ifrån vissa antaganden som kan relateras till den amerikanska processordningen. Ett första antagande är att kriminalisering och lagföring är två skilda processer;

¹³ Lena Landström använder samma översättningar i sin avhandling *Åklagaren som grindvakt – En rättsvetenskaplig studie av åklagarens befogenheter vid åtal av brott*, Iustus, Uppsala, 2011.

¹⁴ Packer, s. 153.

processuella åtgärder blir således bara aktuella efter att ett brott har begåtts. Vidare antas att det finns gränser gällande hur staten får inkräkta i människors liv vid en brottsutredning. Slutligen görs ett antagande om att den brottsmisstänkte betraktas som ett subjekt snarare än ett objekt i den meningen att hen ska få ha en aktiv roll i ett kontradiktoriskt förfarande.¹⁵

Ovanstående antaganden får i mångt om mycket anses överensstämmande med den svenska rättsstatens grunduppbyggnad, varför jag anser att ett användande av modellerna som ramverk för framställningen är motiverat. Låt oss nu studera modellernas utgångspunkter. För protokollet ska sägas att modellerna sammanfattas, översätts och parafraseras efter bästa tolkningsförmåga.

2.2 Brottsbekämparmodellen

Som namnet antyder ställer brottsbekämparmodellen upp värden representativa för en processrätt där stävande av brott är av högsta prioritet. Argumentet är att brottsbekämpning är den yttersta garanten för social frihet. Detta motiveras med att stävande av brott är en förutsättning för ett laglydigt samhälle, som i sin tur är en förutsättning för att människor ska kunna röra sig obekymrat på gatorna. Mer konkret: ett misslyckande från brottsbekämparens sida att lagföra brottslingar ökar brottslingens incitament att begå brott. Om kontrollen brister drabbas den laglydiga medborgaren såtillvida att den blir ett offer för diverse oförsvarliga övergrepp från den som inte vill göra rätt för sig, vilket i förlängningen hämmar den laglydige medborgarens möjlighet att fungera i samhället.¹⁶

2.2.1 Effektivitet

Så, hur uppnås då syftet med en straffprocess enligt brottsbekämparmodellen? Nyckelordet i sammanhanget är *effektivitet*. Kravet på effektivitet omfattar såväl stadiet före som under rättegången. Effektivitetskravet åsyftar systemets förmåga att före rättegången upptäcka brott och misstänkliggöra brottslingar, samt under rättegången effektivt bestämma skuld och lämpliga åtgärder för den som fällts för brott. Målet ska vara att utreda och beivra så många brott som möjligt. Fokus ska ligga på att avverka snabba processer, vilket åstadkoms via likformighet och sparsamhet vad gäller formaliteter. En snabb och effektiv process spar både tid och resurser; därför är det enligt modellen eftersträvansvärt att minimera antalet tillfällen att göra invändningar samt att i största möjliga mån undvika sådant som inte för processen framåt. Packer liknar brottsbekämparmodellen med ett rullband. På rullbandet läggs hela tiden nya fall och i slutet står det arbetare och tar itu med respektive fall på ett standardiserat sätt.¹⁷

¹⁵ Packer s. 155 f.

¹⁶ Packer, s. 158

¹⁷ Packer s. 158 f.

2.2.2 Informalitet

Informella förfaranden är enligt modellen att föredra framför formella dito. Med detta avses bland annat att ett förhör på en polisstation är ett effektivare sätt att få fram fakta än formella korsförhör i en domstol. Med sådana informella förfaranden kan brottsutredaren snabbare sälla ut vilka personer som verkar skyldiga till brott och vilka som i ett tidigt stadie kan avfärdas som oskyldiga; de som förmodligen är oskyldiga ska direkt gå fria, och de som förmodligen är skyldiga ska snabbt slussas igenom den rättsliga processen. Polisen och åklagaren ska bära det primära ansvaret för denna initiala bedömning.¹⁸

2.2.3 Skuldpresumtion

Enligt brottsbekämparmodellen presumeras, till skillnad från vad som är fallet i de flesta rättsstater, att personen som anhålls är skyldig. Skuldpresumtionen är enligt modellen vad som gör det möjligt att hantera en stor kvantitet brottsmisstänkta, vilket är en förutsättning för modellen. Utgångspunkten är att polisens och åklagarens arbete ska ”sila ut” de oskyldiga från de skyldiga och att detta bedrivs på ett så pass professionellt sätt att den ger en pålitlig indikation om vilka som förmodligen är skyldiga. I samband härmed ska polisens befogenheter att gripa och förhöra personer, göra husrannsakingar och kroppsvisitationer i stort sätt vara gränslösa. Devisen om att den som har rent mjöl i påsen inte behöver oroa sig gör sig påmind. I linje med detta ska den misstänkte inte få ha någon kontakt med sin advokat under frihetsberövandet; en sådan kontakt gynnar bara den som faktiskt är skyldig då advokaten kommer råda den misstänkte att tiga. Vidare ska all bevisning tillåtas vid en rättegång; tillvägagångssättet för bevisåtkomsten är helt irrelevant då målet är att komma så nära sanningen som möjligt. Ett erkännande ska alltid, oavsett hur det framkommit, accepteras av domaren utan närmre prövning.¹⁹

Sammanfattningsvis kan konstateras att modellen ger vid handen att målet – att finna sanningen – i stort sett alltid helgar medlen.

2.3 Rättssäkerhetsmodellen

Rättssäkerhetsmodellen har snarare karaktären av en hinderbana än ett rullband; varje stadie har mekanismer som sätter hinder för den misstänktes framslussande genom straffprocessen. Packer menar att till skillnad från vad många kritiker hävdar har rättssäkerhetsmodellen inget emot tanken om att det är socialt önskvärt att bekämpa brott. Snarare förhåller det sig så att rättssäkerhetsmodellen också i slutändan vill bekämpa brott, men inte till

¹⁸ Packer s. 159

¹⁹ Packer s. 160 f.

vilket pris som helst. Modellen har alltså vissa inslag av en tanke om effektiv brottsbekämpning men den skiljer sig väsentligen avseende acceptansen av informella förfaranden och den sätter gränser gällande vidden av polisiära befogenheter.²⁰

2.3.1 Effektivitetshämmande

Till skillnad från brottsbekämparmodellen sätter rättssäkerhetsmodellen inte likhetstecken mellan effektivitet och trygghet. Tvärtom anser den att en förutsättning för medborgerlig trygghet är att effektiviteten måste hämmas. Logiken bakom ett sådant påstående grundar sig i en tanke om att individens frihet är beroende av gränserna för statens maktutövning. Att fängsla någon är statens yttersta maktutövningsredskap mot den enskilde; på grund av denna långtgående möjlighet till maktutövning är det alltså viktigt att processen utformas med rättsliga ”hinder” som staten måste passera innan straffet kan utdömas. Packer menar att modellen likställer maximal effektivitet med maximal tyranni. I konsekvens blir också kravet på antal fällande domar lågt; snarare prioriteras kvalitet framför kvantitet.²¹

2.3.2 Formalitet

En grundbult i rättssäkerhetsmodellen utgörs av dess upphöjande av den formella processen framför den informella. Medan brottsbekämparmodellen ger stor tillit till de brottsbekämpande myndigheternas förmåga att sälla bland fakta för att fastslå vad som hänt i samband med en brottslig gärning visar rättssäkerhetsmodellen mindre tillit till sådana informella processer. Rättssäkerhetsmodellens syn på informella förfaranden består inte i ett helt avvisande av dem, men den betonar vikten av att inse att polis och åklagare kan begå fel vilket kan leda till att felaktiga fakta läggs fram vid en rättegång.

Uppgifterna som framkommer vid ett förhör är på intet sätt nödvändigtvis ett återgivande av sanningen. Faktorer som stress och psykiskt eller fysiskt övertalande kan bidra till att utsagan går i linje med vad den misstänkte tror att polisen vill höra snarare än med vad som faktiskt hänt. Således ska informella förfaranden som enbart syftar till att fastställa någons skuld enligt modellen avvisas. Istället ska en ackusatorisk process inför offentlig domstol, där den tilltalade ges tillfälle att bemöta anklagelserna, utgöra arenan för faktabedömning.²²

Redan här kan hintas om rättsfallet Gäfgen mot Tyskland, som behandlas senare i uppsatsen, i vilket en sådan typ av bevisprovokation kom att bli en fråga av stor betydelse.²³

²⁰ Packer s. 163.

²¹ Packer s. 166.

²² Packer s. 163.

²³ Behandlas i kap. 5.2.

2.3.3 Doktrinen om rättslig skuld och oskuldspresumtionen

I rättssäkerhetsmodellen talas det om rättslig skuld. I skarp kontrast till skuldspresumtionen innebär den att det inte räcker med att fastställa att det visats att personen misstänkt för brott faktiskt begått brottet. Utöver detta ställs krav på – i linje med formaliteten – domstolens oberoende, straffmyndighet för den misstänkte, tillvägagångssättet för bevisningens framtagande, hänsynstagande till preskriptionsregler och jurisdiktionsregler samt att personen inte straffats för samma brott tidigare. Inget av dessa krav har att göra med frågan om personen begick brottet eller ej; snarare handlar det om förutsägbarhet. En förutsägbar process kräver, enligt modellen, ett uppfyllande av samtliga nämnda krav och först när ”hinderbanan” av processuella krav passerats kan den misstänkte anses bära rättslig skuld för gärningen.²⁴ Oskuldspresumtionen ligger i linje med presumtionen för rättslig skuld. I grund och botten handlar det om en inställning från systemets sida om att den misstänkte ska anses oskyldig till dess motsatsen bevisats. Genom att se den straffrättsliga processen som ett forum för att rätta till maktutövarens egna övergrepp förstärks tanken om oskuldspresumtion samtidigt som det sätts press på brottsbekämparen att agera lagenligt.²⁵

Nu när vi gått igenom modellerna är det dags att se hur de kan appliceras på processuella problem. Packer själv applicerar dem på ett antal problem som kan uppstå under processens gång. Då temat för denna uppsats är hanteringen av bevis som inhämtats på olagligt vis kommer jag fokusera på just detta spörsmål.

2.4 Modellernas syn på rättsvidrigt inhämtad bevisning

Utgångspunkten för följande diskussion om modellernas applicerande är inte var gränsen går för polisens agerande avseende användande av tvångsmedel eller av provokativa åtgärder. Snarare utgår vi ifrån att polisen begått ett rättsligt övertramp när den inhämtat bevis. Frågan är alltså hur de olika modellerna ser på den rättsliga giltigheten och användbarheten av dessa olagligt åtkomna bevis.

2.4.1 Brottsbekämparmodellens syn på rättsvidrigt inhämtad bevisning

Modellen, som har stark tilltro till brottsbekämparens skicklighet, inser likväl att även polisen kan begå misstag. Härvid är utgångspunkten att den som drabbats av ett rättsligt övertramp från polisens sida ska ersättas

²⁴ Packer, s. 166.

²⁵ Packer s. 168.

ekonomiskt för de skador som uppstått till följd av integritetskränkningen den olagliga eftersökningen kan ha inneburit. För att en sådan ersättning ska utgå måste den skadelidande själv via sedvanliga skadeståndsrättsliga regler stämma polisen och visa att han lidit sådan skada som kan berättiga ersättning. Någon automatisk ersättning ska alltså inte utgå. Vidare ska poliserna som misskött sig straffas och utbildas så att misstagen inte upprepas.

När det sen kommer till synen på fysisk bevisning anses det ovist att ”blunda för sanningen” bara för att polisen begått ett snedsteg. Om skuld kan påvisas med hjälp av fysisk bevisning ska åtkomstsättet inte spela någon roll. Bevis ska alltså inte kunna exkluderas såsom ogiltiga oavsett åtkomstsättet.²⁶

2.4.2 Rättssäkerhetsmodellens syn på rättsvidrigt inhämtad bevisning

Ekonomiska remedier anses ur rättssäkerhetsmodellens synvinkel otillräckliga som garant för att polisen ska avhålla sig från att bryta mot lagen när den bryter sig in i och beslagtar folks egendom. Ej heller anses disciplinära åtgärder mot den lagbrytande brottsbekämparen tillräckliga. En starkare garant för rättssäkerheten uppstår om incitamenten att söka och beslagta illegalt elimineras. I praktiken innebär detta att bevis som framkommit i samband med en sådan olaglig eftersökning inte ska få tillåtas i en rättegång. Bevisningen ska exkluderas före eller under rättegången, och om det visar sig i efterhand att sådan bevisning tillåtits ska domen retroaktivt dras tillbaka. Utöver att rättsvidrigt åtkommen bevisning ska förbjudas ska även sådan bevisning som framkommer i ett senare led som resultat av det illegala fyndet förbjudas.²⁷ Vid osäkerhet kring kausaliteten mellan bevisningen och ursprungskällan ska tolkningen ske till den misstänktes fördel.²⁸

2.5 Behovet av att inte överdriva modellernas betydelse

Det måste avslutningsvis framhåvas vikten av att inte dra för långtgående slutsatser om hur ett rättsligt institut förhåller sig till modellerna. Lindblom menar att det inte nödvändigtvis finns ett samband mellan vad som prioriteras i en process och graden av liberalism i brottsbekämpningen. Han menar att medan USA ”stoltserar” med due process som ledstjärna och Sverige, åtminstone i processrättsligt hänseende, har en mer brottsbekämpande prioritet, befinner sig USA samtidigt längre ut på

²⁶ Packer s. 199.

²⁷ Jfr doktrinen om frukten från det förgiftade trädet.

²⁸ Packer s. 200.

högerkanten när det kommer till repression i stort, och antalet oskyldigt dömda kanske till och med är fler i USA trots att processen har rättssäkerhet som ledstjärna.²⁹

Med andra ord verkar Lindblom säga att processens funktion bara är en del av rättssäkerheten i stort. Ytterst handlar det om att det är fler faktorer än de processrättsliga som spelar in i bedömningen om ett land har en "hård" kriminalpolitik eller en mindre repressiv dito. Detta är författaren väl medveten om. Med det sagt är utgångspunkten för denna uppsats själva processen, och inget annat, varför modellerna ändå har ett värde som analytiskt redskap.

²⁹ Lindblom, 1999. S. 626

3 Den fria bevisprövningen – ett sätt att finna sanningen?

Syftet med denna passage är, utöver att gå igenom den fria bevisprövningen som den är reglerad i svensk rätt, att ge läsaren en uppfattning om hur den relaterar till syftet med en straffprocess. På lämpliga ställen kommer därför nedslag göras i Packers modeller samt i vissa betraktelser från svensk doktrin. Kapitlet kommer även behandla ämnet bevisvärdering i fall där bevis inhämtats olagligt och hur detta påverkar bevisvärdet.

3.1 Fri bevisprövning – bevisföringen, bevisvärderingen och domarens roll

Den öppna karaktären av bevisregleringen inom svensk rätt återspeglas i sättet på vilket den uttrycks i 35 kap 1 § RB som lyder: ”[r]ätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.” Mer än så sägs alltså inte om hur domstolen ska förhålla sig till bevisningen. Karakteriserad som en generalklausul av Lindell³⁰ ger den å ena sidan knapphändig vägledning vad gäller metodiken för bevisvärdering samtidigt som den, å andra sidan, öppnar upp för en process där domaren ges en ”frihet under ansvar”.³¹

Mer konkret innebär den fria bevisprövningen ett uppdelande mellan, å ena sidan, fri *bevisföring* och, å andra sidan, fri *bevisvärdering*. Som vi ska se är bevisvärderingen ett institut som är beroende av en tillit till domstolsväsendets förmåga att sälla bland bevisning och på så vis utfärda domar som korresponderar med sanningen.

För den här framställningen är bevisföringen av central betydelse då det är regleringen av densamma som i mångt om mycket är talande för vad som prioriteras i en straffprocess. Ska processen liknas vid en hinderbana? I så fall bör det finnas inskränkningar i bevisföringen med höga krav på rättssäkerheten.³² I samband kan sägas att juryns bristfälliga förmåga att värdera bevis lär vara en del av anledningen till den mer restriktiva synen på bevisföring i USA³³ och i kontrast kan då den svenska modellen med fri bevisföring delvis förklaras av ett högt tillit till domaren och vidare anses överensstämma mer med rullbandstanken i brottsbekämparmodellen i det avseendet att i princip vad som helst får läggas fram som bevis.³⁴

³⁰ Lindell *Sakfrågor och rättsfrågor* (1987), s. 96

³¹ Diesen, Christian. *Bevisprövning i brottmål*, Stockholm 2015, andra uppl. s. 52

³² Jfr ovan 2.2.1 och 2.3

³³ Diesen s. 18

³⁴ Jfr ovan 2.2.1 och 2.3

Sammantaget kan alltså hävdas att den fria bevisföringen i Sverige delvis är en konsekvens av den fria bevisvärderingen.³⁵

Innebörden av den fria bevisföringen – att vad som helst ska få läggas fram som bevis – har länge ansetts oproblematiskt i svensk rätt. Grundinställningen har varit att alla bevis som är relevanta ska få framföras i en brottmålsrättegång, och några bevisförbud – dvs. förbud om att lägga fram bevis som åtkommit olagligt eller regelvidrigt – har inte varit något etablerat institut inom svensk rätt.³⁶ Dock blåser förändringens vindar i nämnda avseende. Som framställningen senare kommer visa finns det praxis, särskilt från Europadomstolen, som indikerar en inskränkande riktning i den fria bevisföringen.³⁷

3.1.1 Begränsningar i den fria bevisföringen

Även om bevisföringen i grunden är fri, finns det vissa indirekta samt lagförankrade inskränkningar.

Först kan nämnas hur den mer indirekta inskränkningen som finns inneboende i den ackusatoriska processens natur – att tilltalad och åklagare betraktas som jämställda subjekt inför en oavhängig domstol – gör att domstolen inte får väcka åtal på eget initiativ eller döma över annat än vad som står i gärningsbeskrivningen.³⁸ Domstolen får i och för sig ett visst utrymme att berika processmaterialet enligt 35:6 RB, men utgångspunkten är ändå att parterna ska stå för bevismaterialet; endast under vissa speciella omständigheter får domstolen tillföra processmaterial.³⁹

Vidare kan nämnas domstolens möjlighet att avvisa bevisning som anses obehövlig eller utan betydelse för målet enligt 35:7 RB.

Ekelöf talar om *principen om det bästa bevismaterialet* som en slags inskränkning i bevisföringen. Innebörden av principen är att "[...] om en och samma källa kan utnyttjas på flera olika sätt så skall det bevismedel användas, som medför den säkraste bevisningen."⁴⁰ Ekelöf verkar, enligt min tolkning, mena att principen innebär ett substitut för bevisexkludering av så kallade "förrådiska bevis". Med förrådiska bevis avses sådana bevis som av sin natur är svårbedömbara. Exempelvis kan det röra sig om en utsaga av en person som är jävig. Ekelöf menar att det inte ligger något orimligt i att sådan bevisning är förbjuden även vid fri bevisvärdering⁴¹ men att det, om beviset i det aktuella fallet ändå har ett högt bevisvärde och att det är en fördel att sakläget utreds i processen, framstår som förkastligt att

³⁵ Ekelöf har hävdats att den fria bevisvärderingen inte nödvändigtvis förutsätter fri bevisföring. Ekelöf a.a. *Rättegång, fjärde häftet*.

³⁶ Diesen s. 119

³⁷ Se kap. 5

³⁸ Lundqvist s. 13

³⁹ Lundqvist s. 14

⁴⁰ Ekelöf a.a., *Rättegång, fjärde häftet* s. 27

⁴¹ Ekelöf a.a., *Rättegång, fjärde häftet* s. 26

förbjuda användningen av beviset.⁴² En konsekvens av principen om det bästa bevismaterialet är att målet är att försöka använda bevis där beviskedjan är så kort som möjligt. Syftet med detta tankesätt är att säkerställa bevisning som ligger så nära sanningen som möjligt, och föreställningen är att bevisningen i slutet av en beviskedja blir säkrare ju färre led kedjan innehåller.⁴³

Ett tydligt exempel, som också illustrerar skillnaden i bevishantering i Sverige respektive de amerikanska delstaterna, är hur vittnesuppgifter baserade på hörsägen betraktas. Hörsägen är en vittnesuppgift med fler än en beviskedja där en person påstår sig hört någon säga något som kan vara av relevans för rättegången. Medan hörsägensuppgifter är ett typexempel på sådana uppgifter som typiskt sätt exkluderas i den amerikanska legala bevisrätten⁴⁴ låter den svenska rättsapparaten sådana uppgifter passera som giltiga bevis. Dock skulle sådana bevis betraktas som svårbedömbara och således bara användas för det fall det inte går att finna något till kunskapskällan mer direkt länkat bevis. I praktiken skulle alltså principen om det bästa bevismaterialet i ett sådant fall leda till att hörsägensuppgiften används i brist på tillgång till förstahandsvittnets utsaga, men att den ges ett lågt bevisvärde på grund av uppgiftens ”förrädiska” karaktär.⁴⁵

Principen om det bästa bevismaterialet skulle, i min mening, kunna ses som en trubbigare version av doktrinen om frukten från det förgiftade trädet. Den är trubbigare i det avseendet att den ger ett sämre rättssäkerhetsskydd för den brottsmisstänkte såtillvida att den inte garanterar ett uteslutande av bevis som framkommit via olagliga metoder. Den gemensamma nämnaren är ändå ett faktum: både fruktdoktrinen och principen om det bästa bevismaterialet fyller en funktion att minimera förekomsten av så kallade förrädiska bevis, åtminstone i teorin. Båda handlar helt enkelt om rättssäkerhet – fruktdoktrinen är dock mer absolut och oförlåtande i sin karaktär. Den väsentliga skillnaden är dock att det svenska systemet inte anser att ett bevis kan vara förgiftade i absolut mening; i konsekvens kan alltså inte heller bevis i efterföljande led anses vara frukt från det förgiftade trädet.

I praktiken innebär detta, i linje med vad Ekelöf säger, att en beviskedja, vars sista länk utgörs av ett bevis som kommit till brottsbekämparens kännedom enbart på grund av en användning av olagliga metoder, ska användas som bevis emot den misstänkte bara om det inte finns något annat bevismedel för samma beviskälla som utgörs av en kortare beviskedja.⁴⁶

⁴² Ekelöf a.a., *Rättegång, fjärde häftet* s. 27

⁴³ Ekelöf a.a., *Rättegång, fjärde häftet*. s. 27

⁴⁴ Fletcher, a.a., s. 544. Se även exempelvis *People v. Goetz* där hörsägenbevisning avfärdades

⁴⁵ Ekelöf a.a., s. 26 och s. 33

⁴⁶ Jfr Ekelöf a.a., *Rättegång, fjärde häftet* s. 27

Anknytningsbart till principen om bästa bevismaterialet är hanteringen av bevis som kommit till brottsbekämparens kännedom i samband med ett framtvingat erkännande.

Om exempelvis förekomsten av ett lik kommit till polisens kännedom via hot om tortyr eller dylikt rättsvidrigt förfarande skulle uttalandet där den misstänkte anvisar personen till liket förmodligen anses förrådiskt i sin karaktär, men likväl skulle det inte försämra bevisvärdet av liket i sig, just på grund av att uttalandet inte anses förgiftat, utan snarare förrådiskt. Bedömningen av värdet av den fysiska bevisningen sker alltså separat från bedömningen av värdet av uttalandet som anvisade om fyndplatsen. Till detta kommer vi återkomma nedan i samband med behandlingen av NJA 2011 s. 638.⁴⁷

Hänförlig till den fria bevisföringen är omedelbarhetsprincipen, uttryckt i 17:2 och 30:2 RB, som innebär att domen ska grundas på vad som förekommit vid huvudförhandlingen. Mer konkret innebär stadgandet *e contrario* ett förbud för rätten att utnyttja sådant material som den fått kunskap om utanför huvudförhandlingen och således kan även denna princip ses som en viss inskränkning i den fria bevisföringen. Bedömningen ska vidare bygga på en iakttagelse av vad som framkommer vid förhandlingen snarare än av vad som nedtecknas. ”Papper rodnar inte”⁴⁸, är ett uttryck som innebär att muntliga utsagor anses ha högre bevisvärde än skriftliga inlagor. Ekelöf menar att detta synsätt är en konsekvens av den fria bevisvärderingen. I system med legal bevisrätt är det av mindre betydelse om bedömningen bygger på iakttagelsen vid själva rättegången eller på vad som nedtecknats då rätten i rättegångar med legal bevisrätt ändå inte ska lägga någon vikt vid exempelvis vittnenas uppträdande under förhöret.⁴⁹

3.2 Inkvisitoriska kvarlämningar i en akusatorisk arena

Tanken med den fria bevisföringen är alltså att domen ska baseras på ett så fullständigt material som möjligt. För att göra ett rättsfilosofiskt och rättshistorisk stickspår kan i samband här reflekteras över straffprocessens funktion. Den svenska processrätten beskrivs ofta som akusatorisk i grunden men med inkvisitoriska inslag.⁵⁰ Signifikant för den akusatoriska processen är att den styrs av parterna snarare än av domaren, och kontradiktionsprincipen, som förenklat innebär att parterna ska ges möjlighet att bemöta varandras argument, ska genomsyra processen. Lindblom beskriver rättegången som ett ”... ”two man battle” med domaren som passiv åskådare, dock liksom en konståkningsdomare beredd att

⁴⁷ Se Kap. 5.1

⁴⁸ Uttrycket används i vissa förarbeten för att visa att muntliga utsagor har högre bevisvärde än skriftliga inlagor. Se t.ex. SOU 2001:103 s. 377 och SOU 2007:26 s. 197.

⁴⁹ Ekelöf a.a., *Rättegång fjärde häftet*, s. 22

⁵⁰ Jfr Ekelöf, 1982 s. 423

redovisa en poängbedömning efter aktens slut.”⁵¹ I en typiskt inkvisitorisk process däremot, som syftar till att finna sanningen, ansvarar domaren för såväl bedömning av, som anskaffande och förebringande av, bevismaterialet. Ekelöf påpekar att den svenska processen alltid haft formen av en tvåpartsprocess men att den gått från att ha en mer inkvisitorisk utformning till en mer ackusatorisk dito och att vissa inkvisitoriska drag fortfarande finns kvar.⁵²

Ett påstående om att den fria bevisprövningen är ett inkvisitoriskt, snarare än ett ackusatoriskt, institut är inte helt lätt att få stöd för. Detta beror såklart på att ett sådant påstående går rakt emot vad historien föreskriver. Under medeltiden, framförallt i Sydeuropa, förknippades den inkvisitoriska processen med legala bevisteorier snarare än en fri bevisprövning. I och med inkvisitionsprincipen riktades fokus mot sådana bevis som ansågs röja den verkliga sanningen; vittnen, skriftliga dokument och indicier och erkännanden gavs högt värde. Regler innebärande exempelvis att två samstämmiga vittnen alltid indikerade sanningen och således var ett ”fullt bevis” utarbetades och utgjorde ramen för den legala bevisrätten.⁵³

Mot bakgrund av ovanstående tänker jag inte heller påstå att den fria bevisprövningen är en inkvisitorisk. Jag skulle ändå, med viss ödmjukhet, vilja hävda att åtminstone den fria bevisföringen ligger i linje med den inkvisitoriska processens grundtanke – att finna sanningen – och att regler om bevisförbud snarare ger uttryck för en tanke om att domstolen hellre ska fria än att fälla. Dessutom finns det, i min mening, ett mått av inkvisitorisk anda i sättet på vilket man betraktar domaren som en sanningens utrönare i och med att det är domaren, inte lagen, som avgör hur tungt ett bevis anses väga.

Oavsett hur man titulerar den fria bevisprövningen utgörs den – i ett vakuum – enligt min mening, av element som är mer anknytningsbara till brottsbekämparmodellen än till rättssäkerhetsmodellen. Även om den svenska rättsapparaten präglas av rättssäkerhetsprinciper såsom oskuldspresumtion och vissa formalitetskrav menar jag att den fria bevisprövningens tillåtande av all bevisning oavsett åtkomstsätt ligger mer i linje med brottsbekämparmodellen.

3.3 Fri bevisföring och principen om equality of arms – ett omaka par?

Principen om equality of arms⁵⁴ är värd att nämna i samband med diskussionen om fri bevisföring. Det kan hävdas att möjligheten att få

⁵¹ Lindblom, 1993 s. 52

⁵² Ekelöf, 1982 s. 425-426. Här pekar Ekelöf främst på domarens aktiva roll vid huvudförhandlingen. När en domare läser polisrapporten och är aktiv i förhören får detta karaktären av en inkvisition.

⁵³ Dereborg, s. 15-16.

⁵⁴ Uttrycks i *Bulut mot Österrike, judgment, Strasbourg, 22 february 1996.*

använda alla möjliga medel att försvara sig in i det sista är både gynnsamt och ogynnsamt för den tilltalade: gynnsamt just på grund av att det i princip inte finns några hinder för vilka bevis som får åberopas, ogynnsamt av samma skäl, då åklagarsidan har större tillgång till att säkra bevisning emot den tilltalade. Medan den tilltalade har sitt ombud att luta sig mot har åklagarsidan möjlighet att säkra bevisning genom exempelvis hemlig avlyssning och beslag. Det faktum att till och med olagligen åtkommen bevisning får läggas fram adderar till detta maktövertag. Frågan uppkommer då hur väl denna maktobalans rimmar med principen om equality of arms och vilka medel svensk rätt erbjuder för att säkerställa balans i avseendet. Medan den amerikanska lösningen med bevisexkludering kan ses som ett exempel på ett sådant säkerställande av balans i förhållandet mellan brottsbekämparen och den som är misstänkt för brott erbjuder den svenska rättsapparaten i min mening endast trubbigare verktyg i form av principerna om att domstolen, vid bristande bevisning, hellre ska fria än fälla (oskuldspresumtionen) och att den ska välja lindrig framför svår påföljd.⁵⁵

3.4 Domaren som sanningssökare – den fria bevisvärderingen

Låt oss nu vidare studera den fria bevisvärderingen. Det framgår av RB 35:1 att rätten efter samvetsgrann prövning av allt som förekommit ska avgöra som i målet är bevisat. Inom ramarna för åklagarens gärningsbeskrivning är det alltså fritt fram för domstolen att pröva bevisningens värde i förhållande till ett visst bevistema.⁵⁶ Med bevistema avses en viss omständighet som ska bevisas genom åberopandet av ett bevis. Till exempel kan en blodig kniv åberopas som bevis för att bevisa bevistemat att ett mord har begåtts.

Det vore utanför denna uppsatsens spännvidd att i detalj gå igenom vad doktrinen säger om relationen mellan bevisfaktum och bevistema. En kort genomgång är dock på sin plats. Här kan konstateras att det finns två skolor i nämnda avseende. Den ena skolan, som kallas för temametoden förespråkas av bland annat Bolding och Eckhoff och innebär i korthet att bevistemats existens ska bevisas på grundval av den i målet förekommande bevisningen för och emot temat som ska bevisas. Bevis mot respektive för bevistemat läggs i varsin vågskål för att bedöma huruvida bevistemat kan anses styrkt.⁵⁷ Den andra skolan som utgörs av värdeметoden förespråkas av bland annat Ekelöf består istället av synsättet att temat orsakat bevisen; här är det alltså en fråga om kausalitet mellan bevisfaktum och bevistema.⁵⁸

Diesen framhäver att valet mellan ovanstående nämnda metoder i nutida bevisvärdering är överspelat i brottmål. Det är helt enkelt upp till domaren att välja den metod som synes lämpligast i det enskilda fallet och något krav

⁵⁵ Lundqvist s. 14

⁵⁶ Diesen s. 38

⁵⁷ Diesen s. 36

⁵⁸ Diesen s. 36

på att redovisa vilket metodval som gjorts i domskälen finns inte.⁵⁹ Bristen på ett sådant krav blir i min mening intressant ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Eftersom den svenska rättsapparaten i princip inte har några fall där bevisförbud råder per automatik kan det tyckas märkligt att det inte ställs högre krav på att rätten motiverar sättet på vilket de olika bevisen tillmätts sitt värde.

Diesen verkar också vara av en liknande uppfattning när han säger att domarkåren kunde strunta i allt vad bevisteori heter så länge det fanns en säkerhet om att domen alltid blir materiellt riktig. Eftersom en sådan säkerhet aldrig kan råda menar Diesen att det vore önskvärt med tydligare bevisvärderingsmodeller.⁶⁰

Luddigheten vad gäller valet av värderingsmodeller till trots står det i alla fall klart att om domaren ska försöka hålla sig objektiv i sin bedömning. Om domarens personliga känsla av skuld och oskuld fick helt fritt spelrum så skulle det visa sig i en inkonsekvens i bevisvärderingen. En sådan strävan ställer krav på att domaren är medveten om olika subjektivistiska faror som kan uppstå vid en värdering.⁶¹ Jag ska inte gå igenom alla dessa faror här. Konstateras kan dock att kravet på domarens objektivitet är en nyckelfunktion i en rättssäker bevisvärdering.

En intressant fråga i sammanhanget är vad domaren utgår ifrån vid värderingen av bevis. Om en amerikansk jurist frågar en svensk juriststudent om innebörden av den fria bevisvärderingen skulle den svenska juristen säga att det är upp till domaren att bestämma bevisets värde. Om den amerikanske juristen skulle fråga vidare om exakt hur denna värdering går till skulle sannolikt den svenske juriststudenten bli osäker på sitt svar. Inställningen är ju som bekant att domaren kan sin sak och på grund av denna tillit till domarens förmåga att syna bevisning har den svenske juriststudenten sällan haft anledning att reflektera över hur värderingen går till i praktiken. En annan anledning till att svaret sannolikt skulle vara trevande är att regleringen till hur ett visst bevis ska värderas är förhållandevis luddig. Som Diesen poängterar skulle det, om det funnits någon given metod för bevisvärderingen, vara föreskrivet i lagen hur värderingen skulle gå till; trots många försök inom doktrinen finns ingen sådan konkret metod och därför måste värderingen vara allmänt hållen.⁶²

Några allmänna utgångspunkter finns det dock som rätten måste förhålla sig till. Processlagberedningen uttalade i förarbetena till 35:1 RB att, bara för att värderingen är fri, så innebär det inte att domaren får grunda sin betraktelse på subjektiva grunder. Värderingen ska vara objektiv såtillvida att bedömningen ska kunna godtas av andra förståndiga personer.⁶³

⁵⁹ Diesen s. 69

⁶⁰ Diesen s. 69-70

⁶¹ Diesen s. 73

⁶² Diesen s. 54

⁶³ PLB s. 377 f. Se även Diesen s. 53

Huruvida ”andra förståndiga personer” i sin tur är ett objektivt begrepp är värt att diskuteras, men en sådan diskussion får ske i en annan uppsats. En annan utgångspunkt för bedömningen är att värderingen ska grundas på en analys och värdering av varje enskilt bevis som förekommer i processmaterialet; domaren får alltså inte göra en bedömning enbart baserad på helhetsintrycket. Varje enskilt bevis ska värderas och i slutändan ska den sammanvägda bedömningen av bevis som talar för respektive emot åklagarens gärningsbeskrivning utgöra grunden för domen. Utöver dessa generella grunder finns det alltså ingen fastlagd metodik för sanningssökandet. Det enda som kan liknas vid någon form av metodik är vad som i motiven kallas ”erfarenhetssatser” med vilka avses en slags gemensam referensram för alla domare.⁶⁴

Några konkreta exempel på vad denna referensram avser verkar inte finnas. Domare är ju ingen homogen grupp; i praktiken kan olika domare skilja sig åt vad gäller politiska åsikter, moraliska uppfattningar, personliga erfarenheter osv. En sådan förmodad diversitet till trots är alltså tanken att personerna bakom domarrollen ska anpassa sig till en gemensam referensram i sin yrkesutövning. Dessa erfarenhetssatser ska utgöra domarens allmänna referens eller – om man så vill – verklighetsuppfattning, vid bevisvärderingen. Diesen exemplifierar när han säger att såväl den extreme skeptikern som alltid skulle säga att det finns ett rimligt tvivel som den som är anhängare av Lombrosos teorier om den födde brottslingen skulle te sig olämpliga som domare.⁶⁵

Nu har vi studerat den fria bevisprövningens öppna karaktär. Sammanfattningsvis kan konstateras att essensen av den kan kokas ner till ett enkelt regelverk, nämligen: parterna står för bevisningen, domaren värderar och dömer efter samvetsgrann förmåga. Signifikant är alltså att systemet grundas i en stor tillit till domarens bedömningsförmåga. Brottsbekämparmodellen bygger på en stor tillit till polisen och åklagaren.⁶⁶ Att säga att den fria bevisprövningen är helt i linje med brottsbekämparmodellen vore således fel – den formella processen är ändå eftersträvansvärd. Som jag nämnde i 3.3 går det dock att hävda att åklagarsidan har ett visst övertag när det kommer till befogenheter i förhållande till den brottsmisstänkte. Detta blir särskilt påtagligt i fall där polisen tänjt på gränserna vid bevisanskaffandet. Om sådan olagligt anskaffad bevisning får tillåtas kan det hävdas att rättssäkerheten äventyras till förmån för brottsbekämparmodellens rullbandstanke. Som vi kommer se i följande kapitel har USA ett system som kan hävdas vara mer rättssäkert, ett system som ser olagligt anskaffade bevis som ett förgiftat träd med förgiftad frukt.

⁶⁴ Diesen s. 53

⁶⁵ Diesen s. 54

⁶⁶ Se kap. 2.2

4 Förgiftad frukt och förgiftade träd – den amerikanska lösningen

Syftet med följande kapitel är att, genom att göra en komparativ utblick, ge läsaren en uppfattning om hur olagligt inhämtade uppgifter hanteras i enlighet med den legala bevisrätt som är rådande i de amerikanska delstaterna. Denna komparativa utblick ska visa på kontrasten mellan fri bevisprövning och ett system med regler som inskränker bevisföringen. Vidare ska denna utblick tjäna till det vidare syftet att uttolka en trend i den svenska rättsutvecklingen. Trenduttolkningen sker genom att se hur koncepten med bevisexkludering och fruktdoktrinen betraktas inom svensk rätt i samband med europakonventionen. Denna trenduttolkning sker dock först senare i samband med genomgången av praxis från HD och Europadomstolen.

Först ges, mycket kort, en bakgrund till den amerikanska kompetensfördelningen. Detta anser jag nödvändigt dels för att ge en förståelse för amerikansk rättsbildning och på så vis bidra till en mer nyanserad bild av jämförelsen mellan svensk och amerikansk rätt. Vidare ger det en överblick över hur den rättsliga trenden banats i USA på såväl federal nivå som på delstatsnivå. Därefter ges en bakgrund till exkluderingsregeln med hänvisning till och en viss genomgång av vissa avgörande rättsfall. Slutligen går jag igenom förlängningen av denna regel i form av fruktdoktrinen och hur denna används i praktiken.

Anledningen till att jag gör en genomgång av hur exkluderingsregeln formats genom praxis och hur den blivit delstatligt förankrad är för att jag vill illustrera att en initial ovilja att implementera ett rättsligt institut tyder på att institutet inte är helt okontroversiellt. Genom att studera hur regeln formats i praxis silas för respektive mot-argumenten fram och bilden nyanseras.

Det är, i min mening, viktigt att skilja på exkludering av bevis som sker i ett första led (det förgiftade trädet) och exkludering av bevis som sker i efterföljande led (frukten från det förgiftade trädet). Anledningen till att det är viktigt att skilja på dessa båda fall av exkludering är att fruktdoktrinen kan aktualiseras först när ett träd kan anses förgiftat. Med andra ord går det inte att tala om frukten från det förgiftade trädet i fall där det inte finns någon anledning till bevisexkludering från första början. Vad nu påstås må verka självklart. Dock finns en anledning till att distinktionen tas upp. Som vi sett ligger det inte i den svenska rättsapparatusens natur att exkludera bevis. På grund av detta går det heller inte inom svensk rätt direkt att tala om ett förgiftat träd i den strikta metaforiska meningen. Förgiftade träd går dock att

tala om inom amerikansk rätt. Låt oss nu studera hur en bevisrättslig källa (eller ett träd) kan anses förgiftat.

4.1 Något om den amerikanska kompetensfördelningen

Att tala om amerikansk rätt som om det vore något enhetligt är missvisande då delstaternas självständiga kompetens är mycket vidsträckt. Med *Bill of Rights*, som antogs 1791, avses tio författningstillägg som bland annat reglerar förhållandet mellan den federala staten och delstaten. Av det tionde författningstillägget framgår att självstyre ska gälla för delstaterna i den mån inget annat sägs i konstitutionen. Det som inte specifikt tillskrivs federal kompetens eller förbjuds statlig kompetens i konstitutionen är alltså delstatliga angelägenheter.⁶⁷

Utöver att lagstiftningsmakten till största delen är reserverad staterna (i artikel 1, sektion 8 och sektion 10 framgår områden som är reserverade den federala lagstiftaren) är även dömandeprocessen en delstatlig angelägenhet förutsatt att målet i fråga faller under delstatens jurisdiktion. Såväl brottmål som tvistemål är typiskt en delstatlig angelägenhet och bara fall som rör tolkning av federala lagar eller den federala konstitutionen kan överklagas till den federala högsta domstolen (The Supreme Court).

Författningstilläggen kan delvis ses som ett skydd mot maktmissbruk från statens sida. Detta framgår av femte tillägget som bland annat föreskriver att var och en ska ha rätt till en rättvis rättegång och att ingen ska behöva vittna emot sig själv. Fram till efter inbördeskriget gällde denna rättighetsgaranti bara i federala mål och således innebar delstaternas suveränitet att det inte fanns någon konstitutionell garant för rättssäkerhet i varje delstat. En tanke om förändring i nämnda avseende kom dock till uttryck efter inbördeskriget i och med införandet av fjortonde tillägget där det bland annat stadgas att:

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.⁶⁸

I och med införandet av fjortonde tillägget kom det alltså att ställas krav på rättvisa rättegångar på delstatsnivå. Räckvidden av fjortonde tilläggets påverkan på delstaterna avgjordes inte över en natt utan var snarare en fråga som kom att formas genom domstolspraxis. I praktiken har det fjortonde tillägget inneburit en successiv inkorporering av *Bill of Rights* i delstaternas lagstiftning.

⁶⁷ Tionde tillägget. Se bilaga A för tilläggen.

⁶⁸ Fjortonde tillägget

Personligen kan jag här inte undgå att reflektera över likheten mellan Europakonventionens påverkan på medlemsstaterna. Någon längre utläggning om denna likhet vore dock överflödigt i detta sammanhang.

Hur som helst kan alltså sammanfattas att när det talas om exempelvis fjärde tillägget som handlar om skydd mot olagliga eftersökningar och beslag, eller femte tillägget som bland annat innebär en rätt att inte behöva vittna emot sig själv så är dessa alltså tillämpliga i samtliga delstater tack vare införandet av fjortonde tillägget. På så vis kan det alltså talas om en ”amerikansk rätt” åtminstone vad gäller tillämpligheten av vissa rättssäkerhetsgarantier.

4.2 Exkluderingsregeln och dess tillämpning i de amerikanska delstaterna – Ett förgiftat träd

För att förstå innebörden av fruktdoktrinen är det nödvändigt att ge en förklaring av dess ursprung, eller – om man så vill – ta det från början. Exkluderingsregeln som av Fletcher beskrivs som en ”amerikansk uppfinning”⁶⁹ innebär att all bevisning som inhämtats olagligt ska exkluderas från att användas i en rättegång. Mer konkret avses med den olagliga anskaffningen att bevisningen inhämtats på ett sådant sätt att den de konstitutionella rättigheterna för personen mot vilken bevisningen riktas har kränkts. Främst är det rättigheterna som tillförsäkras i fjärde tillägget som stadgar att envar ska åtnjuta frihet mot orimliga eftersökningar och beslag⁷⁰ som avses när det talas om bevisexkludering⁷¹, men som vi ska se kan även andra konstitutionella rättigheter avses. Låt oss se hur det hela började.

4.2.1 Hur exkluderingsregeln formats i praxis

Exkluderingsregeln är i common law-anda en regel som utmejslats i praxis snarare än genom lagstiftning och vid ett studium av dess uppståndelse står det klart att den långt ifrån varit en självklarhet. Stewart framhäver vikten av att förstå hur rätten formats över åren för att förstå gällande rätt och han jämför tillskapandet av exkluderingsregeln med ett bygge av en berg och dalbana där byggnationen pågår samtidigt som vagnen i berg och dalbanan rör sig. Varje ny del av spåret har lagts dit snabbt och hastigt för att, precis i tid, hindra att vagnen kraschar, utan att hinna reflektera över hur nästa bit

⁶⁹ Fletcher, a.a., s. 261

⁷⁰ Egen översättning. ”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” står det i fjärde tilläggets originaltext.

⁷¹ Garland s. 264

ska läggas.⁷² Av fallet *Adams v. New York*⁷³ kan utläsas en initial ovilja från domstolens sida att exkludera bevis. Adams försvarare argumenterade att faktumet att papper som olagligen beslagtogs använts som bevis emot Adams utgjorde en kränkning av fjärde tilläggets krav på skydd mot olagliga eftersökningar och beslag och att bevisningen skulle lämnas utan avseende. Domaren i fallet avfärdade påståendet om att den olagligt anskaffade bevisningen skulle avvisas då han menade att bevisningen var så pass starkt talande för den tilltalades skuld att åtkomstsättet inte spelade någon roll.⁷⁴

Vid den här tiden verkade det alltså som att så länge bevisningen var tillräckligt övertygande så spelade åtkomstsättet ingen roll. Denna uppfattning kom dock att ändras på, åtminstone vad gällde federala fall, i och med avgörandet 1914 i det federala fallet *Weeks v. United States*⁷⁵ som togs upp i den federala högsta domstolen. Även detta fall rörde ett kränkande av fjärde tillägget där den brottsmisstänkte Fremont Weeks fick sitt hus genomsökt utan att polisen hade en husrannsakan. I huset gjordes även beslag av brev och andra pappershandlingar. Weeks menade att egendomen olagligen beslagtogs och krävde att den skulle lämnas tillbaka.⁷⁶

I den federala högsta domstolen ställdes frågan om eftersökningarna och beslagen kränkt Weeks rättigheter enligt fjärde tillägget att inte behöva få sin egendom olagligen eftersökt eller beslagtogs. I ett enhälligt avgörande fann domstolen att avsaknaden av husrannsakan innebar att rättigheterna enligt fjärde tillägget blivit kränkta. Konsekvensen blev att egendomen var tvungen att återlämnas och den praktiska innebörden blev att den inte kunde användas som bevisning gentemot den tilltalade.⁷⁷

Av *Weeks* går det att dra slutsatsen att den rådande uppfattningen 1914 var att anledningen till att den olagligt anskaffade bevisningen inte användes mot den tilltalade var, snarare att den inte *fick* användas, att den inte *kunde* användas på grund av att den var tvungen att återlämnas i och med äganderättskyddet som kommer till uttryck i fjärde tillägget. Exkluderingsregeln var således i sin begynnelse något trubbig och oklar. Dessutom var den inte tillämplig i de delstatliga domstolarna.

1949 fastslog den federala högsta domstolen i *Wolf v. Colorado*⁷⁸ att fjärde tilläggets garantier för skydd mot husrannsakan och beslag även skulle gälla för delstaterna i enlighet fjortonde tilläggets klausul om krav på en rättvis rättegång. Nu stod det alltså klart att det var förbjudet även på delstatsnivå

⁷² 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 1366

⁷³ *Adams v. New York* 192 U.S. 585 (1904)

⁷⁴ *Adams v. New York* 192 U.S. 585 (1904) s. 594. Se även Stewart s. 1374.

⁷⁵ *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914)

⁷⁶ *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914) s. 387

⁷⁷ *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914) s.394

⁷⁸ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25.(1949)

att kränka rätten att inte få sitt hem genomsökt. Vad som kan tyckas något märkligt med avgörandet i *Wolf* är att domstolen, samtidigt som den fastslår att det ska vara förbjudet för polisen att kränka någons frihet enligt fjärde tillägget, så säger den att bevis som inhämtats utan husrannsakan ändå ska vara giltigt i en delstatlig rättegång.⁷⁹ Det ska dock sägas att avgörandet inte var enhälligt. Bland annat domare Douglas framför sin skiljaktiga mening där han säger att det fjärde tilläggets skydd blir verkningslöst om domstolen ändå tillåter bevisning som polisen inhämtat i strid med konstitutionen.⁸⁰

Robert M. Desky, som 1950 strax efter fallets avgörande skrev en artikel om i *California Law Review* menade att, om en exkluderingsregel är det enda sättet att säkerställa att garantin i fjärde tillägget säkerställs, så hade *Wolf*-domstolen skapat en illusorisk rättighet eftersom den vägrade erkänna exkluderingsregeln som giltig på delstatsnivå.⁸¹ Det skulle dock dröja några år innan exkluderingsregeln fick genomslag på delstatlig nivå. Denna fråga kom att bli avgörande i *Mapp v. Ohio*.⁸²

4.2.2 Bevisexkludering av bevis som anskaffats vid missbruk av tvångsmedel – *Mapp v. Ohio* (1961)

Det kanske mest kända fallet gällande bevisexkludering i samband med ett polisiärt överträdande av fjärde tillägget är *Mapp v. Ohio*.⁸³ Eftersom fallet kan ses som ett praktexempel när exkluderingsregeln tillämpas i samband med fjärde tillägget, samt att det är ett viktigt fall i så måtto att det kom att harmonisera tillämpningen av exkluderingsregeln mellan delstaterna, finner jag det rimligt att ta upp fallet.

I korthet var bakgrunden följande. Polisen hade fått tips om att fröken Mapp gömde en misstänkt bombman i sitt hus varför tre poliser bad om att få komma in i huset. På inrådan av sin advokat vägrade Mapp släppa in dem såvida de inte kunde uppvisa en giltig husrannsakansorder. Trots att polisen inte hade någon husrannsakansorder tvingade de sig efter några timmars väntan in i huset med våld. Någon bombman fann de inte. Dock fann de en samling med pornografiskt material, vilket var olagligt att inneha på den tiden enligt delstatens straffrätt.⁸⁴

I första instans i rättegången i Ohio fastslogs att det faktumet att en giltig husrannsakan inte kunnat uppvisas inte hindrade domstolen från att döma Mapp. Likt resonemanget i *Adams v. New York* argumenterades att bevisens rättsliga legitimitet inte ändras beroende på anskaffningssättet. Det hänvisades till *Wolf v. Colorado* där det, som nämndes ovan, fastslagits att

⁷⁹ Se även Desky s. 498

⁸⁰ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 under "Mr. Justice DOUGLAS, dissenting".

⁸¹ Desky, Robert M. *Wolf v. Colorado and Unreasonable Search and Seizure in California* 38 Cal. L. Rev. 498 (1950) s. 498.

⁸² Fletcher, a.a., s. 261

⁸³ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)

⁸⁴ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), sammanfattning av domens prolog.

polisen förvisso var bunden av fjärde tilläggets förbud mot eftersökningar och beslag, men att exkluderingsregeln inte var tillämplig på delstatlig nivå. Den fysiska bevisningen erkändes således i första instans som giltig gentemot Mapp.

Som bekant hamnade fallet så småningom efter överklagan i den federala högsta domstolen där nyckelfrågan var huruvida exkluderingsregeln skulle ha spännvidd över alla delstater. Exkluderingsregelns vara eller icke vara ställs här på sin spets och domstolens resonemang kring implementerandet av regeln illustrerar kollisionen mellan rättsäkerhets- och brottsbekämparmodellen.

Å ena sidan lyfts motargumentet fram lydande att en exkluderingsregel kan leda till fall där brottslingen går fri på grund av att polisen har klantat sig. Det konstateras att i vissa fall kan det mycket väl bli på det viset, men att det finns andra överväganden som måste ställas i kontrast till risken att en skyldig går fri. En argumentation om rättssäkerhet följer där man säger att brottslingen går fri om han måste, men det är lagen som sätter honom fri. Det argumenteras att inget kan förstöra en stat snabbare än dess oförmåga att följa sina egna lagar. Om staten själv bryter mot lagen föder den ett förakt mot lagen och inbjuder till anarki.⁸⁵ Därför är alltså huvudsyftet med att exkludera bevis som inhämtats olagligt att avskräcka brottsbekämparen från att kränka de skydd som medborgaren säkerställs via konstitutionen genom att ta bort incitamenten från att handla regelvidrigt.⁸⁶

Det är här intressant att reflektera över hur Mapp-avgörandet och slutsatserna som domstolen drog av detsamma relaterar till Packers modeller om syftet med en straffprocess. Låt oss minnas hur brottsbekämparmodellen förespråkar en effektiv process med minimalt antal tillfällen att göra invändningar och hur rättssäkerhetsmodellen snarare kan liknas en hinderbana där hindren ska utgöras av någon sorts spärr av rättssäkerhetskaraktär.⁸⁷ Exkluderingsregeln utgör ett typexempel på en sådan spärr. I praktiken innebär den att någon kan vara skyldig utom rimliga tvivel sett till bevisningens styrka, men på grund av att polisen misslyckats med att följa lagen och således kränkt den misstänktes rätt att inte få sin rättsliga integritet kränkt måste bevisningen förbises. Packer, som skrev sin bok om modellerna inte särskilt lång tid efter Mapp-avgörandet, verkar, angående den dåtida trenden, mena att det är osäkert hur pass mycket avgörandet i sig påverkat polisens agerande, men att det onekligen lett till en påverkan på själva processen såtillvida att annars fällande bevisning nu fått ignoreras.⁸⁸

⁸⁵ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) Del V

⁸⁶ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) Del IV

⁸⁷ Se avsnitt 2.2 och 2.3

⁸⁸ Packer s. 201

4.2.3 Andra fall av bevisexkludering

Även om bevisexkludering vid fall av olaga eftersökningar och beslag i strid med fjärde tillägget är den vanligast förekommande tillämpas den även för säkerställande av andra konstitutionella rättigheter. Främst är det femte tillägget som kan komma att aktualiseras i sammanhanget. Mer specifikt är det skyddet mot självanklagande uttalanden⁸⁹ som, vid ett kränkande av detsamma, kan leda till att bevis exkluderas. Det tål att sägas att regleringen härvid minst sagt är snårig. Detta beror såklart på att amerikansk rätt till största delen bygger på praxis, och många gånger kan det vara svårt att uttolka exakt vad som är gällande rätt. Med detta sagt reserverar jag mig för att bilden av hur exkluderingsregeln tillämpas i samband med ett kränkande av rätten att inte behöva göra självanklagande uttalanden blir något förenklad, dock förhoppningsvis utan att göra avkall på rättsområdets andemening.

Hur som helst kan det konstateras att ett erkännande måste ske frivilligt och självant⁹⁰ för att det ska kunna erkännas som bevis i en rättegång. Om ett erkännande tvingas fram, anses rätten till att inte behöva göra självanklagande uttalanden och således även rätten till en rättvis rättegång kränkt, varför sådana erkännanden ska exkluderas som bevis.

Garland tar upp några anledningar till varför framtvungade erkännanden förkastas. Den första, och kanske mest självklara anledningen, ett sådant erkännande vara opålitligt då personer under press kan göra uttalanden de annars inte skulle gjort. Vidare ska ett sådant framtvungat erkännande – även om det kan anses pålitligt – förkastas, eftersom polisen bör följa den lag den försöker upprätthålla. Även den amerikanska processens ackusatoriska – snarare än inkvisitoriska – natur nämns som anledning till varför framtvungande metoder anses olämpliga. Inkquisitionens metoder för att finna sanningen strider således mot den amerikanska uppfattningen om rättvisa. Denna uppfattning bekräftas tydligt i federala högsta domstolens utläggning om vikten av ett erkännandes frivillighet i fallet *Rogers v. Richmond*:

Our decisions under that Amendment have made clear that convictions following the admission into evidence of confessions which are involuntary, i.e., the product of coercion, either physical or psychological, cannot stand. This is so not because such confessions are unlikely to be true, but because the methods used to extract them offend an underlying principle in the enforcement of our criminal law: that ours is an accusatorial, and not an inquisitorial, system -- a system in which the State must establish guilt by evidence independently and freely secured, and may not, by coercion, prove its charge against an accused out of his own mouth⁹¹

⁸⁹ I femte tillägget står det: “[No person]...shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...”. Ofta benämns denna klausul som en “right against self-incrimination”.

⁹⁰ ”Freely and voluntarily”. Jfr. Garland 9 s. 229

⁹¹ *Rogers v. Richmond* 365 U.S. 534 (1961) s. 540

Vidare lyfter Garland fram att principen om personlig frihet och självständighet dikterar att ett erkännande som inte är frivilligt inte heller ska erkännas som giltigt. Slutligen ska ett förbud mot att psykiskt eller fysiskt pressa fram ett uttalande ha en handlingsdirigerande effekt på brottsbekämparen.⁹² Det sistnämnda motivet, som också togs upp i samband med *Mapp v. Ohio* är, som vi kommer se senare, i synnerhet centralt för fruktdoktrinen.

Vid avgörandet av om ett erkännande anses självmant och frivilligt har federala högsta domstolen sagt att det måste göras en sammanvägd bedömning av alla omständigheter.⁹³ Frågan som måste ställas är alltså om den tilltalades fria vilja, med hänsynstagande till samtliga omständigheter som rör uttalandet, kan anses påverkad i någon riktning. Det kan handla om att den tilltalade känt sig psykiskt eller, i värsta fall, fysiskt pressad. Om en sådan olämplig förhörsmetod använts ska alltså exkluderingsregeln aktualiseras. Bedömningen är objektiv såtillvida att måttstocken utgörs av vad som skulle orsaka en resonabel person som befann sig i den tilltalades sits att känna sig tvingad eller pressad att göra ett visst uttalande.⁹⁴

Även om det är ovanligt förekommande händer det ibland att polisen använder sig av fysiskt våld vid förhör. Ett av de tidigaste exemplen som togs upp i federala högsta domstolen där det handlade om erkännande som framtvingats via fysiskt våld är *Brown v. Mississippi*⁹⁵ där polisen genom en brutal misshandel fått tre afroamerikanska män att ta på sig skulden för ett mord. I den lokala domstolen hade åtalet baserats på dessa erkännanden innan det stod klart hur de framtvingats via fysiskt våld. I federala högsta domstolen konstaterades att misshandeln i sig gjorde att de misstänkta förnekats rätten till en rättvis rättegång; åtalet lades därför ned.

Det intressanta i *Brown v. Mississippi* är att domstolen aldrig gick in på femte tilläggets klausul om att inte behöva vittna emot sig själv. Skälet till detta är att femte tillägget vid tiden för avgörandet inte var applicerbart på delstatliga mål. Detta förstärks av domarens uttalande:” [...] *immunity from self-incrimination is not essential to due process of law...*”⁹⁶.

Denna uppfattning kom dock att ändras i svallvågorna av *Mapp* i och med avgörandet *Malloy v. Hogan* där det en gång för alla fastslogs att rätten att inte behöva vittna emot sig själv skulle vara tillämplig i delstatliga mål tillika en självklar komponent av rätten till en rättvis rättegång.⁹⁷

⁹² Garland s. 229

⁹³ Se *Culombe v. Connecticut*, 367 U.S. 568 (1961) s. 606

⁹⁴ Garland s. 229

⁹⁵ *Brown v. State of Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936)

⁹⁶ *Brown v. State of Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936) s. 1

⁹⁷ *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964)

4.2.4 Något om Miranda-rättigheter och bevisexkludering

Femte tilläggets klausul om en rätt emot att behöva vittna emot sig själv innebär i praktiken två saker. Utöver innebörden att inte behöva göra självanklagande uttalanden i en rättegång innebär den också en rätt att, vid ett gripande, inte behöva prata med polisen om ett brott man är misstänkt för. Innan polisen ber om ett uttalande är den således tvungen att informera den brottsmisstänkte om rättigheterna att vara tyst och att ha en advokat närvarande vid utfrågningen. Denna informeringsskyldighet har sitt ursprung i fallet *Miranda v. Arizona*.⁹⁸

Utan att närmre gå in på fallets detaljer kan sägas att frågan om hur exkluderingsregeln relaterar till Miranda-rättigheterna – eller, om man så vill, fall där polisen misslyckats med att läsa upp Miranda-rättigheterna – är en fråga som inte har ett helt självklart svar. För att konkretisera: som vi sett ska bevis som framtagits i samband med att en konstitutionell rättighet blivit kränkt exkluderas. Fint så, men faktumet att ett misslyckande att läsa upp en Miranda-varning inte räknas som en kränkning av en konstitutionell rättighet⁹⁹ gör saken något förvirrande. Det skulle av vad nu sagts vara lätt att dra slutsatsen att om polisen råkar glömma att informera om Miranda så skulle uttalandet inte för den sakens skull exkluderas eftersom ingen konstitutionell rättighet kränkts. Riktigt så enkelt är det dock inte. I praxis har det gjorts en sorts kompromiss där ett misslyckande att ge en Miranda-varning, med vissa undantag, trots allt leder till exkludering av bevis i ett första led men inte i ett andra. Begränsning grundar sig i synsättet att en kränkning av Miranda inte är en konstitutionell kränkning och därför ska effekten av ett misslyckande att läsa upp en sådan varning inte heller bli lika långtgående. Sammanfattningsvis ska alltså uttalandena som görs före ett giltigt uppläsande av Miranda exkluderas, men om uttalandena skulle leda till bevisning i ett andra led ska frukterna av (det förgiftade) uttalandet ändå anses godkända.¹⁰⁰

Vad nu sagts omfattar dock bara fall där det skett ett misslyckande från polisens sida med att ge en Miranda-varning. Klart står, hur som helst, att vid rena fall av framtvingande åtgärder där femte tillägget blivit kränkt ska även bevisning som kommer i ett andra led exkluderas. Låt oss nu titta närmre på hur fruktdoktrinen fungerar i praktiken och hur den formats i praxis.

⁹⁸ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

⁹⁹ Detta fastslås i *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. (1974). Domare Rehnquist uttalar att Miranda är en icke-konstitutionell regel som ska finnas för att förebygga och skydda mot kränkningar av rätten att inte tvingas uttala sig om ett brott man är misstänkt för. Se även Garland s. 244

¹⁰⁰ Garland s. 244

4.3 Frukten från det förgiftade trädet

Förhoppningsvis har läsaren vid det här laget en aning om den metaforiska betydelsen av fruktdoktrinen. Ett förtydligande är dock på sin plats i detta avsnitt. Frukten från det förgiftade trädet är alltså en metafor för bevisning och dess legitimitet, eller kanske snarare dess brist på legitimitet. Garland ger ett pedagogiskt exempel: En mordmisstänkt grips och vid förhöret hotas denne med våld vilket får den misstänkte att erkänna sig skyldig till mordet. I samband med erkännandet uppger han platser för fysisk bevisning såsom liket och pistolen. All denna bevisning (frukt) skulle enligt doktrinen om frukten från det förgiftade trädet anses ogiltig på grund av att den anses vara förgiftad av ursprungskällan som utgörs av det framtvingade erkännandet (trädet). Erkännandet skulle alltså vara den direkta frukten av polisens olagliga agerande och pistolen och liket anses vara frukter härledda från den initiala olagligheten.¹⁰¹

Exemplet ovan kan sägas utgöra ett typexempel på när såväl erkännandet som frukterna av det ska exkluderas enligt gällande amerikansk rätt. Doktrinen kom på tal först sex år efter exkluderingsregelns begynnelse i och med *Silverthorne Lumber Co. V. United States*.¹⁰² Till en början hade doktrinen inget särskilt namn men innebörden var ändå tydlig. Domstolen i *Silverthorne* konstaterade att det fanns en motsägelse i att det fanns ett förbud mot att lägga fram olagligen inhämtad bevisning samtidigt som det inte fanns något förbud mot att använda information som kunde komma ur den bevisningen. Domstolen förklarade att:

The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all.¹⁰³

Bevisning som inhämtats olagligt skulle nu alltså inte få användas över huvud taget och således utökades exkluderingsregelns omfattning. ”Ingen regel utan undantag” är dock en devis som gäller även i detta sammanhang. Faktum är att alla juridiska institut inramas av sina gränser och frågan om var gränsen för vad som bör och inte bör tillåtas som bevisning i ett andra led kan sägas ha format fruktdoktrinen.

Genom åren har tre konkreta undantag skapats, varav det första skapades redan i *Silverthorne*. För att parafrasera sades följande: faktumet att olagligt inhämtad bevisning öppnat upp för ytterligare information som kan användas mot den tilltalade gör inte per automatik att uppgifterna ska exkluderas; om vetskapen om uppgifterna kommer fram via en *självständig källa* ska de betraktas som giltiga bevis.¹⁰⁴ Avgörande för legitimiteten är alltså inte uppgifterna i sig, utan snarare vem som bringat vetskapen om dem. För att exemplifiera: ponera att polisen provocerat fram ett erkännande

¹⁰¹ Garland s. 265

¹⁰² *Silverthorne Lumber Co. v. United States* 251 U.S. 385 (1920)

¹⁰³ *Silverthorne Lumber Co. v. United States* 251 U.S. 385 (1920) s. 392

¹⁰⁴ *Silverthorne Lumber Co. v. United States* 251 U.S. 385 (1920) s. 392

som lett till upptäckten av fysisk bevisning i form av ett lik. Pondera vidare att samma lik hittats av en helt oberoende källa precis innan polisen fick kännedom om fyndplatsen. I rättegången blir då åklagaren tvungen att visa att samma information som polisen inhämtat via sitt konstitutionella övertramp även kan redovisas via den helt oberoende källan för att kunna använda liket som bevis.¹⁰⁵

Det andra undantaget från fruktdoktrinen utgörs av fall där sambandet mellan det olagliga agerandet från polisens sida och beviset som riktas mot den misstänkte är så pass långsökt att frukten inte längre kan anses förgiftad. Undantaget som i rättspraxis benämns som *attenuation* aktualiserades i *Wong Sun v. United States* där den tilltalade, efter att ha tigit under ett förhör som hållits efter en olaglig arrestering, återvänt två dagar senare för att frivilligt erkänna sig skyldig till brottet. Eftersom det gått så lång tid som två dagar mellan det olagliga agerandet och de självanklagande uttalandena ansågs giftet ”upplöst”.¹⁰⁶

Det tredje undantaget från fruktdoktrinen utgörs av fall där upptäckten av beviset i fråga hade gjorts förr eller senare ändå. Det kändaste fallet med doktrinen, benämnd som *inevitable discovery doctrine* är *Nix v. Williams*.¹⁰⁷ Mordmisstänkte Robert Williams nekades sin rätt till juridisk rådgivning enligt konstitutionens sjätte tillägg, vilket ledde till att han gjorde självanklagande uttalanden när han erkände sig skyldig till mordet på en tioårig flicka och sedermera anvisade om var kroppen låg. Samtidigt letade ett sökteam med volontärer efter kroppen och befann sig bara några kilometer från fyndplatsen. Domstolen fastslog då att om åklagarsidan kan visa att beviset i fråga förr eller senare, på ett lagligt sätt, oundvikligen hade kommit fram ändå, så anses förgiftningen borta och då ska det inte exkluderas i rättegången.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Eget exempel, men jfr. *Garland* s. 265

¹⁰⁶ *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471 (1963). Se även *Garland* s. 265

¹⁰⁷ *Nix v. Williams* 467 U.S. 431 (1984)

¹⁰⁸ *Nix v. Williams* 467 U.S. 431 (1984). Se även *Garland* s. 266

5 Praxis från HD och Europadomstolen

Syftet med följande kapitel är att studera fall från HD och Europadomstolen där frågan om tillåtligheten av bevis aktualiserats. Jag har valt att fokusera på två fall som är snarlika i det att de båda handlar om bevisprovokation som lett till fysisk bevisning i ett andra led och således väckt frågor om fruktdoktrinen eventuella tillämplighet. Det ena fallet är ett HD-fall från 2011 och det andra är ett fall som togs upp i Europadomstolen 2010. Syftet är främst att studera resonemanget kring bevistillåtlighetsfrågan för att senare kunna göra en trendtolkning med hjälp av Packers modeller. Det kan sägas att i NJA 2011 s.638 omnämns inte fruktdoktrinen. Ändå är det ett fall som är intressant i avseendet då det utgör ett typexempel på när doktrinen skulle kunna aktualiseras. Europadomstolen har sagt att frågan om villkoren för att få uppta bevisning som åtkommits olagligen främst – men inte helt och hållet – bör vara en nationell angelägenhet. Anledningen till att frågan inte helt och hållet är en nationell angelägenhet är att Europakonventionens krav om förverkligande av det som åläggs staterna exempelvis ställer krav på staterna att se till att det de åläggs i och med konventionen också förverkligas. Följaktligen är praxis från Europadomstolen gällande bevishantering bindande för staterna i fall där den skulle komma fram till att bevisexkludering är den enda konventionsenliga lösningen. Av den anledningen blir det relevant att studera Gäfgen v. Germany som ger den kanske mest uppdaterade versionen om vilken spännvidd exkluderingsregeln får över medlemsstaterna.

5.1 NJA 2011 s.638

5.1.1 Bakgrunden till fallet¹⁰⁹

Bakgrunden till fallet var följande: C.V. var misstänkt för att berövat M.J. livet. Initialt kunde någon bevisning som knöt C.V. till mordet inte säkras. Kroppen var spårlost bortom men misstankarna var ändå riktade mot C.V. på grund av diverse indicier. Efter att ha suttit häktad i omgångar och sedan blivit frisläppt på grund av bristande bevisning vände sig den lokala polisen till Rikskriminalpolisen för att få till en bevisprovokation i syfte att föra utredningen framåt. En infiltratör anlätades till att locka fram ett erkännande och eventuellt annan bevisning. Under namnet Mike tog infiltratören kontakt med C.V.. Mike förmedlade en bild av att han tillhörde en kriminell organisation och talade om för C.V. att ryska maffian hade ett intresse av att få fram livförsäkringspengar från den döde. C.V. utlovades ett större belopp pengar om han talade om var kroppen låg. Mike kom med ett antal uttalanden som C.V. uppfattade som hotfulla samt sade även att om C.V.

¹⁰⁹ NJA 2011 s. 638, under rubriken ”Bakgrund”

inte berättade var kroppen fanns så skulle ryska maffian komma och ”röja” hos C.V. Vid första mötet med Mike gav C.V. inga uppgifter, varför polisen beslutade att öka trycket genom att sätta in infiltratörer som skulle utge sig för att vara från ryska maffian och låta dessa uppsöka C.V.. Sagt och gjort dök en ”ryss” upp utanför C.V.s hem tillsammans med två andra civilklädda poliser och uppmanade C.V. att kontakta Mike.

Vid ett andra möte med Mike visade C.V., som vid detta tillfälle var drogpåverkad, platsen, en gödselstack, där kroppen låg nedgrävd. I samband härmed erkände C.V. också för Mike att han var ensamt ansvarig för mordet. Vid ett senare förhör hos polisen tog C.V. tillbaks uppgiften att han skulle vara skyldig till mordet och sa att han erkänt för att skydda två andra personer som begått brottet.

5.1.2 HD:s resonemang

Ansvarsfrågan rådde det inget tvivel om utan ganska snabbt konstaterar HD att det är ställt utom rimligt tvivel att C.V. berövat M.J. livet genom trubbigt våld samt kvävning. Nyckelfrågan i fallet blir snarare om bevisprovokationen ska påverka bedömningen av åtalet. HD går igenom distinktionen mellan brottsprovokation, som är otillåtet enligt svensk rätt, och bevisprovokation som får användas under vissa förutsättningar och konstaterar att det här rör sig om en bevisprovokation. Vidare sägs att var gränsen går för vad som är en tillåten bevisprovokation är inte särskilt reglerat i lag, varför det snarast hamnar om en bedömning från fall till fall. HD konstaterar mer eller mindre att svensk rätt, utöver vissa allmänna principer om legalitet, behov och proportionalitet som kommer till uttryck i 8 § polislagen, inte ger särskilt mycket vägledning i frågan om vare sig gränsdragningen för tillåten respektive otillåten bevisprovokation eller frågan om vilka rättsverkningar en otillbörlig dito leder till.¹¹⁰

HD menar att reglerna för polisens arbete får en mer indirekt betydelse vid prövningen av ett åtal som föregåtts av bevisprovokation – det centrala är snarare för domstolen att avgöra om anskaffningssättet ska påverka bedömningen av målet. Den första frågan i sammanhanget blir då om bevisvärdet ska påverkas på grund av anskaffningssättet. Här kollar HD på praxis från Europadomstolen. Sammanfattningsvis dras slutsatsen att det endast är vid fall kränkningar av artikel 3 i EKMR, dvs. vid fall av tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling som det kan komma att strida mot EKMR att tillåta olagligt anskaffad bevisning. Endast i sådana fall kan det, jag citerar: ”finnas anledning att överväga om beviset över huvud taget får läggas till grund för en fällande brottmålsdom.”¹¹¹

Uttryckssättet är, enligt min mening, intressant på flera sätt. Beroende på hur man tolkar det säger det olika saker om var den fria bevisprövningen

¹¹⁰ NJA 2011 s. 638 p. 1-12

¹¹¹ NJA 2011 s. 638 p. 24

står. Å ena sidan kan det tolkas som en markör från HD:s sida om att den fria bevisprövningen är så pass förhärskande att det till och med vid fall av brott mot artikel 3 endast kan finnas anledning att överväga om beviset får användas. Faktumet att HD över huvud taget nämner fall där den fria bevisprövningen skulle kunna ruckas skulle också kunna tolkas som att ”dörrarna hålls öppna”, om man så vill, för att tillämpa en exkluderingsregel vid de mest extrema fallen.

Hur som helst kommer HD fram till att den psykiska press C.V. utsatts för varit ägnad att förmå den misstänkte att av rädsla lämna uppgifter som kan vara till egen nackdel och således har bevisprovokationen varit otillbörlig.¹¹² Eftersom bevisexkludering enbart *eventuellt* reserverats fall vid brott mot artikel 3 i EKMR verkar HD ytterst komma till slutsatsen att det centrala blir att bedöma det rättvisa i rättegången som helhet. Frågan är alltså om det skett en kränkning av artikel 6 i EKMR om rätten till en rättvis rättegång genom bevisprovokationen. Eftersom rätten till att inte behöva vara verksam till egen nackdel är en central del av rätten till en rättvis rättegång har det skett en kränkning av artikel 6 i och med den otillbörliga bevisprovokationen. Rättsverkan blir, istället för bevisexkludering, ett lågt bevisvärde för bevisningen som är ett direkt resultat av polisens olagliga anskaffningssätt (i det här fallet erkännandet), samt en strafflindring för den tilltalade.¹¹³

5.1.3 Hur kan fruktdoktrinen aktualiseras?

Om samma fall hade utspelats i, säg, New York, istället för i Godegård, hade det varit ett skolboksexempel på när fruktdoktrinen hade varit tillämplig. Istället för att ge erkännandet ett lågt bevisvärde hade det ansetts förgiftat då provokationen hade kränkt amerikanska konstitutionens femte tillägg om rätten att inte behöva göra självanklagande uttalanden och följaktligen hade erkännandet exkluderats. Dessutom hade kroppen inte heller kunnat användas som bevis emot den tilltalade då den skulle räknas som en frukt från det förgiftade trädet.¹¹⁴

Mot bakgrund av vad nu sagts är det av relevans att se hur HD behandlar bevisfrågan och – i synnerhet – frågan om hur eller om det framtvingade erkännandet ska ha någon påverkan på hur den fysiska bevisningen behandlas.

Det finns i fallet ett erkännande och det finns fysisk bevisning i form av kroppen. Erkännandet som gjordes under psykisk press ger HD ett mycket lågt bevisvärde. I domen nämns inte specifikt termen ”förrådiskt” bevis som omnämndes tidigare i framställningen, men att det rör sig om ett sådant enligt Ekelöfs synsätt bör det inte vara någon tvekan om.¹¹⁵ Sådana bevis

¹¹² NJA 2011 s. 638 p. 27

¹¹³ NJA 2011 s. 638 p. 27

¹¹⁴ Se kap. 4

¹¹⁵ Se 3.1.1

ska typiskt tillmätas ett lågt bevisvärde på grund av att de kan vara missvisande till sin karaktär. Eftersom påtryckningen anses otillbörlig ges alltså erkännandet ett lågt bevisvärde. Därför grundar sig åtalet istället på den rättsmedicinska utredningen av kroppen.¹¹⁶

Faktumet att fyndet av kroppen inte vore möjligt om det inte vore för erkännandet och den tilltalades utpekande av kroppen väcker vissa frågor om relationen mellan olika bevis. Mer specifikt väcker det frågor om förhållandet mellan en uppgift som har lågt bevisvärde och en uppgift som har högt bevisvärde, men som är tillgänglig enbart på grund av den första uppgiften med lågt bevisvärde. Frågan HD ställer sig är om den första uppgiftens låga bevisvärde ska ha någon påverkan på den senare uppgiftens dito. Här är HD tydlig med sin ståndpunkt:

Att denna utredning har kommit fram som en följd av C.V:s uppgifter vid provokationen bör i enlighet med vad som har sagts i det föregående (p. 22) inte påverka dess bevisvärde.¹¹⁷

Den otillbörliga provokationen som lett till ett erkännande som anses ha lågt bevisvärde ska alltså inte ha någon påverkan på bevisvärdet av den fysiska bevisningen som framkommer som ett resultat av erkännandet. Så långt är allt i överensstämmelse med vad den fria bevisprövningen föreskriver, nämligen att varje bevis ska bedömas enskilt för att sedan vägas samman i en slutlig bedömning. Det vore också orent att tala om en fruktdoktrin över huvud taget i ett fall där det första beviset inte exkluderats utan istället getts ett lågt bevisvärde. Därför är det inte konstigt att doktrinen om frukten från det förgiftade trädet inte nämns i fallet; inte ens enligt amerikansk rätt kan fruktdoktrinen aktualiseras om inte det första beviset exkluderas.

Även om doktrinen inte nämns uttryckligen är det värt att notera att HD reflekterar över situationen som hade kunnat uppstå om artikel 3 istället för artikel 6 i EKMR hade kränkts:

Noteras kan att artikel 3 ansetts kunna få betydelse för möjligheten att använda inte bara bevis som framkommit omedelbart genom handlingar i strid med artikel 3 utan också annan utredning som kunnat skaffas fram som en direkt följd av sådana handlingar.¹¹⁸

Lundqvist menar att HD med detta uttalande stadfäster fruktdoktrinen tillämplighet vid kränkningar av situationer som faller under artikel 3 i Europakonventionen.¹¹⁹ Eftersom det inte finns något HD-fall där bevisning i ett andra led anskaffats med ett tillvägagångssätt som strider mot förbudet mot tortyr och inhuman behandling i artikel 3 går det bara att spekulera om hur HD skulle döma i ett sådant fall. Av citatet ovan att döma får det tills vidare antas att HD inte är helt obenägen att frångå bevisprövningens

¹¹⁶ NJA 2011 s. 638 p. 28

¹¹⁷ NJA 2011 s. 638 p. 28

¹¹⁸ NJA 2011 s. 638 p. 21

¹¹⁹ Lundqvist s. 64

princip till förmån för rättssäkerhetsmodellens krav på exkludering av förgiftade bevis.

Att fruktdoktrinen inte kan tillämpas om det första beviset inte exkluderas helt är, enligt min mening, lika självklart som att den fria bevisprövningen inte kan kallas fri om det ställs krav på bevisexkludering. Således kan konstateras att någon kompromiss inte framstår som möjlig. Åtminstone framstår det som inkonsekvent att betrakta bevisning härledd ur ett framprovocerat uttalande som förgiftat om det framprovocerade uttalandet, snarare än att förses med ett bevisförbud, bara ges lågt bevisvärde. Den svenska lösningen skulle sannolikt i en amerikans ögon framstå som obalanserad när den inte låter det låga bevisvärdet från ett framprovocerat uttalande spilla över på övrig bevisning över huvud taget. Att det måste vara på det viset ligger dock i den fria bevisprövningens natur.

5.2 Gäfgen v. Germany

5.2.1 Bakgrund till fallet¹²⁰

I september 2002 kidnappades och kvävdes en 11-årig pojke till döds i Frankfurt. Mannen som sedermera kom att misstänkas för brottet, Magnus Gäfgen, lämnade en lapp till pojkens föräldrar där han krävde en miljon Euro för att frige pojken. Tysk polis arrangerade en situation där Gäfgen kunde hämta lösensumman för att sedan samma dag kunna gripa honom. Väl på polisstationen informerades den misstänkte, i enlighet med tysk lag, om sin rätt till försvar och om sin rätt att tåla. Polisen, som inte visste om att pojken vid det här laget redan var död och således var i en prekär situation, hotade Gäfgen om att utsätta honom för rejäl smärta om han inte berättade var pojken fanns. Enligt Gäfgen själv ska förhørsledaren hotat med att låsa in honom i en cell med två enorma män som skulle utnyttja honom sexuellt. Vidare framkom det uppgifter om att förhørsledaren slagit Gäfgen i bröstet ett flertal gånger samt skakat hans huvud så att det slagit i väggen.

Av rädsla att hoten skulle bli verklighet avslöjade Gäfgen var pojken fanns efter cirka tio minuter varpå han, tillsammans med polisen åkte till fyndplatsen och visade var kroppen låg. Den rättsmedicinska undersökningen visade att pojken bragts om livet genom kvävning.

I den regionala domstolen yrkar Gäfgen i första hand att rättegången ska läggas ned på grund av att polisens agerande strider mot artikel 136a i den tyska straffprocessrättskoden och mot förbudet mot tortyr i artikel 3 i EKMR.¹²¹

Som alternativ till förstahandsyrkandet att det, på grund av den fortsatta effekten av våldshoten, ska fastställas att alla uttalanden han gjort under polisförhöret inte ska tillåtas som bevis under den fortsatta rättegången.

¹²⁰ Gäfgen v. Germany Application no. 22978/05. The facts.

¹²¹ P. 24 under "criminal proceedings against the applicant"

Vidare yrkar Gäfgen att den fysiska bevisningen, såsom barnets kropp och hjulspåren vid platsen som kunde knytas till Gäfgens bil, som hade kommit till polisens kännedom enbart som ett resultat av erkännandena, skulle förbjudas enligt doktrinen om frukten från det förbjudna trädet.¹²²

Under rättegången konstaterades i första instans att metoderna som använts under förhöret var förbjudna enligt såväl tysk konstitutionell lag, tysk straffprocessrätt samt att de stred mot artikel 3 i EKMR. Följaktligen fick detta som konsekvens att uttalandena, i form av erkännandet och utpekandet av fyndplatsen, Gäfgen gjort under förhöret exkluderades under rättegången då de ansågs vara ett resultat av inhuman behandling. Även om uttalandena exkluderades tillät den regionala domstolen att åklagaren använde den fysiska bevisningen som framkommit enbart som ett resultat av Gäfgens självanklagande uttalanden.

Under rättegångens andra dag erkände Gäfgen sig skyldig till mordet ytterligare en gång. Till skillnad från det första erkännandet som framvingats under förhöret ansågs det andra erkännandet i den nationella domstolen frivilligt, varför även detta lades till bevisningen emot den tilltalade. Gäfgen hävdade senare att det andra erkännandet gjordes först då det stod klart att den fysiska bevisningen som framkommit som resultat av det första erkännandet skulle få användas emot honom, i hopp om att få en lindrigare dom.¹²³

Gäfgen dömdes slutligen till livstids fängelse. Domen överklagades till både den tyska federala domstolen¹²⁴ och den konstitutionella domstolen¹²⁵ med vidhållande om att det strider mot såväl inhemsk straffprocessrätt, konstitutionell rätt samt EKMR att tillåta den fysiska bevisningen. Sedan den regionala domstolens dom fastställts i båda övre instanser och samtliga inhemska medel uttömts överklagades domen till Europadomstolen.

I överklagan till Europadomstolen hävdar Gäfgen att behandlingen han utsatts för vid förhöret utgör sådan tortyr som artikel 3 i EKMR förbjuder. Vidare hävdar han att hans rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 har kränkts då han tvingats vittna emot sig själv på grund av att bevisningen som anskaffats i strid med artikel 3 använts emot honom.¹²⁶

Först behandlades målet i Europadomstolens femte kammare. Där togs ett enhälligt beslut som låg i linje med den tyska högsta domstolens ståndpunkt, nämligen att de polisiära metoderna inte inneburit någon kränkning av vare sig tredje eller sjätte artikeln. Så småningom togs målet upp i storkammaren, där Gäfgen vidhöll sina yrkanden och där beslutet från 2008 delvis kom att ändras. Det skulle visa sig att distinktionen mellan tortyr och inhuman

¹²² P. 25 under ”criminal proceedings against the applicant”.

¹²³ Gäfgen p. 152.

¹²⁴ Federal Court of Justice.

¹²⁵ Federal Constitutional Court.

¹²⁶ Gäfgen, under ”procedure” p. 2.

behandling får en stor betydelse för frågan om bevis som framkommer i ett andra led. Denna fråga kommer beröras nedan.

5.2.2 Europadomstolens resonemang kring artikel 6

Storkammarens ställningstagande var att klagandens rättigheter enligt artikel 3 visst hade blivit kränkta men att rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 inte hade blivit kränkt. Angående artikel 6 resonerar storkammaren kring betydelsen av det andra erkännandet som gjordes frivilligt. Typiskt sätt, menar domstolen, skulle användandet av bevisningen som anskaffats enbart på grund av det första, ofrivilliga, erkännandet, göra att rättegången till sin helhet anses orättvis. Bara det faktumet att ett erkännande framprovocerats överhuvudtaget skulle göra rättegången orättvis, även utan tillåtligheten av den fysiska bevisningen. Dock menar domstolen, att eftersom domen i det här fallet först och främst baseras på det frivilliga erkännandet, och att den fysiska bevisningen bara tjänat till att bekräfta trovärdigheten av erkännandet, så kan inte rätten till en rättvis rättegång som helhet anses blivit kränkt.¹²⁷ Angående Gäfgen's förklaring om att det andra erkännandet bara gavs för att han insett att det första erkännandet gjort att han skulle komma att dömas ändå accepteras inte heller som en grund för att anse att rätten till en rättvis rättegång som helhet blivit kränkt.¹²⁸

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att storkammaren kommer fram till att det finns ett samband mellan kränkningar av andra artiklar i Europakonventionen, exempelvis artikel 3, och betydelsen en sådan kränkning får för upprätthållandet av rätten till en rättvis rättegång, men att – som även Lundqvist poängterar – faktumet att det första erkännandet anses överspelat i och med det nya, frivilliga, erkännandet gör att det kausala sambandet mellan kränkningen av artikel 3 och det efterföljande utpekandet av kroppen är brutet, vilket gör att Europadomstolen i sak inte finner någon kränkning av artikel 6.¹²⁹

Med detta sagt lämnas inte frågan om rätten till en rättvis rättegång utan avseende i domen. Tvärtom är det, som vi kommer in på snart, just frågan om huruvida rättegången som helhet kan anses rättvis som ligger till grund för diskussionen om bevisexkludering snarare än frågan om att frånta polisen incitament att agera lagvidrigt, som ju är det främsta motivet till den amerikanska exkluderingsregeln. I följande avsnitt ska vi se hur domstolen resonerar kring betydelsen av artikel 3, vilka garantier den avser säkra och hur det finns ett samband artikel 6.

¹²⁷ Gäfgen, under ”compliance with article 6” p. 147.

¹²⁸ Gäfgen p. 148.

¹²⁹ Gäfgen p. 169-188 samt Lundqvist s. 61.

5.2.3 Domstolens resonemang kring artikel 3

Angående artikel 3 gjordes den samlade bedömningen att polisens våldsamma och hotfulla agerande lett till ett framtvingande av ett erkännande. Att sådana metoder är förbjudna enligt artikel 3 var det ingen tvekan om. Frågan uppkom om vad händelserna skulle kategoriseras som; handlade det om tortyr eller var det snarare frågan om inhuman behandling? Enligt storkammaren ansågs händelserna utgöra ett hot om tortyr och sexuellt utnyttjande och, med hänsyn till den ringa tiden (10 minuter) de pågick ansågs händelserna inte tillräcklig grova för att kunna anses utgöra tortyr enligt konventionens mening, utan istället rörde det sig om inhuman behandling.¹³⁰ Detta kom alltså att bli utgångspunkten för den fortsatta prövningen och distinktionen visade sig få stor betydelse för vilka rättsverkningar som skulle följa, och – i synnerhet – frågan om räckvidden av exkluderingsregeln. Frågan är ytterst om doktrinen om frukten från det förgiftade trädet ska tillämpas.

Först konstaterar domstolen att frågan om bevisexkludering och dess spännvidd skiljer sig mellan olika medlemsländer.¹³¹ Som bekant finns ju exempelvis ingen uttalad exkluderingsregel inom svensk rätt. Frågan är dock bredare än så. Som nämnades tidigare har Europadomstolen sagt att tillåtligheten av bevis reserverats som en nationell angelägenhet, undantaget fall där mänskliga rättigheter kan komma att kränkas enligt artikel 3. Detta är viktigt att ha i åtanke. Förhållandet kan, enligt mig, jämföras med den delstatliga suveräniteten i USA som ändå harmoniseras i avseendet mänskliga rättigheter.

Domstolen gör vidare en utläggning om de olika intressena som konkurrerar i fallet; dikotomin rättssäkerhet kontra brottsbekämpning förs på tal. Jag översätter och parafaserar: Å ena sidan skulle en exkludering av bevisning som är övertygande och talande för skuld hämma effektiviteten av brottsbekämpningen. Det råder inga tvivel om att det finns ett intresse från såväl offrets familj som från det allmänna att åtala och bestraffa brottslingar, och i förevarande fall är detta intresse av stor vikt. Härutöver är fallet speciellt såtillvida att bevisningen framtagits via olagliga metoder, som i sig inte var ämnade att föra utredningen framåt, utan snarare vidtogs i förebyggande syfte och för att skydda ett annat intresse, nämligen rätten till liv, som skyddas enligt artikel 2 i konventionen. Å andra sidan har en tilltalad rätt till en rättvis rättegång, vilken kan äventyras om domstolen använder bevisning som anskaffats i strid med förbudet mot tortyr och inhuman behandling enligt artikel 3. Intresset att upprätthålla en rättssäker process anses också vara ett allmänt intresse.¹³²

Med ovanstående motstående intressen att ta hänsyn till i kontexten av artikel 6 lyfter domstolen sedan fram att rättigheterna som garanteras enligt artikel 3 är av absolut karaktär. Detta innebär att inga andra intressen kan

¹³⁰ Gäfgen p. 108.

¹³¹ Gäfgen p. 174.

¹³² Gäfgen p. 175.

vägas emot dess skyddsintressen. Exempelvis ska brottets allvarliga karaktär eller det allmänna intresset av en effektiv rättegång inte få påverka bedömningen av om artikel 3 kränkts. Enligt domstolen kan vare sig skyddandet av ett människoliv eller säkerställande av en effektiv brottsutredning få kompromissa den absoluta rättighet som artikel 3 ska garantera. Ett sådant kompromissande skulle äventyra rättssäkerheten.¹³³

Till skillnad från artikel 3 som är av absolut karaktär är artikel 6 som kräver att en sammanvägning av olika faktorer görs för att avgöra om rätten till en rättvis rättegång blivit kränkt. Mer konkret måste domstolen alltså, i kontexten av artikel 6, avgöra om åtgärderna som vidtagits i strid med artikel 3 varit tillräckligt nödvändiga och ändamålsenliga för att inte anses ha kränkt rätten till en rättvis rättegång. Typiskt sätt, menar domstolen, innebär ett tillåtande av bevis som är resultatet av en kränkning av den absoluta rättighet som artikel 3 uppställer också att rätten till en rättvis rättegång blivit kränkt.¹³⁴ Det verkar som att domstolen anser att kravet på ett direkt samband mellan kränkningen av artikel 3 och den anskaffade bevisningen tidigare varit för strängt när den säger att:

The repression of, and the effective protection of individuals from, the use of investigation methods that breach Article 3 may therefore also require, as a rule, the exclusion from use at trial of real evidence which has been obtained as the result of any violation of Article 3, even though that evidence is more remote from the breach of Article 3 than evidence extracted immediately as a consequence of a violation of that Article.¹³⁵

Uttalandet får, i min mening, ses som en reflektion – eller rent av ett ställningstagande – om att domstolen tidigare varit allt för frihändig med att tillåta bevisning som är resultatet av, om än mer långsiktigt, en kränkning av artikel 3 och att det kan finnas ett behov av att börja bli något strängare i avseendet. Om man så vill kan vad sagts tolkas som ett subtilt slag för rättssäkerheten.

Även om domstolen anser att kravet på samband mellan kränkning och bevisning tidigare varit för strängt är den också tydlig med att markera vikten av vilken påverkan kränkningen faktiskt haft på utfallet av målet. Om det skett en kränkning av någons rätt till att inte bli torterad eller utsatt för inhuman behandling är det alltså en förutsättning att händelserna påverkar själva utfallet i målet för att rätten till en rättvis rättegång ska kunna anses blivit kränkt.¹³⁶

Kränkningen kan alltså inte, vad det verkar, ses i ett vacuum. Som tidigare nämndes lade Europadomstolen stor vikt vid faktumet att det skett ett nytt, frivilligt erkännande, och att det var det nya erkännandet som domen i stort sätt baserades på. Således blev kontentan av vad Europadomstolen kom

¹³³ Gäfgen p. 176.

¹³⁴ Gäfgen p. 179.

¹³⁵ Gäfgen p. 178.

¹³⁶ Gäfgen p.178.

fram till att klaganden inte längre kunde hävda att han fått sina rättigheter enligt artikel 6 kränkta, men att han fortfarande kunde anses kränkt enligt artikel 3, då han utsatts för inhuman behandling. Poliserna som låg bakom förhöret hade dömts till dagsböter om 60 respektive 90 dagar i den nationella domstolen. Europadomstolen konstaterar att straffet är oproportionerligt lindrigt och att det inte har den avskräckande effekt som kan krävas för att förebygga framtida liknande händelser.¹³⁷ Frågan om varför det andra erkännandet inte ansågs vara ett resultat av kränkningen var omtvistad tillika av stort avgörande för rättsverkan. Nedan kommer bland annat denna fråga beröras närmre.

5.2.4 Frågan om hur fruktdoktrinen aktualiseras

Det ska inledningsvis här göras tydligt: I Gäfgen tillämpades inte doktrinen om frukten från det förgiftade trädet. Mer konkret: domstolen sade alltså aldrig att det stred mot konstitutionen att tillåta den fysiska bevisningen specifikt i Gäfgen, eftersom omständigheterna var sådana att bevisningen i sig inte var det som ledde till den fällande domen. Istället var det andra erkännandet, som storkammaren tolkade som frivilligt och oavhängigt bevisprovokationen, som fällde Gäfgen; därför var någon fruktdoktrin aldrig nödvändig för att säkerställa det rättssäkra i förfarandet.

Med detta sagt vore det felaktigt att säga att fruktdoktrinen aldrig aktualiseras i Gäfgen. Tvärtom är den av stor betydelse i så motto att avgörandet markerar en tydlig gräns för när den bör och när den inte bör tillämpas. Indirekt säger alltså avgörandet, enligt min tolkning, två saker: 1) om händelserna som ledde till det första erkännandet hade uppnått tröskeln för att anses som tortyr snarare än inhuman behandling hade rättegången som helhet ansetts orättvis förutsatt att 2) det hade kunnat fastställas ett direkt samband mellan kränkningen och utfallet i målet. I förevarande fall uppfylldes inget av dessa kriterier varför fruktdoktrinen inte heller ansågs nödvändig för ett upprätthållande av konventionens garantier.

Vid ett noggrant studerande av avgörandet visar det sig att Europadomstolen till och med går så långt som att säga att den inte utesluter fruktdoktrinen som nödvändig i vissa fall. Det gäller att läsa noggrant dock, eftersom metaforen inte uttryckligen används, men essensen blir ändå tydlig:

It would not, therefore, exclude the possibility that in cases in which the deployment of a method of investigation prohibited by Article 3 led to disadvantages for an applicant in criminal proceedings against him, appropriate and sufficient redress for that breach may have to entail [...] measures of restitution addressing the issue of the continuing impact of that prohibited method of investigation on the trial, in particular the exclusion of evidence obtained by breaching Article 3.¹³⁸

¹³⁷ Gäfgen p. 124.

¹³⁸ Gäfgen p. 128.

Det är som att fruktdoktrinen stadfästs i ett parallellt universum där förutsättningarna i fallet är lite annorlunda. På sätt och vis skulle det alltså kunna hävdas att Gäfgen ger ett ”sken-prejudikat”, eller åtminstone en förmaning om hur fall av framprovocerad, härledd, bevisning via tortyr bör behandlas om densamma har en påverkan på fallets utfall. Det bör också tilläggas att domstolen talar i termer av ”förgiftade” bevis angående bevisen som härleds från provokationen men att det andra erkännandet benämns som ”oförgiftat”.¹³⁹

Det är också just den frågan som behandlas förvånansvärt förbiseende med tanke på dess relevans för utgången, nämligen frågan om hur det andra erkännandet hänger ihop med de provokativa åtgärderna. Som nämndes tidigare hävdar Gäfgen att han erkände en andra gång vid en insikt om tillåtligheten av den fysiska bevisningen i hopp om att få en lindrigare dom, medan Europadomstolen utan någon vidare djup analys betraktar det andra erkännandet som frivilligt och oavhängigt provokationen.

I min mening framstår det som uppenbart att även det andra erkännandet bör anses som förgiftat. Uppfattningen förstärks av Maffei och Sonenshein, som även de menar att om det andra erkännandet sätts i sin fulla kontext blir det uppenbart att den enda anledningen till att Gäfgen erkände en andra gång är att – när han visste att den fysiska bevisningen skulle ställas emot honom – han helt enkelt inte hade något att förlora på att erkänna en andra gång. De uttrycker det som att ”... the cat is out of the bag, and the second confession is the ”fruit” of the first.”

Maffei och Sonenshein menar således att all bevisning, det andra erkännandet inkluderat, var ett resultat av den initiala olagliga anskaffningen och betraktar därför Gäfgen som att det hade varit det perfekta tillfället att introducera fruktdoktrinen som gällande i Europa. Faktumet att storkammaren valde att betrakta det andra erkännandet som ”rent” kan således tolkas som ett tecken på en motvilja att implementera fruktdoktrinen.¹⁴⁰

Ytterst argumenterar Maffei och Sonenshein för ett implementerande av en tydlig exkluderingsregel då de menar att bristen på en sådan ersätts av ett test där samtliga faktorer rörande olagligheten ska vägas samman, vilket nästan alltid leder till att fysisk bevisning som är resultatet av ett polisiärt felsteg tillåts i rättegången.¹⁴¹

Vid en genomgång av Gäfgen är det lätt att få intrycket av att Europadomstolen är påverkad av fallets hemskhet. När den först talar om förgiftade bevis och vikten av att tredje artikelns absoluta karaktär inte får äventyras till förmån för andra intressen, för att sedan konstatera att den

¹³⁹ Se t.ex. p. 179 där det andra erkännandet beskrivs som ”untainted”.

¹⁴⁰ Maffei, Sonenshein s. 44.

¹⁴¹ Maffei, Sonenshein s. 24.

kausala kedjan är bruten på grund av det andra erkännandet, känns det, i min mening, som att domstolen tvingar fram en anledning att inte frige Gäfgen.

Uppfattningen förstärks av faktumet att Europadomstolen inte anser att den fysiska bevisningen var nödvändig för att fastställa den tilltalades skuld, utan bara ansågs nödvändig för att bekräfta det andra erkännandets trovärdighet. Som Maffei och Sonenshein uttrycker det, framstår detta som en mycket udda anledning till att tillåta den fysiska bevisningen i Gäfgens rättegång.¹⁴²

Det ska tilläggas att det inte rådde fullständig enighet kring frågan om hur det andra erkännandet skulle betraktas. Även om förhållandevis lite sägs om motiveringen till varför det skulle ses som ”rent” säger de skiljaktiga meningarna en del om varför det snarare borde ses som en del av den förgiftade bevisningen. De skiljaktiga domarna¹⁴³ ifrågasätter faktumet att majoriteten, snarare än att se händelseförloppet inklusive processen som en organisk helhet, delar upp åtalet i delar och analyserar respektive del separat bara för att komma fram till slutsatsen att ändstationen (att döma Gäfgen för mord) inte påverkats av vägen dit (tillåtande av bevisning som åtkommit i strid med artikel 3). Mer konkret anser de skiljaktiga domarna att det andra erkännandet inte alls brutit den kausala kedjan och således blir det missvisande att ignorera den olagliga framtagna bevisningens påverkan på processens fortsatta utveckling och på utgången av fallet. Ytterst menar de skiljaktiga att den enda lösningen för att garantera att den absoluta rättighet tredje artikeln föreskriver vore att tillämpa exkluderingsregeln fullt ut, även vid fall av inhuman behandling. En sådan strikt tillämpning skulle garantera att rätten till en rättvis rättegång inte äventyras och det skulle även frånta brottsbekämparen incitamenten att behandla misstänkta på ett sätt som strider mot artikel 3.¹⁴⁴

¹⁴² Maffei, Sonenshein s. 44.

¹⁴³ Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziembele, Bianku och Power.

¹⁴⁴ Gäfgen, Joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziembele, Bianku och Power.

6 Slutsatser – vart banar trenden?

Även om huvudsyftet med detta arbete inte varit att göra en strikt jämförelse med den amerikanska rättens syn på bevisexkludering har den komparativa utblicken haft en funktion att fylla, nämligen att illustrera en kontrast i tankesätt avseende vad som bör vara en rättsprocess huvudsakliga funktion. Inledningsvis introducerades två modeller utarbetade av Herbert L. Packer som kan ställas mot en rättsstats processordning för att se var den befinner sig. Tanken med att modellerna nämndes i början var, först och främst, att de skulle planteras i bakhuvudet på läsaren för att fungera som ramverk för den vidare betraktelsen av synen på hanteringen av bevis. I framställningen har de hittills bara figurerat sparsamt, men nu är alltså tanken att modellparet i detta kapitel ska användas mer konkret, som ett verktyg, för att se vart trenden inom den svenska bevisrätten banar. I viss mån kommer återknytas till vad som redan sagts eftersom analysen skett löpande i texten.

Först och främst ska sägas att det inte går att dra raka linjer mellan dikotomin rättssäkerhet/brottsbekämpning och bevisexkludering/fri bevisprövning. Det gäller att minnas att Packer själv säger att endast en galning skulle förespråka endera modellen fullt ut. Snarare att se det som svart eller vitt gäller det att vara medveten om att skalan är glidande. Faktumet att skalan är glidande gör också att det finns en gräns för hur konkret inplacerandet av en rättsordning kan bli.

Det skulle säkert gå att göra någon form av tabell med olika variabler som skulle tillhöra respektive modell. Initialt hade jag en tanke om att göra en sådan, som en utveckling av Packers lite mer generella infallsvinkel, men vid en insikt om att ett rättsligt institut är mer mångbottnat än vad det kan verka på ytan, kom jag fram till att det vore en allt för stor uppgift att ta sig an i ett arbete av denna förhållandevis ringa dignitet. Vidare kan anföras som argument för en mer fri tolkning att juridik, till skillnad från exempelvis matematik, är dynamisk snarare än statisk; att ställa upp formler för något som är dynamiskt kan, i min mening, lätt bli missvisande. För att utveckla och exemplifiera vad nu sagts: på samma sätt som det vore fel att dra raka likhetstecken mellan de båda modellerna och de olika bevishanteringssätten vore det fel att ett påstå att den fria bevisprövningen enbart underlättar brottsbekämpningen utan att för den sakens skull ställa krav på rättssäkerheten. Även i den fria bevisprövningen finns det ”hinder” som saktar ned processen till förmån för den tilltalade. Bara det faktumet att domstolen måste värdera varje enskilt bevis kan ses som ett sådant hinder. Processen görs helt enkelt lite omständligare för att garantera ett mer rättssäkert förfarande. Ur en effektivitetsaspekt kan nämnas faktumet att domstolen måste sitta och värdera varje enskilt bevis och hur detta slöar ned processen jämfört med vad som vore fallet om domstolen istället snabbt kunde konstatera att en bevisuppgift var tvungen att exkluderas. Till

skillnad från ett system med exkluderingsregler skulle den fria bevisvärderingen således kunna anses mindre effektiv, vilket ju skulle vara ett önskvärt drag enligt rättssäkerhetsmodellen. Att därifrån gå till att påstå att fri bevisprövning ställer högre krav på rättssäkerheten än system med exkluderingsregler vore att förenkla saker, tillika en logisk vurpa. Detta är fallet på grund av att relationen mellan, å ena sidan, förutsättningar som ska uppfyllas för att kunna klassas som rättssäkra eller brottsbekämpande och, å andra sidan, sättet på vilket förutsättningarna betraktas är helt avgörande för bedömningen av vilken modell som de mest faller in under. Om effektivitet betraktas som ett mått på hur snabbt en process kan avverkas rent tidsmässigt kan måhända den fria bevisprövningen anses mindre effektiv och således mer rättssäker. Dock innefattar ju effektivitet även andra aspekter, såsom hur effektivt systemet är på att sätta skyldiga brottslingar i fängelse, och ur den synvinkeln blir det givet att ett system med bevisexkludering blir mindre effektivt och således, i enlighet med vad modellerna föreskriver, mer rättssäkert. Kanske är det just nyss nämnda aspekt, nämligen skyddet som är av en misstänkt mot vilken det finns stark bevisning, som är av störst relevans för denna uppsats.

Mot bakgrund av ovanstående har således min utgångspunkt för arbetet också varit att den fria bevisprövningen ligger mer i linje med brottsbekämparmodellen jämfört med det amerikanska systemet. Det är helt enkelt större chans att bli gripen av lagens långa arm om bevisning som anskaffats på ett olagligt sätt tillåts vid en rättegång. Som vi har sett i både Gäfgen och fallet från Godegård innebär tillåtandet av sådan bevisning att det måste ruckas på vissa av rättssäkerhetens grundsatser såsom att inte behöva göra uttalanden som kan vara till egen nackdel. Enligt rättssäkerhetsmodellen ska sådan illegal bevisning exkluderas medan brottsbekämparmodellens remedium för dylika övertramp främst består i ett bestraffande av polisens tjänstefel.

Exkluderingsregler generellt, och fruktdoktrinen i synnerhet, är då alltså mer förenliga med rättssäkerhetsmodellens syn på hur bevisning ska hanteras. Utöver skyddet mot att inte behöva göra självanklagande uttalanden under ett förhör eller en rättegång framstår argumentet om att frånta polisen incitament att begå lagbrott som extra starkt inom amerikansk praxis.

När Packer själv gör sin trenduttolkning om bevishanteringsfrågan är året 1968. Mapp-avgörandet är vid tiden hyffsat färskt och han konstaterar att faktumet att avgörandet bidragit till en rikstäckande exkluderingsregel haft en stor effekt på rättssäkerheten. Bevisning som det tidigare stod delstaterna fritt fram att använda, oavsett hur den anskaffats, var nu tvungen att exkluderas. Han är osäker över huruvida frånta-incitamenten-argumentet har någon effekt på polisen i realiteten, men konstaterar att oavsett vilket har den fått en påtaglig effekt på processen i sig såtillvida att annars fällande bevisning nu i flera fall inte kunnat användas emot den tilltalade.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Packer s. 201.

Mot bakgrund av antagandet att respektive bevishanteringssystem är mer eller mindre förenligt med en av modellerna förs vi in på frågan om det finns en tendens till att svensk rätts fria bevisprövning håller på att inskränkas. De två fallen jag valt att studera sticker ut ur mängden såtillvida att de båda aktualiserar frågan om tillåtligheten av bevisning som kommer i ett andra led och således aktualiseras även en möjlighet att frånga den fria bevisprövningen.

I NJA 2011 s. 638 gavs erkännandet ett lågt bevisvärde på grund av anskaffningssättet, men den fysiska bevisningen, som sedermera blev avgörande för den fällande domen, gavs ett högt bevisvärde. Sättet bevisen hanteras på i fallet är helt i enlighet med den fria bevisprövningen, som HD framhåller ger "... de bästa förutsättningarna för en allsidig belysning av ett brottmål."¹⁴⁶ Här skulle analysen kunna stanna vid ett konstaterande om att fokus inom svensk rätt är att ge en allsidig belysning av målet, och att finna sanningen, snarare än att försöka göra processen till en hinderbana där det ställs upp hinder mot att fälla den misstänkte. Här tänker jag dock inte stanna, ty det vore att blunda för faktumet att HD tillkännager Europakonventionens inflytande på svensk rätt. HD säger ju trots allt att om artikel 3 kränks kan den eventuellt bli tvungen att diskutera frågan om ett bevis överhuvudtaget ska få läggas till grund för en fällande dom. Som nämndes ovan i 5.1.2 kan sättet HD uttrycker sig på angående en situation där det skulle ske ett brott mot artikel 3 dels tolkas som en motvilja att frånga den fria bevisprövningen då den nöjer sig med att säga att det då skulle kunna finnas anledning att frånga den fria bevisprövningen snarare än att göra en tydlig markör om var gränsen går.

Det kan tyckas vara ett greppande efter halmstrån att haka upp sig på ett ordval. Må så vara, men oavsett vad HD säger går det inte att frånga faktumet, som även framhålls av Lundqvist, att den fria bevisprövningen är inte skyddad i grundlagen, men det är den enskildes fri och rättigheter.¹⁴⁷ Detta gör att en krock mellan dessa olika intressen inte är helt orimlig att förutspå. Ytterst menar jag att faktumet att Europadomstolen gått från att säga att bevishantering ska vara en nationell angelägenhet till att den börjat ställa allt högre krav på de nationella domstolarnas tillförsäkrande av en rättvis rättegång visar på att pendeln svingar mot rättssäkerhetsmodellen. Som det verkar i nuläget gäller fruktdoktrinen bara fall där tortyr förekommit. Detta är ytterst vad som sades i Gäfgen. Några sådana fall har inte kommit upp i Europadomstolen ännu. Hur utfallet skulle bli om ett sådant fall skulle komma upp i HD går bara att sia om i nuläget. Klart står hur som helst att, på samma sätt som exkluderingsregeln inte var tillämplig i de amerikanska delstaterna innan *Mapp v. Ohio*, är i dagsläget någon Europa-täckande exkluderingsregel inte att tala om vid andra fall än vid brott mot Europakonventionens artikel 3. Gäfgen skulle ändå kunna ses som en begynnelse av en harmonisering, en harmonisering som strävar mot ett mer rättssäkert förfarande.

¹⁴⁶ NJA 2011 s. 638 p. 18.

¹⁴⁷ Lundqvist s. 64.

Slutligen ska sägas att det, i min mening, och i linje med Europadomstolens förhållningssätt, vore förkastligt att låta någon som uppenbart gjort sig skyldig till mordet av en 11-årig pojke gå fri för att polisen misskött sig. Samtidigt inser jag det långsiktiga värdet av ett system där staten, som har våldsmonopol, begränsas i sin våldsutövning genom att inte kunna utnyttja frukterna av ett otillbörligt beteende gentemot en misstänkt brottsling. En rimlig avvägning vore att, om fruktdoktrinen skulle introduceras som mer av en standard, tillämpa de undantag som utarbetats inom amerikansk praxis. Kanske hade Gäfgen kunnat dömas ändå om åklagaren hade kunnat visa på att den fysiska bevisningen förr eller senare kommit till polisens kännedom ändå. *Inevitable discovery*-undantaget hade varit en rimlig garant för att undvika att anhöriga till exempelvis ett mordoffer inte blir helt berövade möjligheten till att rättvisa skipas. Sådana frågor får dock bli en fråga för framtiden; nu kan bara iakttas att pendeln svingar mot rättssäkerhetsmodellen.

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 XIV¹⁴⁸

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.

¹⁴⁸ Återger ej hela stadgandet på grund av utrymmesskäl

Bilaga B

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

SOU 1938:44, Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk

Litteratur

Ashworth, Andrew och Redmayne, Mike, *The Criminal Process*, 3 ed., Oxford University Press, 2005.

Dereborg, Anders. *Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess*. Juristförlaget, Stockholm, 1990.

Diesen, Christian. *Bevisprövning i brottmål*, Stockholm 2015, andra uppl.

Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert. *Rättegång fjärde häftet*. Norstedts juridik, Stockholm, 1995 [Cit: Ekelöf a.a., *Rättegång Fjärde häftet*]

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

Garland, Norman M, *Criminal Evidence*. 7:e uppl. New York, McGraw-Hill, 2015.

Landström, Lena. *Åklagaren som grindvakt – En rättsvetenskaplig studie av åklagarens befogenheter vid och åtal av brott*, Iustus, Uppsala, 2011.

Lindblom, Per Henrik. *Studier i processrätt*. Norstedts juridik, Stockholm, 1993. [Cit: Lindblom, 1993]

Lindell, Bengt. *Sakfrågor och rättsfrågor*. Skrifter från Juridiska fakulteten i Uppsala 11, Uppsala 1987.

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

Valguarnera, Filippo, ”Den komparativa metoden”, i *Juridisk metodlära*, F. Korling & M. Zamboni (red.), Studentlitteratur, Lund 2013

Artiklar

Ekelöf, Per Olof, ”Vilket ansvar bör domaren ha för brottmålsdomens riktighet?” i *Festskrift till Johs.Andenaes*, 1982 [Cit: Ekelöf, 1982]

Lindblom, Per Henrik. *Tvekamp eller inkvisition? Reflektioner om straffprocessens funktion och grundstruktur*, SvJT 1999 s. 617. [Cit: Lindblom 1999]

Maffei, Steffano, Sonenshein, David, “*Cloak of the Law and Fruits Falling from the Poisonous Tree: A European Perspective on the Exclusionary Rule in the Gafgen Case*”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 19 (2012-2013).

Robert M. Desky, *Wolf v. Colorado and Unreasonable Search and Seizure in California*, 38 *Cal. L. Rev.* 498 (1950).

Tillgänglig 2015-05-25 på:

<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol38/iss3/5>.

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.

Tillgänglig 2015-05-25 på www.jstor.org

Lagkommentarer

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

Uppsatser

Budde, Partik. *När ändamålen helgar tvångsmedlen – om amerikansk rätts potential för synen på bevisförbud i Sverige*. Juridiska fakulteten, Lund. 2014

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall:

NJA 2011 s. 638

Amerikanska rättsfall:

Adams v. New York 192 U.S. 585 (1904)

Brown v. State of Mississippi, 297 U.S. 278 (1936)

Culombe v. Connecticut, 367 U.S. 568 (1961)

Malloy v. Hogan, 378 U.S. I (1964)

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)

Michigan v. Tucker, 417 U.S. (1974)

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

People v. Goetz, 68 N.Y.2d 96 (N.Y. 1986)

Nix v. Williams 467 U.S. 431 (1984)

Rogers v. Richmond 365 U.S. 534 (1961)

Silverthorne Lumber Co. v. United States 251 U.S. 385 (1920)

Weeks v. U.S., 232 U.S. 383 (1914)

Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25

Wong Sun v. United States 371 U.S. 471 (1963)

Fall från Europadomstolen

Case of Gäfgen v. Germany, Judgement, Strasbourg 1 June 2010
Application no. 22978/05.

Case of Bulut v. Austria. Judgment, Strasbourg, 22 february 1996.
Application no. 17358/90