



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Petronella Karlsson

Otillåtet åtkommen bevisning

En analys av den straffprocessuella hanteringen och upprätthållandet
av mänskliga rättigheter

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak

Termin för examen: HT 2018

Innehållsförteckning

Abstract	4
Sammanfattning	5
Förord	6
Förkortningslista	7
1. Inledande kapitel	8
1.1 Ämne och problemformulering	8
1.2 Syfte och forskningsfråga	9
1.3 Teori och perspektiv	10
1.4 Metod och material	11
1.5 Forskningsläget	13
1.6 Avgränsningar och disposition	14
2. Utveckling av det teoretiska ramverket	15
2.1 Straffprocessens syfte	15
2.2 Packers modeller för straffprocessen	16
2.2.1 Brottsbekämpningsmodellen	17
2.2.2 Rättssäkerhetsmodellen	18
2.3 Aspekter på intresse motsättningen i svensk doktrin	19
2.4 Författarens kommentar kring intresse motsättningen	20
3. Konstitutionalism och rättighetsskydd	22
3.1 Sverige - en konstitutionalism med folksuveränitet i fokus	24
3.2 USA - en konstitution i stark rättighetsanda	25
3.3 England - landet utan skriven konstitution	27
3.4 Tyskland - ett konstitutionellt system präglad av historia	28
3.5 Analys - vilken roll spelar konstitutionalismen för en stats rättighetsskydd i straffprocessen?	30
4. Svensk bevisrätt och otillåtet åtkommen bevisning	33

4.1 Rättegångsbalken och bevisrätten	33
4.2 Otillåtet åtkommen bevisning i doktrin	35
4.3 Otillåtet åtkommen bevisning i praxis	36
4.3.1 Överskottsinformation	37
4.3.2 Bevisning åtkommen genom infiltrations - eller provokationsåtgärder	38
4.4 Analys - hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning i svensk rätt	41
5. Europakonventionen och rätten till en rättvis rättegång	45
5.1 Rätten till en rättvis rättegång i bevisrätts hänseende	45
5.1.1 Oskyldighetspresumtion, kontradiktion och likställdhet mellan parterna i art. 6	46
5.1.2 Andra rättigheter av betydelse för bedömningen av rätten till en rättvis rättegång	48
5.2 Europadomstolens praxis i mål om otillåtet åtkommen bevisning	48
5.2.1 Bevisning åtkommen genom avlyssning	50
5.2.2 Bevisning åtkommen genom provokation och infiltration	52
5.2.3 Bevisning åtkommet genom otillbörliga påtryckningar	53
5.3 Analys - vilka bevisrättsliga krav ställer Europakonventionen?	54
6. Komparativa aspekter på hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning	58
6.1 Den amerikanska ”exclusionary rule”	58
6.2 England - exclusion of unfair evidence	61
6.3 Tyskland - lagstadgat och konstitutionellt baserade bevisförbud	65
6.3.1 Bevisförbud i den tyska brottsbalken	67
6.3.2 Bevisförbud baserat på konstitutionella principer	68
6.4 Analys - var på skalan befinner sig Sverige?	69
7. Sammanfattande analys och slutsatser	73
7.1 Bevisrättsliga konsekvenser för upprätthållandet av mänskliga rättigheter i straffprocessen	73
7.2 Ett bevisförbud i svensk rätt?	76
7.3 Slutsatser	79
Källförteckning	82
Rättsfallsförteckning	87

Abstract

In most democratic countries, the citizens are granted freedoms and rights through the country's constitution. This regulates and limits the state's exercise of power over the citizens and sets the frame for the criminal law. In Sweden the principle of free evaluation of evidence is detrimental to the law of evidence, meaning that there are no specific laws regulating the evidence used in a trial, nor how the court should value that evidence. The government's interest in crime preventing sometimes results in evidence being gathered through methods that violate a person's rights.

In the essay, the relationship between the free evaluation of evidence and the protection of rights is investigated. National law is presented in relation to the treatment of illegally obtained evidence with regards to those criteria that are set in ECHR article 6 right to a fair trial. By applying comparative aspects to constitutionalism, protection of rights and law of evidence, national law is put in a context that lays the foundation for a valuation of how satisfying the law is from the aspect of protecting the individual's rights. The basis of the analysis is the discussion whether the criminal procedure should act in the interest of combatting crime or legal certainty.

The essay shows that Sweden's comparatively small constitutionalism combined with the free evaluation of evidence has negative consequences for the protection of rights in the criminal procedure. The author concludes that the Swedish function of the criminal procedure is to combat crime when it comes to how illegally obtained evidence is treated. Since the protection of rights is constitutionally based, the author argues that the current system is not satisfactory and that a regulation regarding the treatment of illegally obtained evidence should be established to the Swedish legal system in favor of the interest of legal certainty.

Sammanfattning

I de flesta länder med ett demokratiskt styrelseskick tillförsäkras medborgarna individuella fri- och rättigheter genom landets konstitution. Detta reglerar och begränsar statens maktutövning gentemot medborgarna och sätter ramarna för bland annat straffrätten. I Sverige präglas bevisrätten av principen om fri bevisprövning, vilket innebär att det saknas lagreglering kring vilka bevis som får åberopas i en rättegång och hur domstolen ska värdera desamma. Statens brottsutredningsintresse får ibland till följd att bevisning åtkoms genom åtgärder som innebär en otillåten kränkning av tillförsäkrade rättigheter.

I uppsatsen utreds förhållandet mellan den fria bevisrätten och upprätthållandet av rättighetsskyddet. Nationell rätt kartläggs avseende hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning, med beaktande av de krav som EKMR art. 6 om rätten till en rättvis rättegång ställer. Genom att tillföra komparativa aspekter på konstitutionalism, rättighetsskydd och bevisrätt, sätts nationell rätt i en kontext som utgör underlag för en värdering av hur tillfredställande ordningen är ur rättighetsaspekt. Analysen tar sin teoretiska utgångspunkt i diskussionen kring huruvida straffprocessen främst har en funktion som brottsbekämpande eller rättssäker.

Framställningen visar att Sveriges jämförelsevis svaga konstitutionalism i kombination med den fria bevisrätten, får negativa konsekvenser för upprätthållandet av rättighetsskyddet i straffprocessen. Författaren konstaterar att den svenska straffprocessen intar en klart brottsbekämpande funktion när det handlar om hur otillåtet åtkommen bevisning hanteras. Mot bakgrund av att rättighetsskyddet är konstitutionellt tillförsäkrat, argumenterar författaren för att nu rådande ordning är icke tillfredställande och att en reglering kring användningen av otillåtet åtkommen bevisning bör införas i svensk rätt till förmån för rättssäkerhetsintresset.

Förord

Med denna uppsats följer också slutet på mina fyra och ett halvt år på Juridicum i Lund. Det har varit en fantastisk tid och jag kommer alltid se tillbaka med stor glädje och tacksamhet på denna del av livet. En del tenta- och uppsatsångest har visserligen genomlidits, men det hör ju faktiskt till.

Det är på sin plats att rikta ett stort tack till min handledare Karol Nowak som under hösten bidragit med vägledning, stöttning och värdefulla synpunkter som varit till stor hjälp för tillkomsten av detta examensarbete.

Jag vill också ta tillfället i akt att tacka min familj som utgjort ett enormt stöd genom hela studietiden. Er uppbackning på alla plan, ert engagemang och era påminnelser om att inte tappa perspektivet på livet har varit helt ovärderligt.

Sist, men absolut inte minst, tack till mina underbara vänner för att ni har bidragit till och förgyllt dessa åren. Utan er hade vägen hit varit betydligt tyngre. Ni vet precis vilka ni är. För denna uppsats del får jag rikta ett litet extra tack till dig Tove, för ditt ständiga plugg- och lunchsällskap under de många och långa dagar som spenderats i Juridicums bibliotek under hösten. Det har verkligen gjort det lättare när det tagit emot som mest!

Lund, den 3 januari 2019

Petronella Karlsson

Förkortningslista

Amen	Amendment
Art	Artikel
BGHStE	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
EKMR	Europakonventionen om mänskliga rättigheter (1994:1219)
HD	Högsta Domstolen
HRA	Human Rights Act 1998
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Juridisk tidskrift
PACE	Police and Criminal Evidence Act 1984
Prop.	Proposition

1. Inledande kapitel

1.1 Ämne och problemformulering

Principen om fri bevisprövning har sedan den nya rättegångsbalkens (RB) inträde år 1948 haft en stark ställning i svensk processrätt. Principen innebär att parterna i en rättegång har möjlighet att åberopa all typ av bevisning med några få undantag, varefter det är upp till domstolen att fritt bedöma dess värde. Denna ordning har många fördelar jämfört med den tidigare gällande legala bevisteorin och i de allra flesta fall är principen om fri bevisprövning oproblematiserad. Det är som utgångspunkt positivt att parterna i en rättegång får lov att åberopa den bevisning som kan styrka deras talan och ordningen innebär ett förverkligande av många fundamentala processrättsliga principer.

I takt med en ökad kriminalitet av organiserad och internationell karaktär, ställs från samhällets sida emellertid också högre krav på polisens brottsutredande arbete. En konsekvens av detta är att användningen av tvångsmedel på senare år har ökat markant och polisen har betonat behovet av att använda sig av okonventionella arbetsmetoder i en betydligt större utsträckning.¹ Dessa metoder har generellt sett blivit allt mer accepterade, men med detta följer att den bevisning som sedermera åberopas av åklagaren i en brottmålsrättegång ibland har åtkommit på tveksamma sätt. Sådan så kallad otillåtet åtkommen bevisning definieras här som bevisning som åtkommit genom en åtgärd företagen i strid med eller utan stöd i lag, och som kränker en av regeringsformen (RF) eller Europakonventionen (EKMR) skyddad mänsklig rättighet.²

¹ SOU 2012:44, s. 36.

² Se t.ex. Lundqvist, (2018).

Den svenska straffprocessen präglas alltså av fri bevisprövning, men samtidigt finns ett konstitutionellt skydd för mänskliga rättigheter och EKMR art. 6 ställer krav på att rättegången ska vara rättvis utifrån ett intresse av att upprätthålla det skyddet. Frågor väcks därför kring förhållandet mellan svensk bevisrätt, de krav EKMR art. 6 ställer och användningen av otillåtet åtkommen bevisning, samt om det finns eller borde finnas en möjlighet att begränsa användningen av viss bevisning i straffprocessen med anledning av dess åtkomstsätt. Frågorna får ses ur en kontext av att den svåråtkomna kriminaliteten ökar, men att så gör även fokuset på och aktualiteten för mänskliga rättigheter.

1.2 Syfte och forskningsfråga

Mot bakgrund av ovan beskrivna problemformulering syftar denna uppsats till att utreda och analysera hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning i den svenska straffprocessen med utgångspunkt i skyddet för mänskliga rättigheter och i förhållande till principen om fri bevisprövning. Syftet kan beskrivas som tvådelat; uppsatsen ämnar först utreda vad som är gällande rätt avseende otillåtet åtkommen bevisning utifrån svensk bevisrätt och med beaktande av de krav som EKMR art. 6 om rätten till en rättvis rättegång ställer. Därefter ämnar uppsatsen, genom att tillföra komparativ aspekter på skyddet för mänskliga rättigheter och hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning, belysa den svenska ordningens ställning och värdera hur tillfredställande denna är ur en rättighetsaspekt.

För att möjliggöra en nyanserad diskussion kring detta och för att de komparativa aspekterna härvid ska fylla en funktion, är det för uppsatsen syfte också nödvändigt att sätta respektive rättssystemets förhållningssätt i en kontext av bakomliggande moralfilosofiska argument och konstitutionalism. I ett större perspektiv aktualiserar uppsatsen frågor om vad som är syftet

med en straffprocess och vilka intressen som bör prioriteras, varemot det krävs att ovanstående värderas.

Vad uppsatsen avser besvara är följande frågeställningar: Vilken betydelse har den svenska bevisrätten för hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning och vilka konsekvenser får det för upprätthållandet av mänskliga rättigheter i straffprocessen? Bör bevisning som åtkommit genom otillåtna rättighetskränkningar hanteras genom ett bevisförbud i svensk rätt?

1.3 Teori och perspektiv

För att kunna analysera och värdera spörsmål av aktuell karaktär, tas den teoretiska ansatsen i diskussionen kring vilken övergripande samhällsfunktion straffprocessen tjänar. Den vanliga uppfattningen i doktrin är att det främst handlar om två delvis motstående intressen. Å ena sidan syftar straffprocessen till att verka brottsbekämpande, å andra sidan fyller den en rättssäkerhetsfunktion. Den amerikanska professorn Herbert Packer utvecklade på 1960-talet två modeller som representerar dessa konkurrerande värdesystem och där spänningen mellan dessa bryts ned i argument för respektive synsätt. Modellerna kom att benämnas som brottsbekämpningsmodellen respektive rättssäkerhetsmodellen och är framtagna för att tjäna som ett analysverktyg för var på skalan ett rättssystem befinner sig. Modellerna lämpar sig som teoretiskt ramverk för besvarandet av frågeställningarna i denna uppsats. En utveckling av modellerna och aspekter på dessa sker av strukturella skäl i ett eget kapitel.³

Perspektivet kan beskrivas som ett liberalt rättssäkerhetsperspektiv vari skyddet för mänskliga rättigheter har en central plats. Även om avvägningar mellan ovan nämnda intressen kommer genomsyra uppsatsens analytiska

³ Se kap. 2.

delar, kommer utgångspunkten vara tanken om att individens skydd genom tillskrivna mänskliga rättigheter ska vara starkt i straffprocessen.

1.4 Metod och material

Den klassiska rättsdogmatiska metoden tillämpas genomgående i uppsatsen. Metoden innebär att gällande rätt kartläggs, tolkas och analyseras med utgångspunkt i de allmänt accepterade rättskällorna.⁴ Detta lämpar sig väl för uppsatsen syfte eftersom förarbeten, lagtext, praxis och doktrin utgör nödvändiga instrument för en tillfredställande framställning på var och en av de för uppsatsen aktuella rättsområdena. Därutöver tillämpas en del komparation i uppsatsen. Författaren förhåller sig emellertid försiktig till att benämna detta som en fullt ut komparativ metod med anledning av de krav som härvid ställs på omfattning, systematik och format.⁵ Uppsatsens, må så vara förhållandevis omfattande, komparativa inslag syftar främst till att sätta svensk rätt i ett större perspektiv och på så vis möjliggöra en mer nyanserad argumentation kring uppsatsens huvudfrågor, snarare än att strikt jämföra olika rättskulturer. Även om komparationen avser ett specifikt rättsinstitut som till viss del sätts i historisk, politisk och ideologisk kontext, väljer författaren att använda det som en belysande funktion.⁶

De rättssystem som använts för de komparativa aspekterna är USA, England och Tyskland. USA är i sammanhanget ett givet objekt eftersom Supreme Court i praxis har format en direkt exkluderingsregel för bevisning som åtkommit i strid med konstitutionellt tillförsäkrade rättigheter. Förhållningssättet utgör således en motpol till svensk rätt, varför det är av intresse att undersöka de bakomliggande motiven till och förutsättningarna

⁴ Kleinman (2013), s. 21.

⁵ Se t.ex. Valguarnera, Filippo, ”Den komparativa metoden”, i Juridisk metodlära, F. Korling & M. Zamboni (red.), s. 141-173.

⁶ Se Hallström, SvJT 2010, s. 576 som ställer upp detta som kriterier för komparation på mikronivå.

för detta. England har liksom Sverige ratificerat EKMR. Landet har också förhållandevis nyligen (1998) antagit en skriven rättighetsstadga, vilket i såväl ett europeiskt som internationellt perspektiv får ses som anmärkningsvärt sent. Det engelska rättssystemet förhåller sig, detta till trots, inte helt främmande till att avvisa aktuell typ av bevisning. Tysklands bevisrätt är i störst mån likställd med Sveriges, då de anser sig ha en fri sådan. Den tyska konstitutionen står emellertid stark och med anledning av det hanteras otillåtet åtkommen bevisning på ett betydligt mer nyanserat sätt än i Sverige. Komparationen med Tyskland är också intressant då det precis som Sverige är ett civil law-land, till skillnad från både USA och England. De tre länderna representerar olika rättskulturer och har olika sätt att hantera otillåtet åtkommen bevisning.

Materialet för det teoretiska ramverket utgörs främst av Packers modeller, men även utav svensk doktrin på området. Avseende nationell rätt och europarätt ligger framför allt praxis till grund för framställningen. Detta motiveras med att tolkningen av vilka krav EKMR art. 6 ställer på rätten till en rättvis rättegång i bevisrättshänseende och hur otillåtet åtkommen bevisning hanteras i svensk rätt, främst återspeglas i Europadomstolens respektive HD:s praxis. Europadomstolens praxis är omfattande och har därför avgränsats till ett urval som är representativt för de olika åtkomstsituationer som vanligtvis aktualiseras. Rättsfallen från HD används då de i stor utsträckning berör rättsfrågan på ett principiellt och övergripande plan och i många hänseende bekräftar tidigare praxis.

Därutöver har doktrin använts för utredningen av EKMR art. 6 och för att i viss mån skapa en nyanserad bild av den svenska bevisrätten samt för att presentera de synpunkter som i doktrin framförts avseende hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning. För att ge en bakgrund till nu gällande bevisrätt har också förarbeten i viss mån berörts. Även avseende hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning i de komparativa delarna

utgörs materialet främst av praxis och doktrin. Fokus har också i denna del legat på de för uppsatsen principiellt viktiga rättsfallen.

1.5 Forskningsläget

Frågan om hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning är ytterst sparsamt behandlad i svensk rätt, något som rimligtvis förklaras med den fria bevisprövningens starka ställning. Ett eventuellt införande av bevisförbud får av samma anledning anses vara en relativt främmande fågel. Helt oberört är ämnet emellertid inte. Ulf Lundqvist får sägas vara dominerade på området med sina böcker *Bevisförbud*, *Bevisförbud i rättspraxis* och *Laga och rättvis rättegång i praxis*. Lundqvist utreder potentiella möjligheter att införa bevisförbud för otillåtet åtkommen bevisning utifrån perspektivet av att upprätthålla rättighetsskyddet med särskilt fokus på rättvisan i rättegången. Även Thomas Ahlstrand har berört ämnet i *Till frågan om fri bevisprövning och bevisförbud* i SvJT 2002 s. 545, där han slår vakt om den fria bevisprövningens princip och pekar på farorna med bevisförbud. Därutöver har frågan i mindre mån berörts i diverse doktrin.

Ämnet har bland annat behandlats i två tidigare examensarbeten med avseende på ett eventuellt behov av bevisförbud i svensk rätt. I båda uppsatserna har den amerikanska exkluderingsregeln använts som motpol. Studenten Patrik Budde fokuserade på bevisförbud vid felaktig användning av tvångsmedel och studenten Niclas Martinsson behandlade främst doktrinen om frukten från det förgiftade trädet och dess tillämplighet i svensk rätt. Denna uppsats avser bidra med ett vidare perspektiv på aktuellt ämne dels genom ett bredare komparativt underlag, dels genom att i större mån fokusera på människorättskonsekvenser samt att sätta frågan i en konstitutionell kontext.

1.6 Avgränsningar och disposition

Uppsatsen snuddar vid flera rättsområden som var för sig kan behandlas i betydligt större utsträckning än vad denna uppsats tillåter. I denna framställning berörs främst rättsområdenas relevanta anknytningspunkter i den utsträckning som är nödvändig för uppsatsens syfte. En heltäckande genomgång av respektive lands bevisrätt eller statsrätt är således inte aktuellt. Vidare behandlas användning av bevisning åtkommen genom olika straffprocessuella åtgärder, snarare än åtgärdernas tillåtlighet i sig. Fokus ligger på att belysa vilken betydelse bevisets åtkomstsätt principiellt får för brottmålsrättegången. Syftet är alltså inte att utreda varje tänkbar åtkomståtgärd för sig, utan på ett övergripande plan undersöka vilken betydelse en rättighetskränkning vid åtkomstillfället får i den efterföljande straffprocessen. Även om uppsatsen delvis ämnar föra gällande rätt i kritisk dager och argumentera kring huruvida densamma bör förändras, finns det ingen ambition om att ge ett fullgott svar på hur en sådan de lege ferenda - ordning bör se ut. Avslutningsvis avgränsas uppsatsen till straffprocessrättslig bevisprövning och de nationella bevisregler som härvid är av relevans.

I uppsatsens andra kapitel utvecklas det teoretiska ramverket, då detta utgör utgångspunkten för den fortsatta framställningen. Därefter behandlas konstitutionalismen och dess betydelse för rättighetskyddet, eftersom forskningsfrågan på så vis sätts i en större och direkt nödvändig kontext. Uppsatsen övergår sedan till att utreda nationell gällande rätt, varefter det undersöks vilka bevisrättsliga krav Europakonventionen ställer för att rätten till en rättvis rättegång ska upprätthållas. I uppsatsens sista utredande kapitel görs en komparativ utblick med avseende på hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning. Delanalyser återfinns löpande efter varje kapitel. Uppsatsen avslutas med en sammanfattande analys och slutsatser där frågeställningarna avses besvaras.

2. Utveckling av det teoretiska ramverket

Lindblom, som varit aktiv i debatten om straffprocessens syfte och funktioner, har understrukt vikten av att ha kunskap om de funktionella utgångspunkterna och dess inbördes prioriteringar för att på ett underbyggt sätt kunna kontrollera hållbarheten i, och konsekvenserna av förslag, åsikter och tillämpningar som framförs och företas i straffprocessuella spörsmål. Vidare har Lindblom uttryckt att vad som bör vara avgörande för hur straffprocessen utformas och hur regelsystemet tillämpas, är vilken eller vilka samhällsfunktioner domstolarna avses ha i brottmålsrättegångar.⁷ För frågan om hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning är detta av särskild vikt, eftersom den till stor del handlar om vilket intresse som bör prioriteras i straffprocessen. Med utgångspunkt i ovanstående faller det sig nödvändigt att inleda uppsatsen med en redogörelse för den diskussion som ständigt förs inom rättsvetenskapen kring straffprocessens syfte och funktioner, liksom för det teoretiska analysverktyg som kommer att tillämpas i framställningen.

2.1 Straffprocessens syfte

Syftet med kriminalisering är att markera för samhällsmedborgarna att en viss handling är så förkastlig att det ger staten rätt att ingripa med tvång mot den som inte avhåller sig från beteendet. Genom att verka avskräckande och moralbildande, kan straffbuden på så sätt sägas fylla en handlingsdirigerande funktion.⁸ En förutsättning för att en sådan funktion ska vara verkningsfull, är att den materiella rätten faktiskt förverkligas.

⁷ Lindblom, SvJT 1999, s. 624-625.

⁸ Ekelöf i Rättegång I, (2002), s. 13-27.

Detta sker framför allt genom brottmålsrättegången och genom utdömande och verkställighet av straff.⁹ Straffprocessen fyller således en viktig funktion i förhållande till straffrätten, genom att förstärka dess avskräckande och moralbildande syfte.

I svensk doktrin har diskussionen till stor del handlat om huruvida straffprocessens huvudsakliga samhällsfunktion är att minimera antalet felaktigt *friande* domar eller att minimera antalet felaktigt *fällande* domar.¹⁰ Dessa funktioner, brottsbekämpning respektive rättssäkerhet, uppfattas vanligen som varandras motpoler eftersom olika intressen ställs mot varandra. Debatten är tydligt inspirerad av den amerikanske professorn Herbert Packers modeller, vilka utvecklas nedan.

2.2 Packers modeller för straffprocessen

Packers straffprocessuella modeller kan benämnas som brottsbekämpningsmodellen respektive rättssäkerhetsmodellen. Modellerna ska inte ses som idealmodeller och beskriver inte heller ett verkligt system, utan är framtagna för att verka som ett analysverktyg. När Packer arbetade fram modellerna utgick han från tre grundförutsättningar. Den första var att beslut om kriminalisering är åtskilt från processen att hantera personer som kriminella. Det innebär att straffprocessuella åtgärder enbart kan aktualiseras när det finns skäl att anta att brott har begåtts. Den andra var att det finns gränser för statens och myndigheternas möjlighet att ingripa i människors liv i syfte att utreda brott, eftersom det i annat fall inte skulle behöva finnas regler för vad som är tillåtet. En tredje var att processen utgår från att den misstänkte är ett subjekt i processen och inte bara ska ses som

⁹ Lindblom (2004), s. 243.

¹⁰ Lindblom (2000), s. 56, Ekelöf m.fl., (2002), s. 30.

ett objekt till polisens förfogande. Den misstänkte har rättigheter och rätt till en aktiv roll i processen.¹¹

2.2.1 Brottsbekämpningsmodellen

Nyckelordet i brottsbekämpningsmodellen är effektivitet och utgångspunkten är att straffprocessens viktigaste funktion är att bekämpa brottsliga beteenden. Om straffrätten inte får maximalt genomslag, kan inte heller den allmänna ordningen upprätthållas och således försvinner en viktig förutsättning för mänsklig frihet. Med effektivitet åsyftas samhällssystemets förmåga att utreda och beivra en stor andel av de brott som upptäcks. Enligt modellen ska förfarandet vara snabbt, och informella förfaranden är att föredra framför formella. Handläggningen ska ske utifrån standardiserade rutinprocedurer som kan liknas vid ett löpande band.¹²

Brottsbekämpningsmodellen ger polisen vida befogenheter att gripa och förhöra personer, eftersom det anses vara det bästa sättet att avgöra skuldfrågan. En försvarare skulle bromsa upp processen i detta läge och är därför förvisad till domstolen. Utifrån devisen om att endast den som är skyldig har något att dölja ges polisen vida befogenhet att också genomföra husrannsakan, kroppsvisitationer och andra undersökningar. Avseende bevisning, ska otillåtet åtkommen sådan tillåtas vid rättegång. Åtkomstsättet spelar ingen roll eftersom det bidrar till att finna sanningen. Om polisen har begått överträdelser ska det hanteras i ett ärende för sig, eftersom skyldiga personer inte ska gå fria enbart för att polisen gjort fel. Frihetsberövande är en huvudregel för att förebygga ytterligare brottslighet, men också för att den misstänkte ska förmås erkänna brottet redan från början. Om det inte finns något egentligt tvivel om den misstänktes skuld, är en rättegång inte

¹¹ Packer (1968), s. 154 ff. och Landström (2011), s. 33.

¹² A.a. s. 158 f. och a.a. s. 34.

heller nödvändig. Dessutom ska erkännanden accepteras utan närmare prövning. Detta ger uttryck för en skuldpresumtion.¹³

2.2.2 Rättssäkerhetsmodellen

Rättssäkerhetsmodellen å sin sida är mer att likna vid en hinderbana än ett löpande band. Informella och oreglerade undersökningar riskerar att leda till att felaktig fakta läggs fram. Genom psykologiskt eller fysiskt tvång riskerar oskyldiga personer att avge falskt erkännande och vittnen kan missta sig utan att det upptäcks, eftersom det inte finns någon som tillvaratar den misstänktes rättigheter. Modellen förespråkar istället den ackusatoriska processen. Värden om den enskildas frihet och att det finns begränsningar i statens rätt att utöva makt är utgångspunkter i rättssäkerhetsmodellen. Statens yttersta maktutövning uttrycks i straffprocessens slutresultat och denna makt kan alltid missbrukas. Straffprocessen måste därför utformas så att den förhindras att verka med maximal effektivitet, till skydd för individen.¹⁴

Utifrån doktrinen om rättslig skuld är det inte tillräckligt för fällande dom att det går att fastställa att den åtalade faktiskt har begått brottet. En person kan endast förklaras skyldig om skulden har fastslagits i ett förfarande av behörigt organ och om reglerna för proceduren har följts. Särskilt viktigt är att förfarandet inte har skett i strid mot de regler som finns till för att skydda den misstänkte. Om procedurregler har överträtts ska den misstänkte förklaras oskyldig. Avseende otillåtet åtkommen bevisning är disciplinära åtgärder mot den som åtkommit bevisningen inte tillräckligt. För att rättssäkerheten ska upprätthållas bör incitamenten för illegal bevisanskaffning elimineras, genom att sådan bevisning exkluderas före eller under rättegången. Om uppgifter om ett illegalt åtkomstätt

¹³ A.a., s. 160 f. och a.a., s. 34.

¹⁴ A.a., s. 163 ff. och a.a., s. 135.

uppkommer först i efterhand ska domen dras tillbaka. Även bevisning som framkommit som ett resultat av illegalt åtkommen bevisning ska förbjudas.¹⁵

2.3 Aspekter på intresse motsättningen i svensk doktrin

I svensk doktrin har en del av debatten handlat om huruvida motsättningarna mellan brottsbekämpning och rättssäkerhet kan vara en oäkta dikotomi, till skillnad från vad Packers modeller ger uttryck för. Lindblom har anfört att dessa intressen inte per automatik motverkar varandra och att straffprocessens funktion därför inte nödvändigtvis måste vara den ena eller den andra. Ett sådant synsätt skulle snarare leda till kontraproduktivitet, eftersom en för hög strävan efter att minimera antalet felaktigt *friande* domar riskerar leda till att även oskyldiga döms. Detta skulle i sin tur sänka allmänhetens förtroende för rättssystemet, vilket kan resultera i en reducerad laglydnad.¹⁶ En förutsättning för en effektiv brottsbekämpning är därför att rättssäkerheten upprätthålls. Lindblom har till exempel anfört att optimala förutsättningar för bevisföring och bevisvärdering kan bidra till ett större antal materiellt riktiga domar.¹⁷

Avseende Packers modeller har Lindblom påpekat att det saknas orsakssamband mellan en stats utgångspunkt avseende straffprocessens samhällsfunktion och graden av liberalism i brottsbekämpningen. Graden av rättssäkerhet i ett samhälle beror på fler faktorer än brottmålsprocessen som sådan.¹⁸ Ramberg har å sin sida menat att det föreligger en uppenbar

¹⁵ A.a., s. 168 och a.a., s. 35 f.

¹⁶ Lindblom, SvJT 1999, s. 628.

¹⁷ Lindblom (2004), s. 244.

¹⁸ Lindblom (1993), s. 626.

motsättning mellan de aktuella intressena. Ett grundläggande kriterium för att man ska kunna tala om rättssäkerhet är att den enskilde ska vara tryggad mot statligt maktmisbruk, vilket tillförsäkras genom ett systematiskt skydd för mänskliga rättigheter föreskrivna i lag och konventioner. Rättsordningen får inte användas för att åsidosätta andra mänskliga rättigheter.¹⁹ Ramberg syftar således på det materiella rättssäkerhetsbegreppet.

Även tankar kring att ett mer nyanserat perspektiv bör anläggas på straffprocessen har framförts, mot bakgrund av insikten om att dess funktion kan variera beroende på processens olika skeden.²⁰ Edelstam har argumenterat för att den brottsbekämpande funktionen är framträdande under förundersökningen, medan brottsbekämpning och rättssäkerhet interagerar under huvudförhandlingen. Vid överläggningen är dock rättssäkerheten dominerande.²¹ Justitiekanslern har ställt sig bakom detta differentierade funktionstänkande och menar att domstolsprocessens primära uppgift är att upprätthålla rättssäkerheten.²²

2.4 Författarens kommentar kring intresse motsättningen

Det bör återigen betonas att Packers modeller beskriver brottsbekämpning och rättssäkerhet i dess extrema karaktärer. I en sådan konstruktion kräver prioritering av det ena att avkall görs på det andra. Den breda skalan möjliggör en bedömning av var en rättsordning befinner sig beroende på hur en viss straffprocessuell fråga hanteras, och således har modellerna ett värde som analysverktyg. Det finns emellertid en viktig poäng i vad som framförts

¹⁹ Ramberg, SvJT 2007, s. 154.

²⁰ Lindblom, SvJT (1999) s. 628, 633-634 och SvJT (2004a), s. 419-420 med hänvisning till Aule (1998).

²¹ Edelstam i Rättegång I (2002), s. 30-31.

²² JK (2006), s. 36.

i svensk doktrin om att brottsbekämpning och rättssäkerhet emellanåt utgör en oäkta dikotomi och att ett bredare förhållningssätt till straffrättens funktioner således är nödvändigt. Detta innebär också att det i vissa fall torde finnas en begränsad möjlighet att nå fram till ett entydigt svar i situationer där individuella rättigheter ställs mot allmänna intressen, såsom i denna framställning. Ambitionen är därför att med utgångspunkt i Packers modeller och med beaktande av det som framförts i doktrin, värdera hur väl hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning återspeglar en proportionerlig avvägning mellan intressena utifrån de värden som äventyras ur rättighetsaspekten.

3. Konstitutionalism och rättighetskydd

Syftet med ett lands konstitution är uteslutande att begränsa statens makt över medborgarna. Härigenom försäkras en viss stabilitet och ett skydd mot ohämmad maktutövning. I konstitutionen förankras därför skyddet för de värden som anses vara särskilt betydelsefulla. Genom att betrakta konstitutionen som landets högsta lag, binder denna såväl stat som medborgare. Förhållandet mellan staten och medborgarna begränsas av grundlagsskyddade fri- och rättigheter. Detta underbygger uppfattningen om att konstitutioner är att betrakta som ett samhällskontrakt mellan de som styr och de som blir styrda. Makten begränsas, eller åtminstone regleras, ytterligare genom maktdelning mellan de lagstiftande, verkställande och dömande organen.²³

Vilken ställning eller auktoritet en stats konstitution har är direkt beroende av vilket förtroende medborgarna har för det konstitutionella system som den ger uttryck för. Den formella legitimiteten är central för ett rättssystem, vilket betyder att beslut ska fattas i föreskriven ordning. Härvid är konstitutionen den högsta lagen som försäkrar den nationella rättssystemets enhet och varifrån andra lagar ytterst härrör. Normhierarki och demokratisk legitimitet står varandra nära. Folkets vilja är yttersta grund för maktutövningen och manifesteras såväl genom antagandet av en konstitution som av att den enbart kan ändras genom att folket på något vis får komma till tals. I parlamentariska styrelseskick representerar de valda folkviljan och lagar antagna av parlamentet står därför under konstitutionen. I ett icke parlamentariskt system, till exempel USA, har presidenten och kongressen samma demokratiska legitimitet. Konstitutionen ses här som det

²³ Hallström, SvJT 2010, s. 257 f.

yttersta uttrycket för folkviljan, varför den blir helt avgörande. Medan länder som Sverige och England lägger stor vikt på parlamentet som bärare av den demokratiska principen, lägger till exempel USA och Tyskland större vikt på konstitutionen. Detta återspeglar sig sedan i domstolarnas ställning som konstitutionell väktare och dess rätt till normkontroll. Skillnader i länders domstolsmakt kan således förklaras av att parlamentet ibland har så stark legitimitet att domstolarnas normprövning i förhållande till konstitutionen anses mindre behövlig. I de europeiska länderna fungerar EKMR som en slags överordnad grundlag och Europadomstolen är som en högsta domstol, vilket innebär att konventionens rättighetsskydd i praktiken ställs på samma nivå som det i landets konstitution. I länder som Sverige och England där parlamentets ställning prioriteras behöver avkall göras i förhållande till konstitutionalism och domstolskontroll.²⁴

En stats konstitution utgör alltså grundbulten för hela rättssamhället och styr all rättslig maktutövning. Vilket praktiskt genomslag en konstitution får är emellertid beroende av kontexten i vilken den verkar. Detta får konsekvenser även för hur stark rättighetsskyddet tillåts vara, då olika konstitutionella grundprinciper genererar skilda förhållningssätt. För frågan om hantering av otillåtet åtkommen bevisning spelar detta en viktig roll. Förhållandet mellan bevisrätt och rättighetsskydd bör återspegla den ordning vilken konstitutionen som samhällskontrakt föreskriver. Rättighetsskyddet är konstitutionellt, bevisrätten i RB har status som vanlig lag. Genom att belysa olika konstitutionella kontexter påvisas konstitutionalismens betydelse för rättighetsskyddet. Skillnader i staters förhållningssätt till otillåtet åtkommen bevisning kan på så sätt delvis förklaras, men framför möjliggörs en argumentation kring gällande nationell rätt och huruvida denna bör förändras. På så vis kommer sambandet mellan konstitutionalism och bevisning tydliggöras och belysas ytterligare. De stater vars konstitutionella system kommer att redogöras för nedan,

²⁴ A.a., s. 278 ff.

återkommer sedan i kapitlet om komparativa aspekter på hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning.²⁵

3.1 Sverige - en konstitutionalism med folksuveränitet i fokus

Den konstitutionella utvecklingen i Sverige går att härleda ända tillbaka till vissa formuleringar i Konungabalken och Magnus Erikssons landslag från mitten av 1300-talet. Att medborgarna åtnjuter någon form av rättighetsskydd gentemot staten kom i viss mån till uttryck redan här. I 1809 års RF återfanns rättighetsskyddet i 16 §, men någon rättighetskatalog var knappast att tala om och paragrafen fick inte heller något större genomslag i domstolsväsendet. Sedan 1930-talet och framåt präglades rättsutvecklingen av den så kallade Uppsalaskolan, vilken förhöll sig skeptisk till det traditionellt naturrättsliga rättighetsbegreppet. Denna rättsrealism anses ha bidragit till försvagandet av de mänskliga rättigheternas ställning i Sverige och minskandet av deras konkreta betydelse. Rättsrealismen stod stark i svensk rättsvetenskap ända fram till införandet av den nya RF 1974. Redan i slutet av 1930-talet höjdes emellertid röster för ett utökat rättighetsskydd i den svenska grundlagen. Först efter en hel del kompromisser mellan de politiska kontroverserna infördes en utökad rättighetskatalog i 1974 års RF.²⁶

I Sverige har folksuveränitetsprincipen och majoritetsprincipen länge ansetts vara de konstitutionella idealen. I RF stadgas att all offentlig makt utgår från folket. Härvid betonas vikten av att domstolen inte tillskrivs någon politisk makt, att riksdagens makt inte inskränks, att konflikter mellan lagstiftande och dömande makt undviks och att domstolarna inte

²⁵ Se kap. 6.

²⁶ Nergelius (1996), s. 589 ff.

politiseras.²⁷ Principen om den svenska domstolens oavhängighet är i praktiken förhållandevis svag. I doktrin har röster höjts för att en tydligare kompetensfördelning är nödvändig för ett reellt ökat skydd mot maktmissbruk.²⁸ Genom RF 11 kap 14§ tillskrivs de svenska domstolarna en grundlagsfäst normprövningsrätt och skyldighet, vilket ska fungera som en kontrollmekanism av styrande och lagstiftande makt. Fram till år 2010 var emellertid möjligheten att åberopa grundlagen till stöd för något författningsstridigt ytterst begränsad på grund av det uppenbarhetsrekvisit som följde av stadgandets dåvarande lydelse. Redan år 1992 tillsattes dock en utredning bland annat med avseende på normprövningsrätten. I direktiven angavs att paragrafen gav uttryck för en alltför restriktiv syn och därför inte var tillfredställande i sin utformning. Utredningen mynnade emellertid enbart ut i att EKMR skulle införlivas i svensk rätt och att normprövningen skulle ske även i förhållande till denna. Genom grundlagsändring år 2010 slopades sedermera uppenbarhetsrekvisitet, vilket i större grad öppnar upp för domstolarna att ta hänsyn till rättighetskatalogen. Undersökningar som gjorts innan slopandet av uppenbarhetsrekvisitet har visat att domstolen har haft en betydande återhållsamhet i normprövningssituationer.²⁹ Huruvida detta har förändrats sedan år 2010 är finns ännu inget klart svar på, men det finns indikationer om att domstolen har stärkt sin roll som grundlagens väktare.³⁰

3.2 USA - en konstitution i stark rättighetsanda

Det mest centrala ämnet i den konstitutionella debatten i USA handlar om skyddet för de medborgerliga rättigheterna. Debatten har pågått sedan

²⁷ A.a., s. 743.

²⁸ Nergelius (1996), s. 151 ff. och Nergelius (1999), s. 42 och 64.

²⁹ Se t.ex. Åhman i *Konstitutionell demokrati* (2004).

³⁰ Se t.ex. Bergman, *Dagens juridik* (2018), *Så befäster HD sin roll som grundlagens väktare - stärker skyddet för enskildas fri- och rättigheter*.

antagandet av konstitutionen och handlar om frågor som förhållandet mellan konstitutionen och vanlig lag, hur omfattande det rättsliga skyddet för enskildas konstitutionellt garanterade rättigheter är och vilken rätt domstolarna har att avgöra dessa rättsliga frågor. Den fundamentala tanken i den amerikanska revolutionen var strävan efter att förena folksuveräniteten som maktens ursprungskälla med en önskan om begränsning av densamma genom att ta hänsyn till människans rättigheter. De allmänna lagarna skulle stiftas av folkets företrädare och således ge uttryck för folksuveräniteten, medan medborgerliga rättigheter skulle representera en högre rätt. Allmänna lagar fick inte komma i konflikt med den sistnämnda. Motsättningen mellan folksuveränitet och rättigheter är vida erkänd bland jurister och politiker, och diskussionen handlar fortfarande om maktindelningen däremellan.

Den amerikanska rättskulturen präglas av en stark maktindelningsprincip, vilken mellan de federala organen kan sägas utgöra ett system för checks and balances. Att makten delas mellan de federalt viktigaste organen skapar en ökad maktbalans, liksom en möjlighet för institutionerna att kontrollera varandra. Genom konstitutionens art. 3 tillskrivs domstolen den judiciella makten, varvid domarna ges en konstitutionell maktposition. Vid sidan av den lagstiftande och verkställande makten, kan detta ses som ett nödvändigt element eller till och med som kärnan i den amerikanska maktindelningläran. Domstolarnas lagprövningsrätt fastslogs i det historiska avgörandet *Marbury v. Madison* redan år 1803 och den judiciella maktens styrka bekräftades i fallet *Steel Seizure Case*, vilket visar att såväl den lagstiftande som den verkställande makten är skyldig att följa den dömande maktens utslag.³¹

Ett hot mot Supreme Courts professionalism är emellertid de sätt på vilket dess ledamöter utses. Dessa utses av presidenten på livstid och det har på senare år blivit uppenbart att utnämningarna är en politisk och ideologisk

³¹ Nergelius (1996), s. 380.

fråga. Som en del av systemet med checks and balances ska visserligen ledamöterna godkännas av senaten. Syftet är att det ska fylla en funktion som en inbördes kontrollmekanism mellan verkställande, lagstiftande och dömande makt. Eftersom domstolen i praktiken har makten över lagförslagen, är det dock av intresse även för senaten att utse ledamöter som gynnar dess politiska intresse. Detta får till följd att domstolen, den starka maktindelningen till trots, blir föremål för politisering och domstolens oavhängighet av de politiska organen har blivit allt mer ifrågasatt.³²

3.3 England - landet utan skriven konstitution

Den engelska rätten karaktäriseras av ett parallellt regelsystem, till stor del bestående av common law, men också av den kodifierade statute law. England är ett mycket speciellt land när det kommer till konstitutionalism eftersom det är ett av mycket få demokratiska länder som saknar en skriven grundlag. Istället formas konstitutionen enligt en indelning av skrivna regler och lagar, common law-regler inklusive prejudikat samt sedvanerätt. Till sedvanerätten räknas också så kallade constitutional conventions. Var som bör poängteras är att ingen skillnad görs mellan lagar och regler av grundlagskaraktär och andra lagar. Den brittiska statsrätten vilar till stor del på den centrala principen om parlamentets oinskränkta lagstiftningsbefogenhet. Parlamentet beskrivs ibland som allsmäktigt och det finns inga rättsliga begränsningar för parlamentets lagstiftningskompetens, utan de kan stifta vilka lagar som helst i alla frågor. Vad som möjligtvis undergräver parlamentets suveränitet är deras åtaganden till följd av EU-medlemskapet. Ett annat särdrag i den brittiska konstitutionella rätten är det faktum att den verkställande och den lagstiftande makten är förenade.³³

³² A.a., s. 383.

³³ A.a., s. 291 ff.

Domstolarna är mer fristående, men har en absolut skyldighet att följa de så kallade Acts of Parliament. Denna ordning har blivit allmänt accepterad och föga ifrågasatt. Det innebär rent konkret att domstolen saknar en motsvarande normprövningsrätt som gäller i till exempel Sverige och USA, varför möjligheten för domstolen att utöva kontroll över den lagstiftande och verkställande makten är utesluten. Domstolarnas självständighet saknar konstitutionellt skydd och på ett principiellt plan kan därför styrkan i detta ifrågasättas. Dessutom sker tillsättningsprocessen av domarna politiskt, varför tanken om att den konstitutionella rätten ska verka begränsande för den offentliga makten försvagas i praktiken.³⁴

Domstolen har inte heller möjlighet att ta hänsyn till medborgerliga rättigheter i sin dömande verksamhet. Human Rights Act (HRA) är landets första rättighetsstadga, vilken infördes år 1998. Syftet med den var delvis att ge domstolen ett ökat inflytande i upprätthållandet av rättigheter, men till följd av den parlamentariska suveräniteten har de endast en formell rätt att konstatera en lags oförenlighet med rättighetskonventioner. Därefter är det upp till den lagstiftande makten att ändra lagstiftningen så att den överensstämmer med rättighetsstadgan. Det innebär återigen att rättigheternas effektivitet blir en politisk fråga, utan reellt skydd av den brittiska konstitutionella rätten.³⁵

3.4 Tyskland - ett konstitutionellt system präglat av historia

Den tyska grundlagens ställning är starkt präglad av landets historia. Efter nazitiden var lagstiftarna mycket angelägna om att ge grundlagen en humanistisk prägel, vilket återspeglas i det starka skydd som medborgerliga

³⁴ Barendt (1998), s. 6 ff.

³⁵ A.a., s. 49 f.

rättigheter åtnjuter. Folksuveräniteten begränsas både genom regler om maktindelning och en omfattande rättighetskatalog, varav den sistnämnda binder alla statliga myndigheter som omedelbar gällande rätt och rättigheterna kan inte utan vidare begränsas, inskränkas eller avskaffas. Rättigheternas ”väseninnehåll” får aldrig inskränkas ens genom lag. Till de medborgerliga rättigheterna räknas också de judiciella rättigheterna som säkerställer ett korrekt och lagenligt brottmålsförfarande.³⁶

Viktigast i den tyska konstitutionen är dock att författningsdomstolen ges befogenhet att pröva om vanlig lag kränker någon av rättigheterna i grundlagen. Dessutom kan varje enskild person anföra författningsbesvär när vederbörande anser att någon har fått någon av sina grundrättigheter kränkt. Den principiella bekännelsen till, och skyddet för, de mänskliga rättigheterna som samhällets grundval stannar i Tyskland inte vid ord. Den rättsliga regleringen kring rättigheternas inflytande på rättsordningen och när var och en av dem får begränsas är omfattande.³⁷ Ett ingrepp i en rättighets verkningsområde som begränsar eller uppställer krav för enskildas möjlighet att begagna sig rättigheten, kan endast ske genom lag eller med stöd av lag. Vid ett alltför långtgående ingrepp uppstår en kränkning.³⁸

Den tyska författningsdomstolen har långtgående befogenheter och spelar en central roll i tysk rätt. Avgörandena har stor auktoritet och är starkt bidragande till statsrätten, både teoretiskt och praktiskt. Författningsdomstolen är en domstol bland övriga allmänna och federala domstolar, men den ska också betraktas som ett författningsorgan. Denna markering för författningsdomstolens ställning ger uttryck för maktdelningsprincipen. Ledamöterna utses till hälften av förbundsdagen och till hälften av förbundsrådet, vilket ökar den politiska acceptansen för

³⁶ Nergelius (1996), s. 206 f.

³⁷ A.a., s. 208 & 210.

³⁸ A.a., s. 224.

domarna. Dessutom måste varje ledamot ha stöd av två tredjedelar av rösterna i förbundsrådet och förbundsdagen, varför någon partipolitiskt kontroversiell ledamot svårligen kan utses. Ledamöterna utses inte på livstid, utan ämbetsperioden är 12 år. Detta tillsammans får sägas ha bidragit till den breda acceptans domstolen har hos medborgare, politiker och jurister.³⁹

Författningsdomstolen kan pröva lagars grundlagsenlighet genom abstrakt och konkret normkontroll samt enskildas författningsbesvär. Förbundsregeringen, en delstatsregering eller en tredjedel av ledamöterna i förbundsdagen kan kräva en abstrakt normkontroll. Dessa regler är ett medel att säkerställa den federala statens överhöghet, men också normhierarkin. Konkret normkontroll föreligger när en domstol under pågående tvist anser en lag vara grundlagsenlig. Av denna regeln följer att allmänna domstolar har rätt och skyldighet att pröva lagar, förordningar och lägre normers grundlagsenlighet. Vid osäkerhet om huruvida en lag är grundlagsstridig måste domstolen inhämta ett bindande utlåtande från författningsdomstolen. Författningsbesvär kan anföras mot alla domar, myndighetsbeslut och handlingar från offentliga organ av den som anser sig har fått sin rättighet kränkt.⁴⁰

3.5 Analys - vilken roll spelar

konstitutionalismen för en stats

rättighetsskydd i straffprocessen?

Hur starkt rättighetsskyddet i en stats straffprocess är kan konstateras ha ett nära samband med rättsordningens syn på konstitutionalism och hur demokratibegreppet härvid tar sitt uttryck. USA och Tyskland har en stark

³⁹ A.a., s. 225 ff.

⁴⁰ A.a., s. 230 ff.

konstitutionell konstitution, vilket till stor del kan finna sin förklaring i ländernas historia. En utpräglad maktindelning är fundamental i båda länderna och innebär en reell verkan för att det konstitutionella rättighetskyddet upprätthålls. Detta återspeglas också i förekomsten av författningsdomstol i Tyskland och den stora respekt som densamma åtnjuter, liksom i Supreme Courts omfattande makt som konstitutionell väktare. Individförankringen är framstående i dessa två rättskulturer och den ställning som rättighetskatalogerna i respektive land har fått, innebär en verkligt begränsande funktion gentemot den statliga makten. Sett till dessa två länder spelar konstitutionalismen en avgörande roll för hur vilken ställning rättighetskyddet får i straffprocessen.

Som kontrast till ovanstående finns England och Sverige, vars system är betydligt mer statsförankrat och där allmänna intressen främst värnas genom lagstiftning. England saknar skriven konstitution och har dessutom en nästintill obefintlig maktindelning. De engelska domstolarnas avsaknad av konstitutionell möjlighet att verka som rättighetsväktare innebär att rättighetskyddet ytterst blir en politiserad fråga. Avsaknad av, eller en svag konstitutionalism, innebär inte nödvändigtvis att det helt saknas ett rättighetskydd i straffprocessen, men garantin för det är beroende av en välvillig lagstiftare och är därför inte lika omfattande som i en konstitutionellt stark stat. I Sverige kan demokratin identifieras genom majoritetsstyre och således folksuveränitet, varvid domstolarna underkastas det demokratiska spelets regler. Maktindelningen är härvid förhållandevis svag, även om det finns en grundtanke om självständiga domstolar. Det svenska systemet saknar således en lika effektiv skyddsmekanism för mänskliga rättigheter motsvarande den som till exempel den amerikanska maktindelningen härvid utgör. Det är uppenbart att det svenska rättssystemet är präglad av en historia av rättsrealism, särskilt med tanke på de förhållandevis sena införandet av en omfattande rättighetskatalog och det tidigare uppenbarhetsrekvisitets för normprovningens begränsande verkan.

Slopandet av uppenbarhetsrekvisitet är en utveckling i riktning mot en normprövningsrätt som ger domstolen möjlighet att i större utsträckning verka som konstitutionell väktare i förhållande till lagstiftningsmakten. En sådan förändring av domarkulturens lagstiftningslojalitet torde dock kunna ta långt tid.

Det svenska rättssystemets förhållningssätt till konstitutionalism är rimligtvis ett resultat av en förhållandevis fredlig historia och en mellan staten och individen relativt välbalanserad makt. Det stora förtroendet för, och styrkan i, parlamentets legitimitet torde vara förklaringar till att domstolarnas normprövning gentemot konstitutionen inte har varit särskilt omfattande. För att de i svensk rätt gällande rättighetskatalogerna ska få ett verkligt genomslag och för att konstitutionellt skyddade områden fullt ut ska skyddas från intrång, kan det argumenteras för att en tydligare maktdelning och en starkare konstitutionalism hade varit önskvärd även i den svenska rättskulturen. Om konstitutionen i större utsträckning fick sitt innehåll genom domstolarnas tolkning, skulle möjligheterna för den att verka som ett levande instrument som kunde utvecklas i takt med samhället öka. Det är en viktig aspekt när det kommer till otillåtet åtkommen bevisning i synnerhet, eftersom staten torde bli mer benägen att tänja på gränser för sin maktbefogenhet i takt med att samhällsklimatet kräver det.

Genom redogörelsen för ovanstående staters olika konstitutionella kontexter kan en svag konstitutionalism definieras i Sverige och England jämfört med i USA och Tyskland, vilket också torde påverka hur starkt rättighetsskyddet i straffprocessen är. Vad som ovan konstaterats tål att hållas i minnet genom den fortsatta framställningen. Uppsatsen kommer återkomma till konstitutionalism och rättighetsskydd i senare delar, men vad som kan tas för säkert redan nu är att den för uppsatsen aktuella frågan måste ses i en större kontext än enbart avgränsad till processrätten.

4. Svensk bevisrätt och otillåtet åtkommen bevisning

I detta kapitel redogörs för nationell gällande bevisrätt och hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning. Syftet är ytterst att kartlägga vilka förklaringsinstrument som finns för att bevisrätten får det utfall den får, men också att framföra den kritik som häremot riktats med avseende på otillåtet åtkommen bevisning. På så vis blir det möjligt att dra slutsatser kring förhållandet mellan bevisrätten och upprätthållandet av mänskliga rättigheter samtidigt som det lämnas utrymme för att värdera detsamma.

4.1 Rättegångsbalken och bevisrätten

Under medeltiden och större delen av den nyare tiden präglades den svenska bevisrätten av legal bevisteori, vilket innebar att lagen föreskrev vilka bevismedel som var tillåtna och vilket värde dessa skulle tillmätas. Närstående eller personer med intresse i saken ansåg vara jäviga och fick inte vittna. Det ställde också krav på förekomsten av flera pålitliga vittnen för att en fällande som skulle kunna meddelas.⁴¹ Den legala bevisteorin gjorde processen långsam och komplicerad och i vissa fall medförde den processuella ordningen att den materiella rätten inte fick genomslag.⁴² En viktig fördel med den då rådande ordningen var dock att domarnas bevisvärdering lättare gick att kontrollera, vilket ökade kraven på korrekt tjänsteutövning.⁴³ I samband med att rättegångsbalken från år 1734 upphävdes under 1940-talet, tog även bevisrätten en ny riktning. Övergången till fri bevisprövning hade vid processrättsreformens

⁴¹ Ekelöf m.fl. (2005), s. 20.

⁴² SOU 1926:31, s. 3.

⁴³ Ekelöf m.fl. (2005), s. 21.

genomförande redan påbörjats i praxis, men först vid införandet av vår moderna rättegångsbalk fick den fullt genomslag.⁴⁴

Principen om fri bevisprövning har sedermera intagit en stark ställning i svensk processrätt. Även om det inte framgår uttryckligen av ordalydelsen, är principen lagstadgad genom RB 35:1 1 st. Paragrafen föreskriver att ”rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.” Här inkluderas såväl principen om fri bevisföring som principen om fri bevisvärdering. Till skillnad från den legala bevis teorin karakteriseras den fri bevisprövningsmodellen av just frånvaron av föreskrifter om tillåtna och otillåtna bevismedel och hur den bevisning som förebringas i ett mål ska värderas.⁴⁵

Av principen om fri bevisföring följer att allt som har ett bevisvärde får läggas fram vid huvudförhandlingen. I RB 35:7 ges domstolen möjlighet att avvisa bevisning som är obehövlig eller som saknar betydelse för målet.⁴⁶ Dessa inskränkningar bör dock förstås med hänsyn till stadgandet om fri bevisprövning och en försiktig tillämpning förespråkas således.⁴⁷

Inte heller avseende hur bevisvärderingen ska ske, ges någon vägledning i RB. Till följd av den fria bevisrättens karaktär har denna helt överlåtits till domarna. Den enda förhållningen är skrivningen i lagtexten om att rätten ska göra en samvetsgrann prövning. Processlagsberedningen hintar om att bevisvärderingen ska ske på ett förståndigt sätt och resonemanget ska grundas på skäl som rimligtvis kan förstås av en annan förständig person. Denne ska sedan kunna nå fram till samma materiella resultat som

⁴⁴ Ekelöf m.fl (2005), s. 20.

⁴⁵ SOU 1938:44 s 38 och 377.

⁴⁶ Avseende avvisningsmöjlighet, se till exempel RB 36:5 om tystnadsplikt och sekretess, RB 41:1 om bevisupptagning för framtida säkerhet, RB 35:14 om förbud mot utsagor från förundersökningen. Exempler har dock flera undantag.

⁴⁷ Fitger (1993), s. 244.

domstolen.⁴⁸ Kravet på att domstolen motiverar sin slutsats i domskälen är den kontrollmekanism som finns till försäkring om att bevisvärderingen inte skett subjektivt och godtyckligt.⁴⁹

4.2 Otillåtet åtkommen bevisning i doktrin

Som utgångspunkt uppställer inte bevisrätten så som den kommer till uttryck i RB några hinder för att föra fram bevisning som åtkommit i strid med en viss rättsregel eller rättsgrundsats.⁵⁰ Värt att notera i sammanhanget är att RB 35:1 2 st öppnar upp för möjligheten att genom stadgande i lag föreskriva vilken verkan ett visst bevis ska ha och således inskränka den fria bevisrätten. Frågan om hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning på grund av inskränkning i en rättighet har diskuterats i doktrin. Ekelöf har härvid framhållit att det, avseende den fria bevisföringen, måste finnas någon form av bortre gräns för vad som är rimligt att tillåta. Exakt var den gränsen ska gå råder det ovisshet om, men Ekelöf föreslår en analog tillämpning från den internationella privaträtten där det finns ett allmänt uttryck om att bevisupptagning inte bör tillåtas om den skulle uppfattas som uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen i riket.⁵¹

Lundkvist har argumenterat för att en avvägningsteori mellan intressen ska tillämpas i frågan om tillåtligheten av viss bevisning. Han menar att förhållandet mellan bevisrätten och upprätthållandet av rättigheter är en komplex problembild som för ett rimligt resultat förutsätter en nyanserad prövning som tillåter anpassning efter situation. Att enbart göra bedömningen utifrån rättvisan i rättegången i sin helhet, menar Lundkvist

⁴⁸ SOU 1938:44, s. 378.

⁴⁹ Ekelöf m.fl. (2009), s. 160 ff.

⁵⁰ Fitger, Rättegångsbalken, Zeteo - kommentar till 35 kap. 1§.

⁵¹ Ekelöf m.fl. (2005), s. 246.

ger för stort utrymme åt flexibilitet.⁵² Heuman har istället, med anledning av den starka ställning som principen om fri bevisprövning har, frågat sig om det inte snarare vore lämpligt med ett bevisvärderingsförbud i vissa fall, snarare än ett bevisprövningsförbud.⁵³ Essunger menar att ett bevisföringsförbud skulle kunna införas baserat på grundlag. Även Lundkvist har påpekat det faktum att rättigheter är stadgade i grundlag, medan principen om fri bevisprövning saknar ett sådant skydd.⁵⁴ Ahlstrand har konstaterat att den fria bevisprövningen efter inflytande av främst europeiskt rätt inte längre är lika självklar. Han menar dock att vi bör värna om den fria bevisprövningens princip och att en utveckling mot en legal bevisteori innebär större faror för rättssäkerheten. Ahlstrand konstaterar emellertid att nackdelen med den nu rådande ordningen är att i den mån åberopad bevisning uppfyller de formella kraven godtas den helt okritiskt.⁵⁵

4.3 Otillåtet åtkommen bevisning i praxis

Nationell praxis präglas mot bakgrund av ovanstående i hög grad av principen om fri bevisprövning. Det finns emellertid en del rättsfall där frågan om hur otillåtet åtkommen bevisning ska hanteras har ställts på sin spets. En redogörelse för dessa illustrerar utfallet av, och förhållandet mellan, den fria bevisrätten och upprätthållandet av rättigheter, såsom varande gällande rätt. Det första rättsfallet är ett integritetsfall där överskottsinformation genererats genom hemlig avlyssning. Rättighetskränkningen ligger härvid i att det saknats stöd i lag för avlyssning av det brott som det framkom information kring, varvid det uppkommer en konflikt med rätten till integritet.

⁵² Lundkvist (1998), s. 243 och 269 ff. Exakt vad som avses med det sistnämnda ges ingen närmare förklaring.

⁵³ Heuman (1998/99), s. 229.

⁵⁴ Lundkvist (2015), s. 27.

⁵⁵ Ahlstrand, SvJT 2002, s. 545.

De andra två fallen är så kallade provokationsfall. Härvid bör något nämnas om brotts- respektive bevisprovokation. I båda fallen handlar det om polisiära brottsbekämpningsmetoder, vilka inte är särskilt reglerade i lag. Brottsprovokation föreligger när polisen förmår en person att begå ett brott, medan bevisprovokation föreligger när polisen provocerar fram bevis för ett redan begånget brott. Detta sker oftast genom någon form av infiltrationsåtgärd.⁵⁶ En viss begreppsproblematik ligger i att det inte går att dra någon tydlig gräns mellan dessa två typer av åtgärder, då förfarandena ofta överlappar eller medför varandra. Vilket provokationsförfarande som föreligger har ändock betydelse för huruvida rättegången kan anses rättvis, vilket kommer visas nedan.

I rättsfallen redogör HD på ett principiellt plan för hur otillåtet åtkommen bevisning hanteras i förhållande till bevisrätten och vilken betydelse rätten till en rättvis rättegång härvid får. Rättsfallen bekräftar också till stor del tidigare praxis, varför framställningen har begränsats till de senaste relevanta rättsfallen. EKMRs eventuella inflytande på den svenska bevisrätten torde också framgå tydligast här.

4.3.1 Överskottsinformation

I *NJA 2003 s. 323* hade avlyssning skett av två personers telefoner då misstanke om narkotikabrott förelåg. Vid avlyssningen framkom information om andra brott än för vilka avlyssning hade beviljats, varpå frågan om huruvida dessa fick användas som bevisning uppkom. HD hänvisade inledningsvis till den fria bevisprövningen och påpekade med stöd av tidigare praxis att det som utgångspunkt är tillåtet att föra bevis som inte tillkommit i föreskriven ordning eller när oklarheter kring bevisets åtkomstsätt föreligger.⁵⁷ Därav konstaterades att avsaknaden av positivt

⁵⁶ Asp, SvJT 2008, s. 779 ff.

⁵⁷ Se t.ex. *NJA 1998 s. 204*.

lagstöd inte utgjorde hinder för att förebringa bevisningen. HD övergick istället till att pröva ifall EKMR art. 6 om rätten till en rättvis rättegång kunde innebära att bevisningen inte fick användas. Det konstaterades att en kränkning av rätten till privatliv i EKMR art. 8 visserligen förelåg vid åtkomstillfället, eftersom det lagstöd som krävs för avlyssning om just det brottet saknades. Detta var dock inte avgörande för frågan om huruvida informationen fick användas som bevis. HD hänvisade till Europadomstolen och anförde att det kan vara legitimt att åberopa bevisning som åtkommit på ett sätt som inte är förenligt med konventionen.⁵⁸ Avseende bevisvärderingen anförde HD att avsaknaden av lagregler för bevisets åtkomstsätt och det faktum att åtkomståtgården kränkt en rättighet, inte i sig påverkar informationens bevisvärde, i synnerhet inte när avlyssningen hade beslutats i föreskriven ordning. Visserligen konstaterades att sådan bevisning i de flesta fall torde vara beroende av stödbevisning för att fällande dom ska kunna meddelas. HD observerade dock att det i Europadomstolens praxis fanns fall där bevisning som tillkommit i strid med EKMR art. 8 ensamt tillätits ligga till grund för fällande dom, och således inte ansetts göra rättegången orättvis.⁵⁹

4.3.2 Bevisning åtkommen genom infiltrations - eller provokationsåtgärder

I *NJA 2007 s. 1037* hade en informatör från polisen tagit initiativ till att köpa en tavla från två personer. Polisen visste att tavlan hade anskaffats vid ett rån och de två personer som polisen önskade köpa tavlan ifrån hade i samband med rånet varit åtalade för medhjälp till rån. Dessa åtalades nu för häleri. Syftet från polisens sida var att få tillbaka tavlan, men också att skaffa bevis mot de som befattat sig med den. HD ansåg att detta i och för

⁵⁸ Detta framgår av bl.a. *Khan mot Förenade Kungariket (2000)* och *P.G. och J.H mot Förenade Kungariket (2001)*. Se vidare i kapitel 5.

⁵⁹ Se även här kapitel 5; Avseende rättsfallet bör påpekas att det efter denna dom infördes en ny paragraf i RB där möjligheterna att använda sådan typ av information inom ramen för förundersökningen reglerades.

sig utgjorde skäl för åtgärderna, men vad domstolen hade att bedöma var om och i så fall hur den ostridiga provokation som föranledde försäljningen skulle påverka bedömningen av åtalet. HD konstaterade att det ytterst handlar om att ta ställning till huruvida lagföring efter sådana här provokativa åtgärder innebär att rätten till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävd. Utgångspunkt togs i ett fall från Europadomstolen⁶⁰ och HD landade i att vad som är avgörande är huruvida infiltratören agerat enbart som sådan eller om denne genom sin roll provocerat fram ett brott som annars inte hade begåtts. Avseende svensk doktrin anförde HD att det finns olika uppfattningar om på vilket sätt provokativa åtgärder bör beaktas och vilka krav som faktiskt ställs genom EKMR. HD konstaterade att det torde föreligga en skyldighet för nationell domstol att avbryta ett straffrättsligt förfarande så snart det visar sig att rätten till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävd som en direkt följd av provokativa åtgärder. Vidare resonerar HD kring hur detta ska hanteras, varvid de konstaterar att det med hänsyn till principen om fri bevisföring framstår som främmande att i svensk rätt behandla ett förbud mot lagföring vid polisprovokation som en följd av ett bevisförbud. HD underströk att det skulle vara svårt att överblicka vilka konsekvenser ett sådant synsätt skulle få när det gäller den principiella uppbyggnaden av bevisrätten som sådan.

Till slut landade HD i att provokationen skulle betraktas som en bristande straffbarhetsbetingelse. Domstolen betonade dock att denna ”lösning” enbart tar sikte på fall där rätten till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävs till följd av provokationen. HD uttryckte vidare att

”en annan sak är att det i fall där en provokation inte utesluter straffbarhet kan finnas skäl att beakta provokationen genom lindring av påföljden eller påföljdseftergift”.

⁶⁰ Se avsnitt 5.2.2.

I fallet *NJA 2011 s. 638* gjorde HD en grundlig genomgång av hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning på ett principiellt plan. Polisen hade använt sig av infiltratorer i syfte att få till stånd en bevisprovokation, vilken hade inslag av såväl utpressning som hot. Avseende åtkomståtgärdens tillåtlighet påpekade HD att detta är av indirekt betydelse för rättegången, eftersom huvudregeln i svensk rätt är att all relevant bevisning får åberopas. Om eller i vilken grad bevisets åtkomstsätt ska tillmätas betydelse avgörs inom ramen för den fria bevisvärderingen och har således inte med bevisföringen att göra. Vad som ytterst ankom på domstolen avseende denna fråga var att beakta den tilltalades rätt till en rättvis rättegång och enbart i den bemärkelsen finns anledning att väga in bevisningens anskaffningssätt.

HD anförde att vad som är av stor betydelse för rätten till en rättvis rättegång är vad den tilltalade har utsatts för vid åtkomsten av bevisningen, till exempel om det förekommit allvarliga påtryckningar och om denne befunnit sig i en särskilt pressad situation.⁶¹ HD anförde att sådana omständigheter i första hand ska få betydelse för bevisningens värde och att uppgifter som framkommit under stark otillbörlig press, typiskt sett kan antas ha lågt bevisvärde. Den fråga som uppstod var emellertid om bevis som framkommit under sådana förhållanden, men som likväl är tillförlitliga, kan få en avgörande betydelse för fällande dom. HD anförde härvid att skyddet mot otillbörliga åtgärder som är centralt i rätten till en rättvis rättegång, blir försvagat i en sådan situation. Detta tar dock närmast sikte på fall då bevisåtkomsten strider mot EKMR art. 3 om förbud mot tortyr och omänsklig behandling och att användningen av sådana bevis kan innebära att hela rättegången blir orättvis. När sådan bevisning ändå åberopas inför domstol i ett brottmål kan följderna bli att huvudregeln om att bevisning får åberopas även om den tillkommit i obehörig ordning, inte alltid är möjlig att upprätthålla fullt ut.

⁶¹ Bykov mot Ryssland (2009).

Avslutningsvis uttalade sig HD om det som i doktrin har kommit att kallas för ”frukten från det förgiftade trädet”. Det konstaterades att EKMR art. 3 kan få betydelse för möjligheten att använda inte bara bevis som framkommit omedelbart genom handlingar i strid mot art. 3, utan också annan utredning som kunnat anförscaffas till direkt följd av sådana handlingar. Detta kan få som yttersta konsekvens att fällande dom inte kan meddelas.⁶² Om bevisning åtkommit genom otillbörliga åtgärder av mindre allvarligt slag, menade HD dock att detta synsätt inte kan anses påkallat även om rätten till en rättvis rättegång har kränkts. Utredning som har möjliggjorts genom de otillbörliga åtgärderna måste kunna åberopas och bedömas i vanlig ordning. Kränkningen torde kunna vägas in genom val och bestämning av påföljd.⁶³

4.4 Analys - hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning i svensk rätt

Jämfört med den legala bevisteorin får principen om fri bevisprövning anses ha flera fördelar. Att parterna i en process har möjlighet att åberopa all typ av bevisning kan i många fall ses som positivt för såväl rättssäkerhetsintresset som brottsbekämpningsintresset. Att åklagaren kan åberopa all för talan relevant bevisning är givetvis värdefullt ur brottsbekämpningssynpunkt. Samtidigt får denna ordning också anses vara viktig ur rättssäkerhetssynpunkt eftersom den tilltalade har ett intresse av att dömas på ett så tillfredställande bevismaterial som möjligt. När staten har gått utöver sina maktbefogenheter genom att åtkomma bevisning genom otillåtna rättighetskränkningar, blir situationen emellertid en annan. Härvid får den fria bevisföringen en klart brottsbekämpande karaktär, medan

⁶² Detta framgår av bl.a. Europadomstolens domar Harutyunyan mot Armenien (2007) och Gäfgen mot Tyskland (2010), se vidare kapitel 5.2.3.

⁶³ Jfr. NJA 2003 s. 414 och NJA 2005 s. 462.

rättssäkerheten försvagas genom att maktbalansen rubbas till fördel för den statliga aktören. Härvid kan återknytas till principen om parternas likställighet och ett ifrågasättande om hur väl den går hand i hand med den fria bevisföringen i aktuell situation är på sin plats. Så länge otillåtet åtkommen bevisning ohämmat tillåts, har polis och åklagaren som representanter för staten ett klart maktövertag med hänsyn till de åtgärder de har möjlighet att vidta gentemot den som misstänks för ett brott. Den fria bevisföringen får således konstateras fylla en klart brottsbekämpande funktion snarare än en rättssäker. I den fria bevisrätten inkluderas emellertid som bekant även den fria bevisvärderingen, och det blir därför ytterst upp till domstolarna att avgöra huruvida den svenska bevisrätten i situationer av otillåtet åtkommen bevisning ändå kan anses utgöra ett medel för en tillfredställande avvägning mellan rättssäkerhetsintresset och brottsbekämpningsintresset.

Av de ovan berörda rättsfallen bekräftas den fria bevisprövningens starka ställning i svensk processrätt. HD uttrycker tydligt att detta är utgångspunkten och att förhållande inte förändras av att bevisningen åtkommit i strid med eller utan stöd i lag. Av HD:s resonemang i rättsfallet från år 2003 går att utläsa att en åtkomståtgärd som kränker en rättighet inte ens behöver påverka bevisets värde, vilket de i och för sig helt och hållet stöttar på praxis från Europadomstolen. Härvid åsyftas främst kränkningar av EKMR art. 8. I fallet från år 2001 om brottsprovokation förtydligas HDs ovilja att överhuvudtaget befatta sig med något som skulle kunna liknas vid ett bevisförbud av en rädsla för vilka konsekvenser det skulle kunna få för den etablerade bevisrätten. HD lyckas istället hitta en betydligt mer långsökt lösning för att fallet skulle hanteras på ett sätt som inte strider mot Europadomstolens praxis om brottsprovokation och rätten till en rättvis rättegång. Även i fallet från år 2011 klargör HD att den enda gången de är benägna att ta hänsyn till bevisets åtkomstsätt är om det skulle innebära att rätten till en rättvis rättegång har blivit kränkt. Det är emellertid enbart

åtgärder som strider mot EKMR art. 3 som kan medföra att rättegången vid användandet av bevisningen blir så orättvis att den sistnämnda inte får ligga till grund för fällande dom. Sådan bevisning som åtkommits på ett sätt som i övrigt visserligen kränkt rätten till en rättvis rättegång, men där åtkomståtgärderna varit av mindre allvarligt slag, ska hanteras genom att den vid bevisvärderingen tillerkänns ett lågt bevisvärde och att den tilltalade eventuellt får ett lindrigare straff.

Slutsatsen av HD:s praxis måste således bli att som utgångspunkt beaktas inte bevisets åtkomstsätt om inte EKMR art. 6 kräver det. Så är inte fallet vid åtkomståtgärder som inneburit en kränkning av EKMR art. 8 - detta tas således ingen hänsyn till varken bevisförings- eller bevisvärderingsmässigt. Om användning av bevisning som åtkommits genom provokationsåtgärder och där användningen i och för sig kränker rätten till en rättvis rättegång, men där åtgärderna är av mindre allvarligt slag ska detta hanteras genom lägre bevisvärde och kanske strafflindring. Först om bevisningen åtkommits genom eller som en direkt följd av åtgärder som allvarligt kränker EKMR art. 3 och rätten till en rättvis rättegång härvid har blivit oåterkalleligen undergrävd, kan eventuellt ett bevisförbud vara aktuellt att tillämpa. HD verkar således vara benägna att göra avsteg från principen om fri bevisföring, men enbart när en absolut och oinskränkbar rättighet har blivit kränkt.

Vad som också är intressant att notera i sammanhanget är att HD i samtlig av sina resonemang kring användningen av denna typ av bevisning, hänvisar till EKMR och Europadomstolens praxis. Detta indikerar att HD är noggrann med att deras dömande verksamhet är i förenlighet med det skydd för mänskliga rättigheter som Sverige genom antagandet av EKMR som svensk lag förpliktigas att upprätthålla. De verkar dock inte ha någon som helst benägenhet att eftersträva ett större skydd än vad som är absolut nödvändigt för att nå upp till EKMR:s minimistandard. Inga resonemang

förs i förhållande till Sveriges egen konstitution i form av rättighetskatalogen i RFs andra kapitel. Att den fria bevisrätten är nästintill helig och att upprätthållandet av den är viktigare än ett fullständigt upprätthållande av mänskliga rättigheter, framgår med all tydlighet.

Att hantera kränkningar av rätten till en rättvis rättegång genom att tillerkänna det ett lägre bevisvärde och eventuell strafflindring för den tilltalade innebär dock att den kränkta rättigheten i viss mån återvinns. Ett lågt bevisvärde innebär att det torde krävas annan bevisning för att en fällande dom ska kunna meddelas, vilket ändå får ses som en form av upprättelse i maktbalansen. I kombination med att en strafflindring sedan ges går det att argumentera för att detta är en tillräckligt god lösning på problematiken och att en rimlig kompromiss mellan brottsbekämpningsintresset och rättssäkerhetsintresset på så vis uppnås. Ur en rättighetsaspekt är det emellertid inte tillfredställande att kompensera användningen av metoder som innebär rättighetskränkningar med strafflindring. Det innebär en uppenbar risk att för att rättighetskränkningar sätts i system för att på så vis tillgodose statens brottsbekämpningsintresse.

5. Europakonventionen och rätten till en rättvis rättegång

Syftet med detta kapitel är att utreda och analysera vilka krav rätten till en rättvis rättegång i EKMR art. 6 om rätten till en rättvis rättegång de facto ställer på nationell bevisrätt. EKMR utgör tillsammans med RF:s andra kapitel den rättighetsstadga som det svenska rättssamhället har att förhålla sig till. EKMR art. 6 etablerar en yttre ram för rättighetsskyddet i straffprocessen och Europadomstolen skulle härvid kunna ses som en form av författningsdomstol. Att undersöka vilka krav som ställs möjliggör en argumentation dels kring nationell bevisrätts förenlighet med art. 6, dels huruvida densamma utgör en tillräcklig begränsning för upprätthållandet av rättighetsskyddet i straffprocessen.

5.1 Rätten till en rättvis rättegång i bevisrättshänseende

EKMR art. 6 om rätten till en rättvis rättegång innehåller en rad viktiga föreskrifter exklusivt till skydd för den tilltalade och utgör således en viktig grundbult i straffprocessen. Trots att art. 6 inte är en bevisrättslig regel, genererar den till följd av sin karaktär som beskyddare av mänskliga rättigheter en del principer som har relevans för bevisrätten. Även om Europadomstolen har lämnat en förhållandevis stor *margin of appreciation* till respektive stat i fråga om just bevisrätten, ställer art. 6 krav på att rättegången i sin helhet ska vara rättvis.⁶⁴ Däri innefattas aspekter på bevisrätten, såsom hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning. Art. 6 är uppbyggd av flera andra rättigheter, vilka ofta är sammanflätade och

⁶⁴ Se bl.a. Allan mot Förenade kungariket, 2002, punkt 42.

beroende av varandra. Dessutom finns rättigheter fristående från art. 6 som ändå har betydelse för bedömningen av huruvida en rättegång varit rättvis.

5.1.1 Oskyldighetspresumtion, kontradiktion och likställdhet mellan parterna i art. 6

Oskyldighetspresumtionen inbegrips i art. 6 och är en starkt vedertagen straffprocessuell princip som har en räckvidd långt utanför enbart själva rättegången.⁶⁵ Av oskyldighetspresumtionen följer i bevisrätts hänseende två viktiga rättigheter, nämligen rätten till tystnad och rätten att inte belasta sig själv.⁶⁶ För att rätten att inte belasta sig själv ska kunna förverkligas förutsätts att det finns en rätt till tystnad. På samma sätt förverkligas rätten till tystnad genom rätten att inte belasta sig själv och således är båda rättigheterna en förutsättning för varandras existens. För bedömningen av vilken betydelse otillåtet åtkommen bevisning får för rätten till en rättvis rättegång utgör dessa viktiga parametrar. Åklagarens fullständiga bevisbörda och de höga beviskrav som råder i straffprocessen, följer direkt av oskyldighetspresumtionen. Konsekvensen av att en tilltalad berövas sin rätt till tystnad, blir att bevisbördan istället läggs på den tilltalade. En sådan ordning är utifrån oskyldighetspresumtionen helt oacceptabel. I doktrin har uppfattningen framförts om att förebringande av otillåtet åtkommen bevisning har en viss urholkande verkan på oskyldighetspresumtionen, varför sådan bevisning inte bör tillåtas i en rättegång.⁶⁷ En viss formalisering av bevisrätten är härvid nödvändig för att oskyldighetspresumtionen ska framstå som verklig och effektiv.⁶⁸

⁶⁵ Nowak (2003), s. 31 ff.

⁶⁶ Se John Murray mot Storbritannien 1996, p. 45 respektive Saunders mot Storbritannien 1996, p. 68.

⁶⁷ A.a. (2003), s. 178.

⁶⁸ A.a. (2003), s. 193.

Kontradiktionsprincipen i art. 6.3d innebär att en tilltalad ska ha fullständig möjlighet att bemöta de anklagelser som riktas mot denne, varför all bevisning i en process måste kommuniceras.⁶⁹ Det är således åklagarens skyldighet att göra all bevisning tillgänglig för försvaret, såväl positiv som negativ för den tilltalade.⁷⁰ Europadomstolen har härvid uttalat att rätten att närvara vid förebringade av bevisning inte är en absolut rättighet och att det ibland kan vara nödvändigt att göra vissa intresseavvägningar.⁷¹ Vad som krävs är att den tilltalade försäkras en process som till sin helhet är rättvis och där kontradiktion tillgodoses på andra sätt än just genom närvaro vid bevisningens förebringade. Europadomstolen har i sammanhanget framhållit att inskränkningar i den tilltalades rättigheter som gjorts av staten måste balanseras genom någon form av processuell sanktion.⁷²

Principen om parternas likställdhet innebär att parterna i en process ska behandlas likvärdigt, utan att den ena gynnas av bekostnad på den andra. I ett brottmålsförfarande innebär principen att den tilltalade inte får ha sämre möjligheter än åklagaren att föra sin talan inför domstol. Danelius har i doktrin framfört att favorisering av den tilltalade är nödvändigt för att utesluta risken för att denne fälls oskyldig.⁷³ För att de nationella förfarandereglerna ska vara förenligt med EKMR bör dessa präglas av likställdhet.⁷⁴ I ett brottmål råder som utgångspunkt en obalans mellan parterna, till följd av att polis och åklagare har möjlighet att använda straffprocessuella tvångsmedel. För att återupprätta likställdheten bör det vara nödvändigt med processuella åtgärder till fördel för den tilltalade.⁷⁵ Att obehindrat tillåta användning av otillåtet åtkommen bevisning är onekligen

⁶⁹ Danelius (2015), s. 169.

⁷⁰ Se PG och JH mot Förenade kungariket, p. 67.

⁷¹ A.a. I fallet hade försvaret undanhållits viss bevisning till skydd för polisens spaningsmetoder.

⁷² A.a. p. 68.

⁷³ Danelius (2012), s. 248 och 257.

⁷⁴ A.a. s. 201.

⁷⁵ PG och JH mot Förenade kungariket, p. 68.

till nackdel för den tilltalade, varför det för upprätthållandet av principen om parternas likställdhet kan argumenteras för ett bevisförbud.

5.1.2 Andra rättigheter av betydelse för bedömningen av rätten till en rättvis rättegång

Utöver de rättigheter som inbegrips i rätten till en rättvis rättegång, finns rättigheter i EKMR art. 3 och art. 8 som är av relevans för huruvida användningen av otillåtet åtkommen bevisning står i strid med rätten till en rättvis rättegång. Anledningen till detta är att åtkomståtgärdernas otillåtlighet ofta är hänförliga till kränkningar av rättigheter som skyddas under dessa artiklar. I Europadomstolens praxis bedöms vilken betydelse kränkningar i sådana fall får för art. 6. Art. 3 stadgar ett förbud mot tortyr eller omänskligt förnedrande behandling.⁷⁶ Detta är en absolut rättighet som inte under några omständigheter får lov att inskränkas. I vissa fall innefattas även hot om tortyr av artikeln. I art. 8 återfinns skyddet för privatsfären, vilket innefattar en vid rätt till respekt för privat- och familjelivet, hemmet och korrespondens. Syftet är att artikeln ska skydda enskilda mot godtyckligt ingripande från staten. Rättigheterna härvid kan inskränkas om det sker med stöd i lag och om det är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till bland annat förebyggande av brott.⁷⁷

5.2 Europadomstolens praxis i mål om otillåtet åtkommen bevisning

Frågan om huruvida användningen av otillåtet åtkommen bevisning har utgjort en kränkning av rätten till en rättvis rättegång har kontinuerligt varit

⁷⁶ Danelius, (2012), s. 261 ff. och Bykov mot Ryssland, p. 93.

⁷⁷ Lundqvist (1998), s. 56 ff.

föremål för prövning i Europadomstolen. Domstolen har vid upprepade tillfällen betonat att dess uppgift i fall där det handlar om att bedöma bevisning, är att i enlighet med EKMR art. 19 säkerställa fullgörandet av de förpliktelser som de fördragsslutande parterna åtagit sig.⁷⁸ Först om bedömningen i nationell domstol har inneburit en kränkning av rättigheter som skyddas av EKMR, ska domstolen lägga sig i påstådda felaktigheter i nationell rätt. Den betoning som domstolen har lagt på att bevisrätten primärt är en nationell angelägenhet ger indikationer om en relativt stor *margin of appreciation* när det kommer till bevisrättsliga frågor. Däremot ska domstolen säkerställa att rättegången i sin helhet har varit rättvis, vilket ingriper bevisningen i enlighet med vad som redogjorts för ovan.⁷⁹ Domstolen har härvid beaktat ett antal faktorer som behöver undersökas för att en bedömning ska kunna göras av huruvida principerna som innefattas i rätten till en rättvis rättegång har inskränkts eller tillgodosetts. Att den tilltalade haft möjlighet att ifrågasätta bevisningen och förhöra relevanta vittnen är av stor vikt för att *kontradiktionsprincipen* och *principen om parternas likställdhet* ska ha upprätthållits. Dessutom bör det undersökas om det förekommit någon form av tvång eller provokation, samt, om någon annan konventionsrättighet kränkts, vilken karaktär kränkningen har haft.⁸⁰

Rättigheter hänförliga till oskuldspresumtionen så som *rätten att inte belasta sig själv* och *rätten till tystnad* är frågor som ofta aktualiseras i förhållande till otillåtet åtkommen bevisning.⁸¹ Domstolen har betonat deras betydelse för att förhindra att olovligt tvång och påverkan utövas från myndigheter. Den tilltalades vilja att inte uttala sig ska respekteras, och till följd av det förutsätts att åklagaren kan finna bevisning utan att använda sig

⁷⁸ Se bl.a. Schenk mot Schweiz, p. 46, P.G och J.H mot Förenade Kungariket, p. 76

⁷⁹ Se avsnitt 3.1.

⁸⁰ Se Allan mot Förenade kungariket, p. 43 och Gäfgen mot Tyskland, p. 165.

⁸¹ Se t.ex. Allan mot Förenade kungariket, p. 44.

av påtryckningar och tvång.⁸² Det väsentliga är att bevisningens åtkomstätt inte har utsläckt själva essensen i rättigheterna, till fördel för allmänna intressen såsom brottsbekämpning. Vid bedömningen av huruvida så har skett, ska domstolen beakta karaktären av tvånget och dess grad av allvarlighet. Dessutom ska hänsyn tas till om det funnits säkerhetsmekanismer vid förfarandet och hur materialet som åtkommit har använts.⁸³

5.2.1 Bevisning åtkommen genom avlyssning

I fallet *Khan mot Förenade Kungariket* hade bevisningen åtkommit genom att den tilltalade besökt en person vars hem var avlyssnat. I samband med detta framkom att den tilltalade hade smuglat heroin. Enligt nationell rätt var avlyssningen som sådan tillåten och det var generellt sett inte heller olagligt med åtgärder som kränkte privatlivet. Polisen hade inte agerat i strid mot aktuella riktlinjer och den tilltalade hade inte utsatts för tvång. Däremot konstaterade Europadomstolen att materialet från avlyssningen utgjorde överskottsinformation, för vilket det saknades stöd i lag. Detta innebar en kränkning av art. 8 i EKMR om rätten till privatliv och frågan var om rättegången då kunde anses ha varit rättvis. Domstolen konstaterade att den klagande hade getts möjlighet att ifrågasätta bevisningens tillförlitlighet och användning. Dessutom hade de nationella domstolarna beaktat rätten till en rättvis rättegång vid bedömningen av bevisets tillåtlighet och således kunnat avvisa bevisningen om den utgjort en kränkning av art. 6. Europadomstolen ansåg därför inte att art. 6 hade kränkts. Det fanns dock en skiljaktig domare som menade att det knappast kunde vara förenligt med rätten till en rättvis rättegång att lägga bevisning som anskaffats genom brott mot en konventionsrättighet till grund för fällande dom, särskilt inte om detta var den enda bevisningen. Domaren påpekade dels att polisen aldrig skulle

⁸² Jalloh mot Tyskland, p. 100.

⁸³ A.a., p. 102.

avskräckas från att använda olagliga metoder om inte brott mot rättigheterna innebar att rätten till en rättvis rättegång kränktes, dels att konventionens rättigheter inte var praktiska och effektiva om sådan bevisning inte avvisades. Att bevisningen skulle godkännas av hänsyn till brottsbekämpningsintresset, ansåg domaren vara utan betydelse eftersom åtkomstmetoden hade varit tillåtlig om den haft stöd i lag.

I fallet *P.G och J.H mot Förenade kungariket* aktualiserades återigen frågan om kränkningar av art. 8s betydelse för rätten till en rättvis rättegång. Den klagande misstänktes förbereda ett rån och avlyssning installerades därför i dennes boende. Den klagande häktades sedermera och när denne vägrade prata under polisförhör, installerades avlyssning i häktescellen. Installationen av avlyssning i lägenheten saknade enligt nationell rätt stöd i lag, liksom avlyssningen i cellen. Europadomstolen konstaterades således att en kränkning av art. 8 var för handen. Precis som i *Khan* hade den klagande haft möjlighet att ifrågasätta bevisningens trovärdighet och användande, och de nationella domstolarna hade beaktat åtkomstsättet vid rättegången. Kontradiktionsprincipen och principen om parternas likställdhet hade således upprätthållits. Den klagande gjorde gällande att avlyssningen i cellen hade stridit mot rätten att inte belasta sig själv, men Europadomstolen menade att detta enbart var ett röstprov för vilket rätten att inte belasta sig själv inte gällde. Återigen fann domstolen att art. 6 inte hade kränkts. Även i detta fall fanns en skiljaktig domare som argumenterade helt i enlighet med den skiljaktige i *Khan*. Dessutom ifrågasattes var gränsen kommer att dras för när en rättegång inte längre kan anses rättvis till följd av polisens brott mot konventionsskyddade rättigheter.

5.2.2 Bevisning åtkommen genom provokation och infiltration

I fallet *Teixeira De Castro mot Portugal* aktualiserades frågan om brottsprovokation. Polisen, i egenskap av infiltratörer, hade erbjudit den klagande pengar för att införskaffa heroin till dem. Domstolen menade att polisen aktivt bidragit till att brottet begicks. Ingripandet var inte ett led i en domstolsövervakad operation och det saknades goda skäl att rikta misstankar om narkotikahandel mot den misstänkte, eftersom denne inte ens förekom i brottsregistret. Polisen hade närmast anstiftat brottet och Europadomstolen konstaterade att rätten till en rättvis rättegång hade blivit kränkt.

En annan bedömning gjordes i fallet *Calabrò mot Italien och Tyskland*. Infiltratören hade visserligen informerat den klagande om att han hade narkotika till försäljning, men det var sedan den klagande som tagit initiativ till köpet. Dessutom var denne sedan tidigare dömd för brott och var känd för sin aktivitet i narkotikasammanhang. I rättegången fick den klagande möjlighet att höra flertalet poliser som varit en del av infiltrationsoperationen, dock inte den polis vars berättelse skriftligen lagts fram. Europadomstolen fann emellertid detta sakna betydelse eftersom det beviset inte var avgörande för att fällande dom skulle kunna meddelas. Rättegången hade i sin helhet varit rättvis.

I fallet *Allan mot Förenade kungariket* hade polisen åtkommit bevisning genom videospelning och avlyssning i den klagandes cell när denna suttit häktad för mord. Dessutom hade bevisning åtkommit genom en informatör som även denna var försedd med avlyssningsanordning. Inspelningarna från cellen och informatören, samt den sistnämndas vittnesmål, utgjorde sedermera den avgörande bevisningen i målet. En kombination av att

inspelningarna i cellen var tillåtna enligt nationell rätt, att den klagandes uttalanden inte framtvingade och att den klagande haft möjlighet att ifrågasätta inspelningarna i varje instans, gjorde att Europadomstolen inte ansåg att kontradiktionsprincipen eller principen om parternas likställdhet blivit kränkt. Däremot påpekades att bevisningens styrka och pålitlighet var en svårare fråga eftersom vissa delar av inspelningarna innehöll viskningar och gestikulerande. Dessutom återstod frågan om huruvida rätten till tystnad och rätten att inte belasta sig själv hade blivit inskränkt genom den bevisning som insamlats genom informatören. Europadomstolen underströk härvid att det inte nödvändigtvis måste ha förekommit tvång eller hot för att dessa principer ska ha kränkts. Det är tillräckligt att polisen genom vilseledande metoder lyckats locka till sig uttalanden från en person som vid förhör inte velat prata. I det aktuella fallet menade Europadomstolen att den klagande hela tiden hade hänvisat till rätten till tystnad, att polisen hade gett instruktioner till informatören om att få den klagande att uttala sig och att den klagande som var under stark press från polisen varit benägen att anförtro sig till informatören som tillsynes var hans cellkamrat. Bevisningen hade mot bakgrund av detta åtkommit mot den klagandes vilja och följaktligen hade rätten att inte belasta sig själv kränkts. Sammantaget menade Europadomstolen att rättegången inte hade varit rättvis.

5.2.3 Bevisning åtkommet genom otillbörliga påtryckningar

I fallet *Gäfgen mot Tyskland* var den klagande misstänkt för att ha bortrövat ett barn. Under förhören utsattes han för omänsklig behandling i strid med art. 3. Europadomstolen uttalade tydligt att en rättegång aldrig kan anses rättvis om bevisning som varit ett resultat av ett brott mot denna artikel används. Dessutom får fysisk bevisning som åtkommit till följd av tortyr aldrig ligga till grund för fällande dom. Europadomstolen menade att trots att art. 6 inte är en absolut rättighet, gör art. 3s absoluta karaktär att ett

bevisförbud kanske fodras. Det krävs dock att kränkningen haft betydelse för domen. I det aktuella fallet fanns annan bevisning som var central för att få till en fällande dom, vilken inte hade åtkommit som ett resultat av brott mot art. 3. Europadomstolen konstaterade därför att det fanns ett avbrott i kausalkedjan mellan de kränkande metoder som använts och den fällande domen. Därför förelåg inget brott mot art. 6.

Det fanns dock sex skiljaktiga domare som ställde sig ytterst kritiska till majoritetens uppfattning. De uppmärksammade att Europadomstolen i sin tidigare praxis skiljt mellan bevisning som åtkommit genom brott mot till exempel art. 8 och bevisning som åtkommit i genom brott mot art. 3, genom att processuella säkerhetsmekanismer inte kunde väga upp för orättvisan som uppstår vid användning av bevisning som varit ett resultat av tvång eller påtryckning. Vidare uttryckte de skiljaktiga ett stort missnöje över att en skillnad härmed hade introducerats mellan behandlingen av uttalanden som framtvingats genom en kränkning av art. 3 och fysisk bevisning som åtkommit som en följd av en kränkning av densamma. Dessutom menade de att domstolens tidigare ståndpunkt om att straffprocessen skulle bedömas i sin helhet nu hade rivits upp. Deras bestämda uppfattning var att all otillåtet åtkommen bevisning skulle exkluderas även om det fick till följd att en lindrigare dom meddelades.

5.3 Analys - vilka bevisrättsliga krav ställer Europakonventionen?

Det yttersta syftet med EKMR:s artikel om rätten till en rättvis rättegång är att värna om den tilltalades rättssäkerhet i brottmålsprocessen. De värden som skyddas av artikeln är uteslutande av intresse för den tilltalade och genom de rättigheter som ges jämnas maktbalansen mellan staten och individen i viss mån ut. Europadomstolen är i sin praxis emellertid tydliga

med att betona att art. 6 inte är en bevisrättslig regel och att bevisrätten främst är en nationell angelägenhet. Det innebär att artikeln i ett första skede inte nödvändigtvis är av direkt betydelse för användningen av otillåtet åtkommen bevisning. Även om art. 6 uteslutande fyller en rättssäkerhetsfunktion, utgör den för aktuell fråga inte per automatik en begränsning för en effektiv brottsbekämpning.

Vad som kan konstateras är att det utifrån Europadomstolens praxis är svårt att dra några exakta slutsatser för när användningen av otillåtet åtkommen bevisning kränker rätten till en rättvis rättegång. Bedömningen sker i stor mån utifrån specifika omständigheterna i det aktuella fallet, varför man bör vara försiktig med att dra generellt tillämpliga slutsatser om vad som är förenligt med EKMR och inte. En del saker går emellertid att säga. Ribban för att användningen av otillåtet åtkommen bevisning ska vara oförenlig med art. 6 måste sägas vara förhållandevis högt lagd. Åtkomståtgärder som har kränkt art. 8 om rätten till privatliv aktualiseras oftast vid användning av tvångsmedel utan stöd av eller i strid mot lag. I sådana fall är Europadomstolen ytterst restriktiva i sin bedömning av att kränkningens art är av tillräcklig karaktär för att också art. 6 ska anses vara kränkt. Art. 6-rättigheter såsom att försvarrets rätt ska respekteras och att bevisningen ska hålla hög kvalitet till följd av oskuldspresumtionen, verkar Europadomstolen inte nödvändigtvis anse påverkas av att åtkomståtgärden inneburit en kränkning av en annan av konventionen skyddad rättighet.

Detta synsätt framgår av både fallet *Khan* och fallet *K.G och P.H.* Aktualiteten av att diskutera uppsatsens frågeställningar utifrån rättssäkerhetsmodellen respektive brottsbekämpningsmodellen återspeglas väl i de skiljaktiga domarnas anföranden. Liksom de påpekar, ter det sig anmärkningsvärt att kränkningar av art. 8 i denna bemärkelsen saknar konsekvenser för rätten till en rättvis rättegång. Även om en åtkomståtgärd i strid med art. 8 inte direkt kränker någon av de specifika rättigheter som

tillförsäkras genom art. 6, bör det inte vara orimligt att anse att själva det underliggande syftet i rätten till en rättvis rättegång undermineras av att det accepteras att brottmålsprocessen drivs med stöd av sådan typ av bevisning. Maktbalansen mellan stat och individ blir onekligen ojämn och art. 6:s roll som beskyddare av den tilltalades rättssäkerhet måste sägas bli försvagad. Precis som en av de skiljaktiga påpekar, hade dessa typer av åtkomståtgärder varit tillåtliga om de haft stöd i lag. Således innebär också acceptansen av att använda bevisning som åtkommit genom kränkning av en konventionsrättighet att legalitetsprincipen i viss mån urholkas. Vidare ter det sig märkligt att principen om parternas likställdhet anses vara tillgodosedd enbart utifrån det faktum att den tilltalade fått möjlighet att bemöta bevisningen och att den nationella domstolen beaktat rätten till en rättvis rättegång i sin bedömning.

Europakonventionen blir genom detta synsätt på art. 8-kränkningars betydelse för art. 6 kontraproduktiv och de rättigheter som tillförsäkras ges i fall av otillåtet åtkommen bevisning ingen verklig effekt. Under förutsättning att rättssäkerhetsintresset enbart bedöms utifrån att en kränkning av art. 6 inte föreligger vid användning av otillåtet åtkommen bevisning, har rättssystemet emellertid förhållandevis goda möjligheter att verka både brottsbekämpande och rättssäkert. Utifrån ovan anförda kritik är detta dock ur en rättighetsaspekt en felaktig slutsats att dra.

De art. 6-rättigheter som främst är knutna till oskuldspresumtionen, det vill säga rätten till tystnad och rätten att inte belasta sig själv, torde oftare aktualiseras i samband med provokativa åtgärder och infiltrationsåtgärder. Härvid verkar Europadomstolen vara mer benägen att förklara rättegången orättvis med anledning av bevisets åtkomståtgärd, men samtidigt visar praxis återigen på behovet av att göra bedömningen utifrån varje enskilt fall. Brottsprovokation som närmst är att betrakta som anstiftan kränker rätten till en rättvis rättegång, men slutsatsen blir annorlunda om den begångna

gärningen sätts i en kontext av den tilltalades tidigare kriminalitet och yttersta initiativtagare som i fallet *Calabrò*. Utifrån en tanke om oskuldspresumtion ter sig detta resonemang aningen problematiskt. Att den tilltalade fick möjlighet att höra infiltratorerna vid rättegången verkar ha bidragit till den slutliga bedömningen av att rätten till en rättvis rättegång inte kränkts. I fallet *Allan* gör Europadomstolen ett uttalande värt att notera. Det är inte nödvändigt att det förekommit hot eller tvång för att rätten till tystnad och rätten att inte belasta sig själv ska ha kränkts, utan att det räcker med vilseledande. Detta öppnar upp för att även infiltrationsåtgärder utan sådana inslag kan vara problematiska för upprätthållandet av art. 6, vilket får ses som en stark begränsning av brottsbekämpningsintresset till förmån för rättssäkerheten. Även här måste dock omständigheterna i fallet beaktas - infiltrationen skedde som en förhörsmetod när den tilltalade redan var häktad för brottet och dessutom hade genomgått förhör varvid denne hänvisat till rätten till tystnad. Bedömningen hade kanske blivit annorlunda om infiltrationsåtgärden skett i ett tidigare skede av processen.

Avslutningsvis bör åtkomståtgärder i strid med art. 3 kommenteras. Även om Europadomstolen härvid är tydliga med att en rättegång aldrig kan vara rättvis vid användning av bevisning som åtkommit genom åtgärder i strid med art. 3 eller till följd därav,⁸⁴ lämnar de ändå ett förvånansvärt stort utrymme till förmån för brottsbekämpningsintresset genom att avgränsa det till att bevisningen måste varit avgörande för fällande dom. Precis som de skiljaktiga är det anmärkningsvärt att en rättegång kan anses rättvis när sådana metoder tillämpats - må så vara att det fanns annan bevisning. Åtkomstmetoden har ändå tillämpats som en del av processen i brottsbekämpandet syfte och genom ett sådant ställningstagande som i fallet *Gäfgen* förlorar principen om att straffprocessen ska bedömas i sin helhet totalt sin substans.

⁸⁴ Se doktrinen om frukten från det förgiftade trädet.

6. Komparativa aspekter på hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning

Syftet med denna komparativa utblick är att sätta svensk gällande rätt i en kontext. Genom att undersöka hur andra länder förhåller sig till den aktuella frågan och genom att belysa skillnader och likheter, tillförs ett perspektiv som främjar möjligheten att värdera såväl det egna som de främmande systemen. Kapitlet utgör alltså främst en viktig del av analysunderlaget för att på ett välgrundat sätt kunna besvara frågan om huruvida ett bevisförbud bör införas i svensk straffprocessrätt. Därutöver bidrar de komparativa aspekterna med inspiration till hur en annan ordning än den nu gällande skulle kunna se ut. En viss återkoppling till uppsatsens tredje kapitel är här på sin plats. Vad som nedan redogörs för angående hantering av otillåtet åtkommen bevisning, bör ses i ljuset för av vad som där konstaterades om respektive stats konstitutionella kontext och rättighetsskydd för att slutsatser om dess betydelse till fullo ska kunna dras.

6.1 Den amerikanska ”exclusionary rule”

Utgångspunkten i amerikansk rätt är att delstaterna har en omfattande självständig kompetens, vilket behöver finnas i åtanke när man pratar om amerikansk rätt. Förhållandet mellan delstaterna och den federala staten följer av Bill of Rights, där det framgår att för de fall inte annat sägs i konstitutionen råder självstyre i delstaterna.⁸⁵ Detta avser såväl den lagstiftande makten som den dömande makten, och det är således endast

⁸⁵ Bill of Rights, tionde författningstillägget.

frågor om tolkning av federala lagar eller konstitutionen som kan prövas i The Supreme Court. En del av rättighetsgarantierna som fastslogs genom Bills of Rights gällde fram till amerikanska inbördeskriget enbart i federala mål. Därefter infördes emellertid ett fjortonde tillägg varvid det bland annat kom att ställas krav på att rättegångarna var rättvisa även i delstaterna. Genom praxis kom det fjortonde tillägget att innebära att Bill of Rights gradvis inkorporerades även i lagstiftning på delstatsnivå.

I Bill of Rights stadgas flertalet rättigheter av straffprocessrättslig karaktär. Av särskilt betydelse för den bevisrättsliga aspekten är fjärde och femte tillägget.

4th Amen - Protection from Unreasonable Searches and Seizures

”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.”

Vad som tillförsäkras härigenom är rätten att inte utsättas för orimliga eftersökningar och beslag. Utifrån detta har sedan den så kallade ”exclusionary rule” formats. Detta har framför allt skett genom praxis eftersom USA är en common law-stat och betydelsen har blivit att bevisning som åtkommit på ett sätt där konstitutionella rättigheter har kränkts ska exkluderas från rättegången.⁸⁶ Sikte tas främst på de rättigheter som framgår av det fjärde tillägget, men även andra konstitutionella rättigheter kan avses. Praxis visar att det till en början fanns en viss ovilja hos domstolen att använda sig av bevisexkludering när kränkning hade skett av det fjärde tillägget, särskilt när den aktuella bevisningen starkt visade på den

⁸⁶ Essunger (1994), s. 44.

tilltalades skuld.⁸⁷ I något senare rättsfall från den federala domstolen konstaterades att bevis som anförskaffats i strid med äganderättsskyddet som föreskrivs i fjärde tillägget, var tvunget att återlämnas till den brottsmisstänkte och således kunde det inte användas som bevisning. Detta var till följd av att bevisningen beslagtogs utan en föreliggande husrannsakansorder.⁸⁸ Även om den federala domstolen redan år 1949 fastslog att det fjärde tillägget skulle gälla även i delstaterna, fick exkluderingsregeln fullt genomslag först genom ett fall från år 1961.

Mapp v. Ohio är det fall som oftast sammankopplas med bevisexkludering när fjärde tillägget kränks genom polisiär överträdelse. Polisen tvingade sig utan husrannsakansorder in i ett hus hos en person som misstänktes gömma en bombman. Någon man hittades inte, utan istället kom polisen över otillåtet pornografiskt material. Målet hamnade till slut hos den federala domstolen och frågan var huruvida exkluderingsregeln gällde i alla delstater. Domstolens resonemang grundade sig i all väsentlighet i en avvägning mellan brottsbekämpning och rättssäkerhet. Det konstaterades att tillämpning av exkluderingsregeln kunde leda till att en skyldig gick fri enbart på grund av polisiära misstag. Det motargument som följde var att en stat som inte följer sina egna lagar, skapar förakt mot lagen och riskerar att utveckla en anarki. Genom att exkludera bevis som åtkommit genom att brottsbekämparen kränkt det skydd som individer försäkras genom konstitutionen, försvinner incitamentet för statens aktörer att handla regelvidrigt.

Vid fall av bevisexkludering har även kränkningar av konstitutionens femte tillägg aktualiserats. Femte tillägget innehåller flera parametrar, men avseende bevisexkludering är det främst rätten att inte vittna mot sig själv eller göra självanklagande uttalanden som skyddas. Av praxis går det att

⁸⁷ Se *Adams v. New York* 192 U.S 585 (1904).

⁸⁸ *Weeks v. U.S* 232 U.S 383 (1914).

utläsa att erkännande måste ske utan påtryckningar och av egen vilja för att kunna verka som ett bevis i en rättegång. Om erkännandet har blivit framtvingat exkluderas beviset då rätten till en rättvis rättegång anses ha blivit kränkt. Ett givet argument som framförts för detta är att erkännande som framkommer under sådana omständigheter generellt får anses ha ett lågt bevisvärde. Vidare bör beviset exkluderas eftersom polisen inte har följt vad som föreskrivs i konstitutionen. Bevisexkluderingen får också en handlingsdirigerande effekt gentemot brottsbekämparen eftersom det inte lönar sig att utöva fysiska eller psykiska påtryckningar i utredningssyfte. Det har också påpekats att processen har en akusatorisk natur, varför metoder som snarare är inkvisitoriska inte ska få genomslag.⁸⁹ I fall där polisen har använt sig av fysiskt våld i samband med förhör fastslog den federala domstolen tidigt att det innebär att rätten till en rättvis rättegång har kränkts så allvarligt att åtalet ska läggas ned.⁹⁰ Av rätten att inte behöva göra självanklagande uttalanden följer också att inte i tidigare skede av processen behöva prata med polisen. I praxis har bristande information om dessa rättigheter ändå lett till bevisexkludering för bevisning som framkommit i ett första led exkluderats. Uttalanden som resulterat i bevisning i andra led har emellertid tillåtits.⁹¹

6.2 England - exclusion of unfair evidence

Den engelska HRA från år 1998 är en stadga av stor de facto konstitutionell betydelse. Den tillkom i syfte att ge de fri- och rättigheter som föreskrivs i EKMR en ”further effect”.⁹² Sedan den trädde i kraft har tolkningen och användningen av common law och andra regleringar i fall rörande frågor om mänskliga rättigheter förändrats. Det huvudsakliga syftet med stadgan var

⁸⁹ Garland (2015), s. 229.

⁹⁰ Se *Brown v. State of Mississippi*, 297 U.S 278 (1936).

⁹¹ Garland (2015), s. 244.

⁹² Uttrycket används i stadgans ingress.

att väva in EKMR i rättssystemet och på så sätt säkerställa EKMRs verkan i nationell rätt med så lite störningar som möjligt i det redan existerande systemet. Metoden har beskrivits som komplex och som en politisk kompromiss mellan inkorporering och en bibehållen parlamentarisk suveränitet.⁹³ Det är således uppenbart att EKMR inte fullt ut har inkorporerats i den engelska rätten.

Förutom att den engelska rätten ställer krav på att åberopad bevisning i ett brottmål ska vara av tillräcklig relevans, finns också vissa regler kring tillåtlighet. Dessa återfinns i såväl common law som i skriven rätt. Av intresse för denna uppsats är främst avvisningsmöjligheten av erkännanden som den tilltalade avgivit utom rätta. Police and Criminal Evidens Act (PACE) sec. 76 ger visserligen åklagaren rätt att använda sådana erkännanden, men inte om de tillkommit under otillbörliga påtryckningar. Med detta avses situationer där otillbörligt våld, tvång eller liknande använts för att pressa fram ett erkännande och där detta inte framkommit dessförinnan. Bevisning som åtkommit genom förbjudna förhörsmetoder ska alltså alltid avvisas.⁹⁴

Därutöver har domaren i ett brottmål som övergripande uppgift att se till att den tilltalade får en rättvis rättegång, vilket ibland får bevisrättsliga konsekvenser. Domaren har en fakultativ möjlighet att avvisa bevisning som är ”unlawfully or improperly obtained”.⁹⁵ Skillnad görs här mellan domarens befogenhet att avvisa sådan bevisning med stöd av common law respektive PACE sec. 78.

Enligt common law får otillåtet åtkommen bevisning vanligen användas, men vissa undantag skapades i fallet *Sang* som fortfarande anses vägledande

⁹³ Wadham m.fl. (2015), s. 48.

⁹⁴ Keane (1994), s. 293 och Lundqvist (1998), s. 142

⁹⁵ Se bl.a. May (1990) s. 267 ff. och Lundqvist (1998), s. 148.

inom common law.⁹⁶ Därav framgår att erkännanden och medgivanden som pressats fram genom olagliga eller otillbörliga metoder alltid kan hindras från att upptas, oavsett när i processen åtgärden företogs. Bevisning av annat slag kan emellertid hindras från upptagning endast om det åtkommits efter händelsen. Om åtkomstillfälle istället varit före eller under det brottsliga förövandet, verkar det som att bevisningen inte får avvisas. Det ställs emellertid inget krav på att bevisningen måste vara olagligt åtkommen, utan det ovan sagda gäller för bevisning som åtkommits genom ”improper or unfair means”.⁹⁷

Vilka principer som enligt common law utgör grunden för bevisförbudet är av intresse att uppmärksamma. I en del avgöranden har det intagits en tydlig hållning *emot* att det skulle ha en disciplinär funktion gentemot brottsbekämparen. Ett argument är att otillåtet åtkommen bevisning ska avvisas på grund av att den är otillförlitlig och således har ett lågt bevisvärde. Enligt fallet *Sang* kan sådan bevisning emellertid hindras från att upptas på ett tidigare stadie i processen. Den moraliska aspekten och renheten i förfarandet har ansetts vara främmande för den engelska rätten som en grund för bevisförbudet. Istället har praxis uppfattats uttrycka ett skydd för de rättigheter som tillkommer den tilltalade som processsubjekt. Även om rätten till en rättvis rättegång främst gäller vid huvudförhandlingen, finns det undantagsvis anledning att tänja på dess tillämplighetsram. Ett bevisförbud har därför kunnat aktualiseras när den tilltalades rätt emot självanklagelse har kränkts i nära anslutning till brottets förövande. Således syftar bevisförbudet till att skydda den misstänktes rätt att inte behöva vara verksam i förfarandet som helhet till sin egen nackdel.⁹⁸

⁹⁶ R v Sang (1980).

⁹⁷ Pattenden, s. 265 ff. och Lundqvist (1998), s. 150.

⁹⁸ Pattenden, (1990), s. 270 och Lundqvist (1998), s. 152.

Otillåtet åtkommen bevisning kan emellertid avvisas även med stöd av PACE sec. 78.

PACE se. 78 - exclusion of unfair evidence

”In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.”

Avvisning av bevisning härvid kan åberopas av den tilltalade, men det kan också tas upp till prövning *ex officio*.⁹⁹ Sikte tas på bevisning som åberopats av åklagaren, men innan den tagits upp vid rättegång. Avvisad bevisning kan emellertid tas upp längre fram i processen om det finns anledning för domstolen att i detta skede göra en annan bedömning av rättvisan i rättegången.¹⁰⁰ Stadgandet i PACE sec. 78 är tillämplig på all slags bevisning och täcker således ett större område än vad common law gör. Det saknas också krav på att åtkomstillfället ska ha varit efter det brottsliga förövandet. Oavsett när i processen den oegentliga utredningen tillkommit, kan bevisningen blir föremål för avvisning.¹⁰¹

Det finns ett antal funktioner som har framförts som grund för stadgandet i PACE sec. 78. Den första är att tillförsäkra förfarandet ”fairness”. Vad som avses med begreppet är dock inte helt klart. Det kan förstås som att när den tilltalades rättigheter har kränkts kan rättigheten endast återvinnas genom att bevisningen avvisas. Det kan också syfta på att rättegången ska vara ett ”fair play”, eller på att en balansering mellan statens maktbefogenheter vid

⁹⁹ Keane (1994), s. 43 och Lundqvist (1998), s. 153.

¹⁰⁰ R v Allen (1992) Crim LR 297.

¹⁰¹ Keane (1994) s. 43 och Lundqvist (1998), s. 153.

utredning av brott och den tilltalades rättigheter.¹⁰² Den disciplinära funktionen har tillbakavisats, med anledning av att effekten vore ringa i det fall en tid har passerat sedan åtkomstillfället och rättegången mot den aktuella brottsbekämparen.¹⁰³ Att skydda tillförlitligheten av bevisningen har inte heller ansetts vara en relevant princip.¹⁰⁴ Istället har skyddsfunktionen ofta ansetts vara den fundamentala grunden. I en mer vidsträckt betydelse innebär den att skyddet mot de rättigheter som tillkommer den misstänkte grundar sig på regler som begränsar de brottsutredande organens förfarande. Om detta skydd ska få genomslag bör en misstänkt som fått sina processuella rättigheter kränkta inte lida nackdel av detta, och således måste domstolen ha en möjlighet att avvisa sådan bevisning.¹⁰⁵ Det finns också en uppfattning om att PACE sec. 78 syftar till att skydda medborgerliga fri- och rättigheter utifrån en morallära där det är angeläget att garantera integriteten i straffprocessen. I detta sammanhang avses integriteten bestå i att rättsskipningen tar avstånd från befläckad bevisning, eftersom det annars skulle få som konsekvens att allmänhetens tilltro till rättssystemet sjunker. Enligt denna uppfattning kan den moraliska legitimiteten inte upprätthållas genom strafflindring.¹⁰⁶

6.3 Tyskland - lagstadgat och konstitutionellt baserade bevisförbud

Trots att Tyskland är en federation har Bundesländerna ingen kompetens på det straffprocessuella området. Hela Tyskland styrs här utav federala

¹⁰² Lundqvist (1998), s. 154 ff.

¹⁰³ Zuckerman (1989), s. 349 f. och Lundqvist (1998), s. 156.

¹⁰⁴ Pattenden (1990), s. 281-283 och Lundqvist (1998), s. 156.

¹⁰⁵ Keane (1994), s. 45 f. och 313 och Lundqvist (1998), s. 157.

¹⁰⁶ Pattenden (1994), s. 284 ff., Zuckerman (1989), s. 350-354 och Lundqvist (1998), s. 157f.

lagar.¹⁰⁷ Den tyska konstitutionen Grundgesetz har en såväl vägledande som korrigerande funktion med respekt för det straffrättsliga förfarandet. Både generella grundläggande rättigheter och judiciella rättigheter konstituerar ett skydd för individerna gentemot den statliga makten. Straffrättsliga förfaranden måste både i teori och praktik överensstämma med konstitutionen och dess rättighetssystem. Det tyska straffrättsförfarandet har därför kommit att kallas för ”tillämpad konstitutionell rätt”. Därutöver är EKMR en del av federal lag sedan 1953, vilken också är väldigt lik Grundgesetz.¹⁰⁸

Tyskland har, likt Sverige, en fri bevisrätt där det är upp till domaren att fritt värdera det som framkommit under rättegången i sin helhet. Detta följer av Strafgesetzbuch sec. 261 och ses som en logisk konsekvens av strävan att nå materiella bevis.¹⁰⁹ Den tyska processen är inkvisitorisk, vilket ger rätten möjlighet att fritt välja mellan olika bevismedel för att nå en materiellt riktig dom. Även om syftet med straffprocessen anses vara att utreda den faktiska sanningen kring ett begånget brott, betonas att detta inte kan göras med hjälp av vilka metoder eller medel som helst. I Grundgesetz art. 20 fastslås legalitetsprincipen, vilken markerar kravet på statens självbehärskning när det kommer till ingripande i de medborgerliga fri- och rättigheterna - och detta även när det gäller en individ som är misstänkt för brott. Till följd av detta synsätt finns det bevis som uttryckligen är otillåtna genom stadganden i Strafgesetzbuch, men därutöver finns även bevis som är otillåtna med härledning från konstitutionen.

¹⁰⁷ Van den Wyngaert (1993), s. 137.

¹⁰⁸ Van den Wyngaert (1993), s. 138.

¹⁰⁹ Den tyska strafflagen.

6.3.1 Bevisförbud i den tyska brottsbalken

Strafgesetzbuch sec. 136a är den centrala regeln, vilken förbjuder alla former av så kallade tredje gradens förhör. Det handlar om förhörsmetoder som tortyr, vilseledande, utmattning, hot eller hypnos. Även andra liknande metoder som har jämförbar inverkan på den misstänktes fria vilja är förbjudna, liksom bruk av lögn-detektor. Bevis som åtkommit genom sådana metoder avvisas av domstolen och således gäller ett förbud mot såväl åtkomst-sättet som mot bevisanvändningen.¹¹⁰ Förbudet är baserat på de konstitutionella principerna om att individens värdighet är okränkbar och individens rätt till autonomi. I praxis har situationer där den misstänkte arresterats på natten och således berövats ett dygns sömn ansetts vara av sådan karaktär att ett erkännande i det läget skulle vara förbjudet enligt sec. 136a.¹¹¹ Eftersom stadgandet utgör en uttrycklig exkluderingsregel, behöver en avvägning mellan brottsbekämpningsintresset och den enskildes rättigheter inte göras i situationer som omfattas härunder, vilket annars är möjligt enligt den konstitutionella principen om proportionalitet.

Avseende bevis som åtkommit genom överträdelse av de processuella rättigheterna, till exempel att den misstänkte inte blivit informerad om sin rätt till tystnad, blir inte per automatik avvisade.¹¹² Den federala domstolen har uttryckt att endast när en sådan överträdelse har allvarlig och avgörande inverkan på den misstänktes rättsliga ställning leder det till att bevisningen som åtkommit ska avvisas.¹¹³ Huruvida bevis som härstammar från olagligt insamlad information ska avvisas är omtvistat. Doktrinen om den förgiftade frukten har generellt sett avvisats av den federala domstolen, trots att detta är i motsats till vad majoriteten i doktrin anser. Den federala domstolen har

¹¹⁰ Van den Wyngaert, (1993), s. 155

¹¹¹ BGHStE 13, s. 60 (1959).

¹¹² Jfr. Miranda-rättigheterna i USA.

¹¹³ BGHStE 25, s. 325 (1974).

dock i exceptionella fall öppnat upp för möjligheten att avvisa ”förgiftad frukt”.¹¹⁴

6.3.2 Bevisförbud baserat på konstitutionella principer

I *Grundgesetz* återfinns skydd för ingrepp i sekretess avseende post, mail och telekommunikation liksom skydd för hemmet.¹¹⁵ Inskränkningar i den förstnämnda får endast göras med stöd i lag, och undersökningar i hemmet kräver beslut från domstol. Straffprozessordnung innehåller detaljerad reglering kring hur undersökningar och beslag får göras. Bevis som åtkommit i strid med dessa regler blir emellertid inte automatiskt förbjudna. Exkludering sker endast om domstolen finner att användandet av bevisningen skulle inskränka en av de två rättsligt erkända konstitutionella principerna som också reglerar undersökningar och beslag, nämligen rättsstatsprincipen och proportionalitetsprincipen. Rättsstatsprincipen förbjuder polisbrutalitet och bedrägliga metoder både vid bevisanskaffande och förhör.¹¹⁶ Även om bevis måste exkluderas om beslaget i sig i strid med rättsstatsprincipen, oberoende av dess förmodade värde eller allvarligheten i brottet, begränsas detta i praktiken genom att domstolen analyserar undersökningen och beslaget var för sig. Om ett beslag görs utan en lagenlig undersökningsorder, innebär den konstitutionella inskränkningen i sig inte att beslaget måste exkluderas. Istället bedöms huruvida beslaget åtkoms genom brutalitet eller bedräglig metod. Slutsatsen är att en undersökning i strid med konstitutionen måste inte nödvändigtvis leda till bevisexkludering, medan beslag i strid med konstitutionen direkt får den konsekvensen. Bevisexkluderingen motiveras här med att renheten i processen måste upprätthållas.¹¹⁷

¹¹⁴ BGHStE 29, s. 244 (1980) och BGHStE 32, s. 68 (1983).

¹¹⁵ Se art. 10 och 13.

¹¹⁶ BGHStE 24 s. 125 (1971).

¹¹⁷ BVerfG 44 s. 353 (1977).

När domstolarna ska pröva tillåtligheten av bevis i förhållande till konstitutionen görs detta i en tvåstegsanalys, där överträdelse av rättsstatsprincipen först prövas. I det andra steget görs bedömningen utifrån proportionalitetsprincipen. I enlighet med den sistnämnda måste metoderna som används i brottsutredande syfte stå i proportion till allvarligheten i brottet och graden av misstanke, liksom till vilka konstitutionella intressen som äventyras. Om domstolen finner att den misstänktes rätt till privatliv väger över brottsbekämpningsintresset exkluderas beviset, oavsett om polisen ursprungligen erhållit beviset lagligen.¹¹⁸ Det finns en hel del praxis där en sådan avvägning låter sig illustreras. Att i detalj gå igenom den fyller emellertid inget syfte för denna framställning. Vad som kan konstateras är praxis lämnar förhållandevis vaga och oklara gränser för när bevisexkludering är för handen. Av rättsfallen kan dock noteras att det primära syftet med bevisexkluderingen i Tyskland inte är att avskräcka polisbrott. Istället ligger den stora vikten på att upprätthålla integriteten i straffrättsprocessen.¹¹⁹ Den viktiga frågan vid proportionalitetsbedömningen är om graden av intrång i den misstänktes integritetsrättigheter kan vara motiverade med hänsyn till brottets art.¹²⁰

6.4 Analys - var på skalan befinner sig Sverige?

I denna komparativa utblick har tre olika förhållningssätt till hur bevisning som åtkommit genom rättighetskränkande åtgärder hanteras presenterats. Varken USA, England eller Tyskland har en ordning som liknar den svenska (eller varandras för den delen), men vad som framför allt bör noteras är att ingen av rättsordningarna har ett så ”liberalt” förhållningssätt till otillåtet åtkommen bevisning som framträder i den svensk straffprocessen. USA och

¹¹⁸ Bradley (1983), s. 1049.

¹¹⁹ Se t.ex. BVerfGE 44 s. 353 (1977) och BVerfG 34 s. 247 (1973).

¹²⁰ Bradley (1983), s. 1049.

Sverige kan härvid placeras på varsin ytterkant, där USA befinner sig på rättssäkerhetskanten och Sverige på brottsbekämpningskanten. Den tyska respektive engelska lösningen kan betraktas som två varianter av medelvägar, även om den tyska modellen får anses ligga närmre USA och den engelska modellen mer åt Sveriges håll.

USA:s bevisförbud är helt och hållet hänförligt till deras konstitution och har till följd av att USA är ett common law-land sedermera formats i praxis. Ett kompromisslöst bevisförbud mot all bevisning som åtkommit genom åtgärder som kränkt de konstitutionellt skyddade rättigheternas är givetvis mycket tillfredställande utifrån en rättighetsaspekt. Ur ett brottsbekämpningsperspektiv kan det emellertid te sig som en direkt anstötlig lösning. Eftersom exkluderingsregeln så som den gäller i USA utgör en tvär kontrast och en direkt motpol till hur ordningen är i Sverige, är skillnaden här emellan kanske allt för stor för att en sådan lösning skulle vara möjlig eller ens önskvärd att införa i Sverige.

Det tyska bevisförbudet är likt USA i den bemärkelsen att det delvis baseras direkt på konstitutionen, men som ovan presenterats finns det också möjlighet att förbjuda bevisning baserat på ren processlag. Till skillnad från i USA är emellertid ett konstitutionellt baserat bevisförbud i Tyskland ett resultat av en prövning i det enskilda fallet utifrån rättsstatsprincipen och proportionalitetsprincipen. Kränkningens allvar vägs mot brottets allvar. Även om detta är en lösning som jämfört med USAs system innebär ett något svagare skydd för de mänskliga rättigheterna, innebär det också att de mest anstötliga resultaten till följd av den amerikanska exkluderingsregeln uteblir. Vad som åsyftas här är till exempel de fall där en uppenbar mördare går fri enbart för att polisen inte utfört sitt jobb i föreskriven ordning. Bevisförbudet som baseras på tysk straffprocesslag är emellertid mer absolut och förgås inte av någon intresseavvägning. Detta avser dock metoder eller bevisåtkomståtgärder som närmast kan anses strida mot

EKMR art. 3, varför sådan bevisning ändå hade behövt hanteras i enlighet med Europadomstolens praxis och ett sådant bevisförbud kan därför inte rakt av jämföras med den amerikanska exkluderingsregeln. För svenskt vidkommande torde den tyska lösningen inte vara helt orimlig att ta till sig eftersom den tyska i grund och botten fria bevisrätten generellt sett ligger relativt nära den svenska. Skillnaden mellan länderna ligger snarare i konstitutionalismen, vilket visades i kapitel 3.

Englands, i jämförelse med Sverige, mer strikta förhållningssätt till bevisning som åtkommit genom rättighetskränkningar är särskilt intressant utifrån en aspekt av att England anses ha ett historiskt och konstitutionellt svagt skydd för mänskliga rättigheter. Detta speglas också i deras ovilja att fullt ut inkorporera EKMR i nationell rätt. Att avvisa aktuell typ av bevisning är emellertid inte främmande i den engelska rätten, utan stöd för avvisning återfinns såväl i common law som i skriven rätt. Liksom i Tyskland ska bevisning som åtkommit genom förbjudna förhörsmetoder alltid avvisas. Därutöver är den skrivna rätten mer långtgående i sin tillåtlighet avseende bevisavvisning genom PACE sec. 78, eftersom den är tillämplig på all slags bevisning och oberoende av tidpunkt för åtkomstillfället. Vad som är intressant med den engelska lösningen är att det inte finns en skyldighet för domstolen att exkludera bevisning, utan stadgandet i PACE sec. 78 innebär enbart en *möjlighet* att göra så om den bedömer att rättvisan i rättegången går förlorad om bevisningen användas. Även om en sådan lösning applicerad på svensk rätt skulle innebära en viss inskränkning i den fria bevisföringen, är den inte lika ”brutal” som ett absolut bevisförbud. Jämförbart med det tyska konstitutionellt baserade bevisförbudet föregås avvisningen enligt den engelska modellen av en bedömning av domstolen, varför det inte torde kännas lika främmande för svenskt vidkommande som den amerikanska varianten. Även om den möjlighet som ges till den engelska domstolen genom PACE sec. 78 helt klart ger straffprocessen en större rättssäkerhetsfunktion och begränsar

brottsbekämpningsintresset, får det i förhållande till USA och Tyskland anses vara en kompromiss förmånlig för det sistnämnda. Oavsett vilken av de i utredningen framförda funktionerna som ligger till grund för den engelska möjligheten till bevisavvisning, handlar det om att upprätthålla maktbalansen mellan stat och individ, samt att upprätthålla skyddet för de mänskliga rättigheterna - inslag som inte uttryckligen finns i den svenska bevisrätten och hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning.

En slutsats som kan dras utifrån dessa komparativa aspekter är att den svenska straffprocessen i större mån än något av ovan berörda länder präglas av en brottsbekämpningsfunktion snarare än en rättssäkerhetsfunktion när det handlar om fall av otillåtet åtkommen bevisning.

7. Sammanfattande analys och slutsatser

7.1 Bevisrättsliga konsekvenser för upprätthållandet av mänskliga rättigheter i straffprocessen

Att frågan om hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning befinner sig i en komplicerad problemkontext har visats tydligt i denna framställning. Komplexiteten ligger i att hänsyn måste tas till flera parametrar av väsentlig betydelse för den svenska straffprocessen, samtidigt som frågan i sin ytterlighet är hänförlig till bakomliggande rättskultur och delvis tradition. Å ena sidan har Sverige vad som synes vara en nästintill oinskränkbar fri bevisrätt. Det bör hållas i minnet att övergången från legal bevisteori till fri bevisprövning var ett led i en strävan efter ett bättre fungerade rättssystem och så torde också i många hänseende ha blivit utfallet. Å andra sidan innebär såväl RF som EKMR att krav ställs på att rättegången ska vara rättvis. I vissa fall krävs för bedömningen av den sistnämnda att hänsyn tas till rättigheter som mer indirekt och i mindre mån får skydd genom rätten till en rättvis rättegång. Den svenska bevisrätten, RF eller EKMR säger inte i sig självt någonting om förutsättningar för eller begränsningar i bevisets åtkomstsätt. Mot dessa ska ändå hanteringen av sådan bevisning som inneburit en kränkning av en grundlags- eller konventionsskyddad rättighet värderas.

Att det råder en viss konflikt mellan den fria bevisrätten och ett fullständigt upprätthållande av mänskliga rättigheter i fall av otillåtet åtkommen bevisning har tidigare konstaterats. Den fria bevisprövningens starka ställning och domstolens ovilja att inskränka denna, framgår tydligt i praxis.

Trots förekomsten av omfattande begränsningar för hur staten får bedriva sitt brottsutredande arbete, till exempel med hjälp av tvångsmedel, är det endast i få fall som det för den tilltalade i straffprocessen får betydelse att arbetet skett utanför detta ramverk. När det handlar om bevisning som åtkommit genom rättighetskränkande åtgärder, innebär principen om fri bevisprövning därför att straffprocessen har en klart brottsbekämpande karaktär. Kränkningar av EMKR art. 8 eller motsvarande stadgande i RF, vilka oftast sker genom otillbörlig användning av tvångsmedel, är sällan av betydelse för huruvida rätten till en rättvis rättegång har kränkts. Detta framgår av Europadomstolens praxis och i nationell praxis finns ingen benägenhet att göra en annan bedömning. Gentemot provokativa åtgärder tillhandahålls den misstänkte enbart ett skydd genom rättighetsstadgan i RF och EKMR, eftersom tillåtligheten av sådana inte är särskilt reglerade i lag. Sådana åtgärder har i praxis oftare ansetts innebära att en kränkning av de rättigheter som ges skydd direkt genom rätten till en rättvis rättegång föreligger. Det sätt på vilket ”mindre allvarliga” kränkningar av art. 6 har hanterats i nationell praxis innebär emellertid att den tilltalade inte fullt ut återvinner den rättighet som blivit kränkt, eftersom bevisningen ändå tillåts i domstol. Viss form av upprättelse får den tilltalade dock dels genom att bevisningen tillskrivs ett lägre bevisvärde, dels genom en eventuell straffindring. Även om det kan ses en kompromiss mellan brottsbekämpningsintresset och rättssäkerhetsintresset, ligger förhållningssättet mer i linje med det förstnämnda.

Att rättssäkerhetsdiskussionen i frågan om hantering av otillåtet åtkommen bevisning främst tar sikte på det materiella rättssäkerhetsbegreppet där skyddet för mänskliga rättigheter innefattas, har härvid en viktig poäng. Den fria bevisprövningens starka ställning verkar nämligen få till konsekvens att hänsyn enbart tas till rättigheter som skyddas direkt genom art. 6 och de absoluta rättigheterna som skyddas av EKMR art. 3. I andra fall av rättighetskränkningar är det inte av betydelse att staten saknat legitimitet för

sin maktutövning. Det är dessutom endast vid de mest extrema kränkningarna som den fria bevisföringen fullt ut tycks få stå tillbaka till förmån för rättssäkerheten. Att hävda att straffprocessen härvid fyller en rättssäkerhetsfunktion får anses väl generöst när endast kränkningar av absolut rättigheter får exkluderande verkan på bevisanvändningen.

Principen om fri bevisprövning har till sin natur potential att bidra till en straffprocess som är såväl brottsbekämpande som rättssäker. Eftersom principen, så som den formats i praxis, inte begränsar tillåtligheten av att använda bevisning som åtkommit genom rättighetskränkningar, går emellertid denna potential till viss del förlorad. Brottsbekämpningsintresset tar helt enkelt över. EKMR och kravet på en rättvis rättegång har till sin natur en rättssäkerhetsfunktion, men eftersom det är så få typer av kränkningar som är av tillräckligt karaktär för att sätta principen om fri bevisföring ur spel, får rättssäkerheten härvid inte fullt genomslag. Straffprocessens hindras inte från att nå maximal brottsbekämpande effekt.

Slutsatsen som kan dras är att bevisrätten onekligen spelar stor roll för hur otillåtet åtkommen bevisning hanteras i den svenska straffprocessen, eftersom den verkar som en huvudregel för att sådan bevisning ska tillåtas att upptas vid rättegång. Den fria bevisvärderingen innebär dock att det ytterst ankommer på domstolen att avgöra hur bevisningen ska bedömas, men att en rättighet har kränkts genom åtkomståtgärden får inte nödvändigtvis till följd att den tillskrivs ett lågt bevisvärde. Konsekvenserna av den fria bevisrätten blir att avkall måste göras på ett fullständigt upprätthållande av mänskliga rättigheter, även om de i viss mån beaktas genom kravet på rätten till en rättvis rättegång och hanteras genom strafflindring.

7.2 Ett bevisförbud i svensk rätt?

Vad som ovan sagts om rättssäkerhetsfunktion och brottsbekämpningsfunktion har gjorts med utgångspunkt i Packers extrema modeller för respektive straffprocessuellt intresse. Den svenska straffprocessen kan dock enligt författarens mening inte ses som riktigt så svart eller vit, inte ens när frågan om hantering av otillåtet åtkommen bevisning diskuteras. Ett något mer nyanserat förhållningssätt bör kanske därför intas till bevisrättens konsekvenser för upprätthållandet av mänskliga rättigheter och vilken funktion straffrätten härvid fyller eller bör fylla. Detta är av vikt att ha i åtanke vid en diskussion kring huruvida gällandet rätt bör förändras.

En första fråga som väcks vid tanken på ett eventuellt införande av bevisförbud, är huruvida det finns ett faktiskt behov. Den förhållandevis sparsamma praxis där frågan om rättighetsinskränkningar och bevisrätt aktualiseras kan vara ett resultat av domstolarnas tidigare begränsade normprövningsrätt, men det kan också ses som en indikation på att problematiken inte är särskilt ofta förekommande. Att så skulle vara fallet är emellertid inget argument emot att gällande rätt bör förändras. Förekomsten av ett enda fall räcker för att frågan om en förändrad ordning ska vara aktuell att diskutera. Denna ståndpunkt kan motiveras utifrån att frågan om hur otillåtet åtkommen bevisning ska hanteras är härledbar till fundament i det svenska rättssystemet så som konstitutionalism och maktindelning. Att problematiken kring rättighetskränkningar versus bevisrätt överhuvudtaget förekommer innebär en principiell brist i systemet, vilken kan komma att få betydligt större konsekvenser i andra politiska klimat än det nu rådande. Precis som framgår av uppsatsens problemformulering har brottslighetens karaktär, liksom aktualiteten för mänskliga rättigheter förändrats på ett sådant sätt att det finns anledning att misstänka att aktuell problematik kommer uppmärksammas mer frekvent i framtiden. Det är utifrån denna

aspekt som resonemanget kring behovet av att förändra gällande rätt bör ta sin utgångspunkt.

Den komparativa utblicken har visat att rättighetsskyddet i den svenska straffprocessen har en jämförelsevis svag förankring, både konstitutionellt och i processlagstiftning. I detta avseende har svensk straffprocess i nuläget en mer brottsbekämpande än rättssäker funktion. Härvid blir nästa fråga om det sätt på vilket otillåtet åtkommen bevisning hanteras i Sverige ändock innebär en *godtagbar kompromiss* mellan brottsbekämpningsintresset och rättssäkerhetsintresset. Utgör Europadomstolens praxis en tillräckligt begränsande faktor för den fria bevisrätten i värnandet om rättigheter och maktbalans? Är HD:s sätt att hantera rättighetskränkningar av EKMR art. 6 en tillräcklig kompensation för den tilltalade?

På den första frågan måste svaret blir nekande eftersom Europadomstolens praxis enbart ger vägledning i huruvida rätten till en rättvis rättegång har kränkts. Som ovan visats tillmäts kränkningar av art. 8 härvid ingen betydelse. Eftersom art. 8-rättigheter får lov att inskränkas med stöd i lag, har statens i sin brottsbekämpningsambition möjlighet att utvidga lagstiftningen, så att aktuell typ av straffprocessuella åtgärder blir tillåtliga och kränkningarna uteblir. På så vis hade konflikten med bevisrätten lösts. I en sådan lagstiftningsprocess måste emellertid en proportionalitetsavvägning göras mellan olika intressen och i förhållande till rättighetskatalogerna. Den gällande rätten återspeglar därför redan en kompromiss mellan brottsbekämpning och rättssäkerhet, varför det av principiella skäl inte kan anses godtagbart att staten härvid sedan går utöver sin legitimitet och når framgång med det. Att en rättegång vid användandet av sådan åtkommen bevisning ändock kan bedömas som rättvis, förändrar inte det faktum att en annan konventionsrättighet har kränkts av staten. När det kommer till kränkningar av rätten till en rättvis rättegång innebär Europadomstolens praxis visserligen ingen begränsning för bevisföringen,

men den ställer krav på att kränkningen beaktas. Att så görs tillåts också av såväl bevisrätten i och med den fria bevisvärderingen, som av andra processuella regler. I detta avseende får EKMR:s rättsäkerhetsfunktion ett visst genomslag. Eftersom Europadomstolens praxis inte ställer krav på bevisförbud vid alla typer av art. 6-kränkningar utgör den emellertid ingen större begränsning för bevisrätten. Att kompensera en icke rättvis rättegång med strafflindring innebär dels att orättvisa förfaranden faktiskt accepteras, dels ett falskt förhållningssätt till värnandet om rättigheter. Mot bakgrund av det nu anförda blir slutsatsen att gällande rätt inte är en tillräcklig kompromiss mellan straffprocessens brottsbekämpande funktion och rättsäkerhetsfunktionen.

Den återstående frågan blir således hur en tillfredställande lösning lämpligast utformas. RB 35:1 har karaktären av en generalklausul och den fria bevisprövningens starka ställning måste sägas ytterst ha formats i praxis. Domstolarna har således en teoretisk möjlighet att tillämpa denna mer restriktivt till förmån för en generösare bedömning av vad rätten till en rättvis rättegång innebär. En sådan utveckling kan visserligen skymtas i nationell praxis med anledning av att HD faktiskt beaktar EKMR och Europadomstolens praxis i sina domskäl, men oviljan att i ens minsta mån försvaga den fria bevisrätten ställning är desto mer framträdande. Med tanke på den starka parlamentariska legitimitet som den svenska rättskulturen präglas av och hur lagstiftningstroga de svenska domstolarna till följd av legalitetsprincipen och frånvaron av maktindelning är, ter sig en lagstiftningslösning som det bästa alternativet för att öka rättighetsskyddet i straffprocessen. Englands PACE sec. 78 är härvid kanske den mest passande av de komparativa modellerna att ta inspiration från. Det går med god vilja att argumentera för att en sådan lagformulering inte ens strider mot principen om fri bevisföring, eftersom det inte handlar om ett absolut bevisförbud, utan endast en möjlighet för domstolen att avvisa bevisning. Det problematiska i en sådan lösning är att innebörden av när användning av

viss bevisning gör rättegången så orättvis att bevisningen ska avvisas måste ges av domstolarna, eftersom lagstiftningen i sig inte ger tydliga direktiv om vad som är acceptabelt. Som tidigare konstaterats är det tveksamt om de svenska domstolarna har förutsättningen för, eller viljan att ta det konstitutionella ansvar som härvid krävs. Vilken reell effekt en sådan lagstiftning skulle få är därför osäkert, även om det hade varit en markör för att rättighetsintresset i straffprocessen ska prioriteras.

Den tyska modellen är ett andra alternativ, där bevisrätten är fri så länge ingen konstitutionellt skyddad rättighet kränks. Att en avvägning i sådant fall ska göras i förhållande till rättsstatsprincipen och proportionalitetsprincipen ter sig som en närmst optimal kompromiss för att tillåta straffprocessen att vara både brottsbekämpande och rättssäker. Den svenska och den tyska rättskulturen står visserligen långt ifrån varandra när det kommer till konstitutionalism, vilken helt och hållet legitimerar den tyska modellen. En lagstiftning som gav motsvarande effekt torde dock inte vara omöjlig att införa i svensk rätt, varvid domstolarna skulle bli tvungna att ta ett större ansvar för upprätthållandet av rättigheter i straffprocessen. Ett bevisförbud hade härvid blivit relativt istället för absolut, varför det inte ter sig lika främmande som den amerikanska exkluderingsregeln. Det bakomliggande syftet med en fri bevisrätt istället för en legal bevisteori, torde kunna förverkligas även genom en sådan lösning. Den fria bevisföringen hade då begränsats enbart när statens agerande skett utanför ramarna på ett icke motiverat och proportionerligt sätt.

7.3 Slutsatser

Ramarna för, och begränsningarna i statens maktutövning gentemot samhällsmedborgarna framgår av landets konstitution. Härvid fyller rättighetskatalogen en särskilt viktig funktion, inte minst när det kommer till straffprocessen där maktförhållandet mellan staten och individen ställs på

sin kanske vassaste spets. Som ovan visats beror en rättighetskatalogs genomslagskraft på hur en stats demokratibegrepp definieras genom de spelregler som konstitutionen uppställer för landets styrning, vilket får konsekvenser för hur starkt rättighetsskyddet sedermera blir i straffprocessen.

Avseende hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning, kan utifrån framställningen ett samband mellan stark maktindelning och ökat skydd för mänskliga rättigheter i straffprocessen konstateras. Detta utgör USA och Tyskland exempel på. En större konstitutionell domstolskontroll innebär i sammanhanget en naturligt mer rättssäker straffprocess. För svenskt vidkommande utgör RF:s andra kapitel tillsammans med EKMR de rättighetsstadgar som samhället har att förhålla sig till. När dessa verkar i en sådan konstitutionell kontext som i Sverige, med stark folksuveränitet och svag maktindelning, blir dess genomslagskraft försvagad. En kraftfull kontrollmekanism gentemot lagstiftningsmakten finns inte i systemets natur på samma sätt som i till exempel USA.

Hur otillåtet åtkommen bevisning hanteras i Sverige kan ses som en följd av vad som ovan sagts om konstitutionalism, men framför allt i kombination med hur bevisrätten är utformad. Den i princip helt fria bevisrätten medger i sin nuvarande karaktär inga inskränkningar till förmån för rättighetsskyddet, och de begränsningar som EKMR och Europadomstolens praxis medför bevisrättsligt är inte tillräckliga för ett oinskränkt sådant i en konstitutionell kontext som den i Sverige rådande. Varken lagstiftningen eller konstitutionalismen utgör i dessa fall en särskilt stor begränsning för brottsbekämpningsintresset. Härvid kan påminnas om den engelska ordningen, där svag konstitutionalism har ”vägts upp” med en lagstiftad avvisningsmöjlighet.

Diskussionen kring straffprocessen som varande brottsbekämpande eller rättssäker har genomgående i uppsatsen applicerats på aktuell fråga. Härvid kan ett par saker slutligen sägas. Rättighetsskyddet utgör den del av rättssäkerhetsbegreppet som är konstitutionellt baserat. Att rättssäkerhetsintresset i fall av otillåtet åtkommen bevisning bör ha högre prioritet än brottsbekämpningsintresset, torde därför inte vara en särskilt kontroversiell ståndpunkt att inta. Den komparativa utsvävningen ger också i mångt och mycket stöd för ett sådant synsätt. Det finns visserligen en viss variation i argumenten bakom de olika staternas bevisförbud eller avvsningsmöjligheter, men det mest framträdande är tanken om maktbegränsning för staten gentemot individen till skydd för upprätthållandet av de garanterade rättigheterna. En ur rättighetsaspekt allt för tillåtande lagstiftad bevisrätt och en allt för svag konstitutionalism, gör att den svenska straffprocessen i fall av otillåtet åtkommen bevisning blir mer brottsbekämpande än rättssäker på ett icke tillfredställande sätt.

Svårigheterna med införa en ändamålsenlig och acceptabel reglering bör dock betonas. Ett bevisförbud utformat likt den amerikanska exclusionary rule innebär att det konstitutionellt tillförsäkrade rättigheterna fullt ut respekteras, vilket är ytterst tillfredställande ur en aspekt av att samhällets fundamentala spelregler ska följas. Samtidigt innebär ett brott i många fall att andra medborgare har fått sina rättigheter kränkta så som varande brottsoffer, varvid det kan tyckas osmakligt att gärningsmannens intressen ska prioriteras. Det är dock statens uppgift att tillgodose rättighetsskyddet för samtliga medborgare, utan att behöva ställa dessa mot varandra. Med respekt för att detta i vissa fall blir ett nästintill utopiskt scenario, förespråkar författaren en löning som bygger på någon form av proportionalitetsavvägning. Bevisrätten behöver i viss mån inskränkas så att skyddet för de konstitutionellt tillförsäkrade rättigheterna blir starkare i fall av otillåtet åtkommen bevisning.

Källförteckning

Litteratur

Barendt E. *An introduction to Constitutional Law*

Oxford University Press, Oxford 1998

Berggren, N., Karlsson, N. och Nergelius, J. *Makt utan motvikt: om demokrati och konstitutionalism*

City University Press, Stockholm 1999

Danelius, H. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*

Norstedts juridik, fjärde upplagan, Stockholm 2012

Danelius, H. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*

Norstedts juridik, femte upplagan, Stockholm 2015

Edelstam, H & Ekelöf, P.O. *Rättegång: Första häftet*

Norstedts Juridik, åttonde upplagan, Stockholm 2002

Essunger, M. *Grundlagens bevisprövningsförbud - RF 2:6 i straffprocessen*

Juristförlaget i Lund, Lund 1994

Garland, Norman M, *Criminal Evidence*

McGraw-Hill, sjunde upplagan, New York 2015

Hjertstedt, M. *Tillgången till handlingar för brottsutredare - en rättsvetenskaplig studie av beslag med husrannsakan, myndigheters utlämnandeskyldighet samt editions- och exhibitionsplikt*

Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå Universitet, Nr 25, 2011.

Keane, A. *The Modern Law of Evidence*

Butterworths, tredje upplagan, London 1994

Landström L. *Åklagaren som grindvakt - en rättsvetenskaplig studie av åklagarens befogenheter vid utredning och åtal av brott*

Iustus förlag AB, Uppsala 2011

Lindblom, P.H. ”*Straffprocessens samhällsfunktioner*” i *festskrift till Hans Gammeltoft-Hansen*

Köpenhamn, Jurist- og Ekonomiforbundet, 2004

Lindblom, P.H. *Studier i processrätt*

Norstedts Juridik, Stockholm 1993

Lindblom, P.H. *Progressiv process: spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*

Iustus förlag AB, Uppsala 2000

Lundqvist, U. *Bevisförbud - en undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegången*

Iustus förlag AB, Uppsala 1998

Lundqvist, U. *Laga och rättvis rättegång i praxis*

Bokbyrån HB, Knivsta 2018

Lundqvist U, *Laga och rättvis rättegång - om bevisförbud i praxis*

Bokbyrån HB, Knivsta 2015

May, R. *Criminal Evidence*

Sweet & Maxwell, London 1990

Nergelius, J. *Konstitutionellt rättighetsskydd - svensk rätt i ett komparativt perspektiv*

Fritzes Förlag AB, Stockholm 1996

Niemi-Kiesiläinen, J. ”Tomt prat igen? Om straffprocessens modeller och funktioner” i Andersson, T. & Lindell, B. *Festskrift till Per Henrik Lindblom*

Iustus förslag AB, Uppsala 2004

Nowak, K. *Oskylldighetspresumtionen*

Norstedts juridik, Stockholm 2003

Packer, H. *The limits of the Criminal Process*

Stanford University Press, Stanford 1968

Pattenden, R. *Judicial Discretion and Criminal Litigation*

Clarendon, Oxford 1990

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

Studentlitteratur, Lund 2013

Van den Wyngaert, C. *Criminal procedure systems in European Community*

Butterworth, London 1993

Wadham, J., Mountfield, H., Edmundson A. & Desai, R. *Blackstone's guide to the Human Rights Act 1998*

Blackstone, London 2015

Zuckerman, A. *The principles of Criminal Evidence*

Oxford University Press, Oxford 1989

Artiklar

Ahlstrand, T. *Till frågan om fri bevisprövning och bevisförbud*
Svensk juristtidning, 2002

Asp, P. *Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar*
Svensk juristtidning, 2008

Bergman, F. *Så befäster HD sin roll som grundlagens väktare - stärker skyddet för enskildas fri- och rättigheter”*
Dagens juridik, 2018
Tillgänglig via <http://www.dagensjuridik.se/2018/10/sa-befaster-hd-sin-roll-som-grundlagens-vaktare>

Bradley, C. *The Exclusionary Rule in Germany*
Articles by Maurer Faculty

Hallström, P. *Att jämföra konstitutioner*
Svensk juristtidning, 2010

Heuman, L, *Ulf Lundqvist, Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång*
JT 1998/99

Lindblom, P.H. *Tvekamp eller inkvitation? Reflektioner om straffprocessens samhällsstruktur och grundfunktion*
Svensk juristtidning, 1999

Petersson, O. och Smith, E. *Konstitutionell demokrati*
SNS förlag, Stockholm 2004

Ramberg, A, *Tvångsmedel, rättssäkerhet och integritet – går det att förena?*
Svensk juristtidning, 2007

Offentligt tryck

Proposition 1993/94:117 *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*

SOU 1926:31 *Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning*

SOU 1938:44 *Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk*

Lagkommentar

Fitger, P, *Kommentar till rättegångsbalken, kommentaren till 35 kap. 1§ under rubriken "Bevisföringen"*.

www.zeteo.nj.se

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1998 s. 204

NJA 2003 s. 323.

NJA 2003 s. 414

NJA 2005 s. 462

NJA 2007 s. 1037.

NJA 2009 s. 475 I och II.

NJA 2011 s. 638.

Europadomstolen

Schenk mot Schweiz – 12-07-1988

John Murray mot Förenade kungariket - 08-02-1996

Saunders mot Förenade kungariket - 17-12-1996

Khan mot Förenade kungariket – 12-05-2000

P.G. och J.H. mot Förenade kungariket – 25-09-2001

Allan mot Förenade kungariket – 05-11-2002

Sequeira mot Portugal - 06-05-2003

Jalloh mot Tyskland – 11-07-2006

Harutyunyan mot Armenien - 28-06-2007

Bykov mot Ryssland -10-03-2009

Gäfgen mot Tyskland - 01-06-2010

Amerikanska rättsfall

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

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

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

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

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

Engelska rättsfall

R v Sang (1980) AC 402

R v Allen (1992) Crim LR 297

Tyska rättsfall

BGHStE 13 s. 60 (1959)

BGHStE 24 s. 125 (1971)

BGHStE 25 s. 325 (1974)

BGHStE 29 s. 244 (1980)

BGHStE 32 s. 68 (1983)

BVerfG 34 s. 247 (1973)

BVerfG 44 s. 353 (1977)