



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Zacharias Lilja Jensen

Är den fria bevisföringen hotad?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats
Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT 2019

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	4
1.3 Teori och Metod	5
1.4 Material	6
1.5 Forskningsläge	6
1.6 Uppsatsens disposition	7
2 Fri bevisprövning	8
2.1 Vad innebär fri bevisprövning?	8
2.2 Varför fri bevisprövning?	9
3 Inskränkningar i den fria bevisföringen	11
3.1 Brottsprovokation	11
3.2 Konkurrensskadelag	15
3.3 Oegentligt åtkommen bevisning	17
3.4 Allan v. UK	17
3.4.1 Omständigheterna i fallet	17
3.4.2 Europadomstolens resonemang	18
3.5 Gäfgen v. Germany	18
3.5.1 Omständigheterna i fallet	18
3.5.2 Fallet i Europadomstolen	20
3.6 NJA 2011 s. 638	21
3.6.1 omständigheterna i fallet	22
3.6.2 bedömningen i fallet	22

4 Slutsatser 25

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING 29

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING 31

Summary

A fundamental part of Swedish procedural law is the principle that the process of both submitting evidence and the evaluation of this evidence should be free, as in not regulated by law. Due to Swedens international agreements such as being a member of the European Union brings with them some legally binding demands.

The main purpose of this thesis is to evaluate the standing of this principle when it is valued against these international commitments. By analysing court cases from both the european court of human rights and Swedish national courts the legal standing of this principle is examined. One other important document for this evaluation is the suggestion for a new law in Sweden to conform to European law.

Through the findings of these analyses the conclusion this thesis arrives at is that the principle of free evidence assesment and submission will sometimes have to give way for other more important principles such as the right not to get tortured according to article 3 in the European convention on human rights.

Sammanfattning

En grundprincip inom svensk processrätt är den fria bevisprövningen. Den fria bevisprövningen framstår dock inte som helt självklar genom inflytande från främst europeisk rätt.

I denna uppsats undersöks principen om fri bevisförings ställning vid konflikter mellan nationell rätt och internationella överenskommelser. Undersökningen görs genom klarläggande av praxis från Europadomstolen och Högsta domstolen. Till undersökningen används även förarbetet till Konkurrensskadelagen som diskuterar prioriteringen mellan krav från kommittédirektiv och den fria bevisprövningen.

Genom undersökningen och kartläggningen av gällande rätt dras slutsatsen att det rör sig om motstående intressen. Principen om fri bevisföring får ibland anpassas för att andra intressen värderas högre så som artikel 3 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter som ger rätten till att inte bli utsatt för tortyr eller omänsklig behandling.

Förkortningar

RB	Rättegångsbalken
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
SvJT	Svensk Juristtidning
EU	Europeiska Unionen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

En grundläggande inom svensk processrätt är den fria bevisprövningen vilket kort innebär att i princip alla bevismedel är tillåtna och det är upp till domaren att bestämma hur högt bevisvärde det ska ha. Denna princip är något relativt unikt till vårt rättssystem och kan ibland komma i konflikt med internationella överenskommelser.

De huvudsakliga konflikterna som uppstår kommer ifrån EU där det finns en del områden som vi har fått acceptera vissa inskränkningar i den fria bevisprövningen.

Några frågor som uppstår då är hur dessa inskränkningar påverkar den fria bevisprövningens ställning och hur dessa inskränkningar regleras i den nationella rätten. En fråga blir också hur vi genomför dessa inskränkningar utan att behöva en reform av principen om fri bevisprövning.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är främst att undersöka hur principen om fri bevisprövning påverkas av främst europeiskt inflytande. Syftet med den undersökningen är att svara dels på frågan om det går att anse att principen om fri bevisprövning är hotad eller om där finns anledning att anpassa principen för att uppnå en internationell standard.

1.3 Teori och metod

Då det huvudsakliga syftet med uppsatsen är att till viss del tolka gällande rätt kommer den rättsdogmatiska metoden lägga grunden för uppsatsen. Undersökningar av rättsfall från Europadomstolen och de nationella domstolarna kommer vara centrala för att få en klar bild av den fria bevisprövningen. Vidare kommer doktrin och förarbeten läggas till grund för en stor del av diskussionen detta då för att få en klarare bild av de intressen som står emot varandra vid undersökningen av rättsområdet.

Vissa lagar blir även relevanta till undersökningen som Rättegångsbalkens 35 kapitel 1 § och även Konkurrensskadelagens 5 kapitel 8 §. Viss europeisk lagtext blir även relevant så som EKMR och ett direktiv som påverkar den fria bevisprövningen.

En EU-rättslig metod tillämpas till viss del även för att tydliggöra konflikten mellan de olika intressena som sker och även diskuteras det hur de EU-rättsliga källorna kan komma att tolkas i nationell rätt.¹

Den teoretiska utgångspunkten vid undersökningen av den fria bevisprövningen i förhållande till den europeiska rätten är att konflikterna som uppstår grundar sig i debatten om fri mot legal bevisteori. Olika intressen kommer i konflikt så som rättssäkerhet och effektivitet av brottsutredningar. Min teori är dock att Svensk rätt värderar rättssäkerhet lika mycket som EU-rätten men har olika lösningar för att säkerställa rättigheterna.

¹ Nääv & Zamboni, Juridisk metodlära, 2a uppl, s. 109–110

1.4 Material

Materialet som läggs till grund för diskussionen är i enlighet främst rättskällor. Som underlag för diskussion har jag även använt en del olika artiklar från Svensk Juristtidning dessa är ju klart vinklade för att förmedla författarens åsikt därmed tog jag inte med bara en artikel utan jag försökte visa båda sidorna av debatten. Artiklarna eller doktrinen används heller inte som fakta utan endast som underlag för diskussion och vid fastställande av gällande rätt är det huvudsakligen praxis som jag grundar min slutsats på.

1.5 Forskningsläge

Den fria bevisprövningen ses som en självklarhet i vårt rättssystem och är därför inte ett område för allt för mycket diskussion. Det förekommer en hel del debatt i tidigare 2000-tal efter några omtalade domar från Europadomstolen. Praxis från Europadomstolen är även relevant för området då det är här vi kan se en del konflikt mellan Europadomstolens praxis och den fria bevisföringen.

Inom ämnet sticker dock Ulf Lundqvist ut som den person som skriver mest om olika bevisförbud och inskränkningar i den fria bevisprövningen. Ulf Lundqvist har även skrivit en artikel i Svensk Juristtidning där han går igenom praxis från Europadomstolen och hur han anser att det ska tolkas. Diskussionen på den nationella nivån behandlar för det mesta hur kraven som ställs på oss ska kunna uppfyllas. Där finns även några viktiga rättsfall från HD som behandlar frågan och diskuterar just hur Europadomstolens praxis ska tolkas för att nationell rätt ska kunna uppfylla kraven.

1.6 Uppsatsens disposition

Först kommer frågorna vad fri bevisprövning innebär och varför det är en grundläggande princip inom svensk processrätt besvaras. Anledningen till detta är ge läsaren en grundläggande förståelse om varför det är viktigt att föra diskussionen om den fria bevisföringens ställning i dagens rättsläge.

Sedan i kapitel 3 undersöks några olika inskränkningar i den fria bevisföringen för att illustrera problemen som kan uppstå med fri bevisföring.

Undersökningen i kapitel 3 kommer sedan läggas till grund för en slutdiskussion där jag återkopplar till de frågorna som ligger till grund för uppsatsen för att besvara dessa.

2. Fri bevisprövning

I detta kapitel tänker jag först redogöra för vad fri bevisprövning innebär och sedan varför det är en viktig del av vårt rättssystem.

2.1 Vad innebär fri bevisprövning?

I Rättegångsbalkens 35 kapitel 1 § första stycket står det att ”Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.”. Denna paragraf lägger grund för fri bevisprövning, vad fri bevisprövning innebär är fri bevisföring och fri bevisvärdering vid rättegång. Fri bevisföring innebär att parterna i en rättegång får åberopa all bevisning som de kan få fram och fri bevisvärdering innebär att värdet av denna bevisning prövas fritt av domstolen.

Där finns vissa undantag till denna huvudregel men i princip alla bevismedel är tillåtna enligt svensk rätt och att bevis åtkommit eller upptagits i strid mot en viss rättsregel eller rättsgrundsats hindrar inte att det läggs fram vid rättegång och tillerkänns ett högt bevisvärde.²

Ett exempel på fri bevisprövning finns i rättsfallet NJA 1986 s. 489 där det var en fråga om bevisverkan av analysbevis när blodprov tagits av laboratorieassistent och inte av läkare eller legitimerad sjuksköterska som 28 kapitlet 13 § Rättegångsbalken föreskriver. I fallet beskrev HD principen om fri bevisprövning som att någon begränsning ej får uppställas i fråga om de kunskapskällor, som får användas för sanningens utletande, som också att domare vid värderingen av den föreliggande bevisningen inte är bunden av legala regler. HD ansåg att det inte förelåg hinder för att åberopa blodprovet som bevis även om tillkomsten av det inte överensstämde helt med föreskrifterna i 28 kapitlet 13 § Rättegångsbalken, inte heller kunde

² Fitger med flera, Rättegångsbalken (2019-10-01, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 1 §

någon för den svenska rättsordningen grundläggande rättsprincip anses så åsidosatt att analysbeviset inte fick åberopas.

Här se vi tydligt att även om beviset står direkt i strid mot föreskrift är detta inte ett hinder för att använda det vid rättegång, vad gäller bevisvärdet av blodprovet säger HD att det måste ställas höga krav vid bedömningen då blodprovet tagits med åsidosättande av reglerna i 28 kapitlet 13 § Rättegångsbalken. HD drog slutsatsen att laboratorieassistenten var kvalificerad för att ta blodprovet och därmed kunde det ges ett högt bevisvärde.

I detta rättsfall ser vi alltså att även om ett bevis står i direkt strid mot gällande föreskrift finns det inget hinder för en part att åberopa bevisningen och inget hinder för domstolen att ge bevisningen ett högt bevisvärde.

2.2 Varför fri bevisprövning?

Genom att besvara frågan varför vi har fri bevisprövning får man se till syftet med en rättegång. Syftet med en rättegång skiljer sig mellan en civilprocess och en straffprocess och syftet kan säkert se annorlunda ut i olika rättssystem. Oavsett rättssystem eller bevisteori måste domaren först och främst bilda sig en uppfattning om det verkliga händelseförloppet som parterna beskriver för domaren.³

För att få en klar bild av detta händelseförlopp används bevis som kunskapskällor. Bevisningen i målet används för att antingen styrka eller minska trovärdigheten av ett visst påstått händelseförlopp. Det är här den fria bevisvärderingen kommer i spel, det är upp till domaren i varje fall att värdera bevisningen som parterna har lagt fram och därmed pröva om ett visst förhållande anses bevisat.

³ Westberg, Civilrättskipning, 2 uppl., s. 354

Den fria bevisvärderingen är endast en del av den fria bevisprövningen och den andra viktiga delen är den fria bevisföringen. Fri bevisföring säkerställer att parterna i en rättegång inte är begränsade i den bevisning de får använda för att styrka sin historia.

Det viktiga med den fria bevisprövningen är att den ska vara fri, detta betyder att den inte bygger på en tillämpning av rättsregler.⁴

En bevisteori som är byggd på tillämpning av rättsregler för att bestämma vad värdet av ett visst bevis ska vara kallas för legal bevisteori. Utifrån en historisk synpunkt är en legal bevisteori inget främmande för Sverige och ett exempel på vad det innebär finns i 1734 års rättegångsbalk. ”Två samstämmiga vittnen är fullt bevis”, ”ett vittne är ett halvt bevis”, 17 kapitlet 29 §. Syftet bakom en mer legal bevisteori kan vara att förhindra godtycke i dömandet och därmed uppnå en mer rättssäker och förutsägbar process.⁵

Att en domare inte är bunden vid legala regler vid bevisvärderingen kan framstå som konstigt i ett rättssystem som värderar legalitet och förutsebarhet så pass mycket som vi gör i Sverige.

Där finns även argument för att det måste ske en justering av bevisregler i svensk rätt för att kunna nå upp till en internationell standard.⁶

Varför fri bevisprövning förblir en grundsten inom svensk processrätt trots att kan illustreras genom att ännu en gång använda NJA 1986 s. 489 som exempel. Det var tydligt genom blodprovet att svaranden hade gjort sig skyldig till rattfylleri och laboratorieassistenten i fallet var kvalificerad för att ta provet även om hen inte var läkare eller legitimerad sjuksköterska. Genom en mer legal bevisteori där domaren inte själv bedömer hur mycket värde ska tilläggas ett visst bevis hade svaranden gått fri även om det var uppenbart att hen hade begått brottet. Genom att inte begränsa vilken

⁴ Westberg, Civilrättskipning, 2 uppl., s. 355

⁵ Westberg, Civilrättskipning, 2 uppl., s. 355

⁶ Lundqvist, SvJT 1999, s. 911

bevisning som är tillåten vid rättegång öppnar vi dörren för mer kunskap om fallet och därmed kunna få en bättre bild av sanningen. Ett argument för fri bevisföring är att vid rättegång, där syftet är att komma fram till sanningen, aldrig kan vara riktigt att säga nej till kunskap bara för att den inte uppfyllde några formella krav, om den efter en samvetsgrann prövning är godtagbar.⁷ Viktigt att nämna är att även om domaren inte är bunden av legala regler så menas inte det att hen kan döma hur som helst utan där finns vissa krav. I lagmotiven står det att regeln om domarens frihet vid bevisvärderingen innebär icke, att han får grunda sitt avgörande på en rent subjektiv uppfattning rörande de olika bevisens värde. Hans övertygelse måste vara objektivt grundad och sålunda stödjas på skäl, som kunna godtagas av andra förståndiga personer. Ej heller får avgörandet grundas å totalintrycket av det föreliggande materialet. Det åligger domaren att för sig själv och även i domskälen klarlägga de olika grunder, på vilka han stöder sin övertygelse.⁸ Domaren är alltså inte helt fri i sin bedömning och där finns regler som måste följas.

3. Inskränkningar i den fria bevisföringen.

Som tidigare nämnt finns där en viss internationell standard som bevisrätten måste uppnå, detta följer av europeisk rätt och där finns vissa typer av bevisning som inte får ligga till grund för en fällande dom för EU-länder. I detta kapitel tänker jag redogöra för några av dessa inskränkningar och hur de behandlas i svensk domstol för att undersöka om en princip om fri bevisföring kan vara förenlig med ett EU-medlemskap.

3.1 Brottsprovokation

Brottsprovokation innebär att polisen agerar på ett sätt som leder till att brott förövas i fall där brott förmodligen inte skulle ha begåtts om inte polisen agerade på sättet som de gjorde. I de fall brottsprovokation har begåtts har europadomstolen ansett att svarandens rätt till en rättvis rättegång enligt 6

⁷ Ahlstrand, SvJT 2002, s. 546–547

⁸ NJA II 1943 s. 445

kapitlet 1 artikeln EKMR blivit oåterkalleligen undergrävd och därmed lämnat åtalerna utan bifall.⁹

Europadomstolen konstaterade redan 1998 i fallet Teixeira De Castro mot Portugal att brott som begåtts på grund av polisiär provokation inte kan leda till en fällande dom, förutsatt att brottet förmodligen inte skulle ha begåtts utan provokationen.¹⁰ Detta ledde till en debatt i svensk rätt om hur liknande fall skulle behandlas i Sverige, då vi till skillnad från många andra länder har fri bevisprövning och det var möjligt att tolka denna praxis som ett bevisförbud.¹¹

Det dröjde fram till år 2007 innan ett fall om brottsprovokation nådde Högsta Domstolen och det var då i NJA 2007 s. 1037 vi fick svaret på hur brottsprovokation skulle behandlas inom nationell rätt. I fallet fick alla tre instanser olika domslut vilket illustrerar hur oklart rättsläget var på den tiden.

Bakgrunden till fallet var att tre tavlor hade blivit stulna från Nationalmuseum. Bo.K-v greps i USA misstänkt för narkotikabrottslighet och erbjöd sig att få fram två av dessa tavlorna som blev stulna för att lindra sitt eget straff. Bo.K-v samarbetade med polisen och tre personer blev uppmanade till att få fram en av tavlorna. Dessa tre personer lyckades få tavlan i sin besittning vilket ledde till att de greps i Köpenhamn tavlan skulle överlämnas till polisen som hade iscensatt köpet. Frågan i domstolen var hur förekomsten av brottsprovokation skulle beaktas vid bedömning av deras ansvar.

En viktig detalj för att förstå kontexten är att, vid tiden för domen var gällande svensk praxis att brottsprovokation skulle kunna leda till strafflindring enligt NJA 1985 s. 544 och NJA 1989 s. 498. Svensk rätt hade

⁹ Asp, SvJT 2008 s. 779

¹⁰ Case of Teixeira de Castro v. Portugal 44/1997/828/1034/, dom meddelad den 9 juni 1998

¹¹ SOU 2003:74 s. 158

alltså en väldigt restriktiv syn på brottsprovokation då grunder för strafflindring ”kan tänkas föreligga”, de nya domarna från europadomstolen var alltså inte alls förenliga med svensk praxis och därmed var det ett väldigt oklart rättsläge.

Tingsrätten tolkade europadomstolens praxis med en hänvisning till Petter Asps avhandling ”Straffansvar vid brottsprovokation” som var mer förenlig med svensk praxis. Detta betydde att en helhetsbedömning av rättegången skulle ske och frågan istället blev om förfarandet som helhet var rättvist och att straffansvar då skulle kunna föreligga om ”provokationen i tillräcklig utsträckning beaktas inom ramen för det nationella förfarandet”.¹²

Tingsrätten valde alltså att inte beakta brottsprovokation som ett bevisförbud eller rättegångshinder utan som en grund för strafflindring i enlighet med tidigare svensk praxis. Detta ledde till att de tre åtalade blev dömda för häleri.

Vidare i hovrätten delade de tingsrättens uppfattning om att brottsprovokation endast skulle leda till strafflindring eller i de värsta fallen en grund för påföljdseftergift. Skillnaden i domslutet berodde på att hovrätten ansåg att brottsprovokationen var så pass otillbörlig att påföljdseftergift skulle meddelas, detta för att kraven enligt artikel 6 i Europakonventionen på en rättvis rättegång ska tillgodoses.¹³

Till slut i HD får vi svaret på hur brottsprovokation ska behandlas i svensk rätt för att vara förenliga med europakonventionen. HD ansåg att det fanns två olika sätt att tolka europadomstolens praxis i de fall då rätten till en rättvis rättegång får anses ha blivit oåterkalleligen undergrävd. Antingen kan domstolen avvisa talan eller också utan vidare prövning lämna åtalet utan bifall.¹⁴ HD diskuterar även att ett förbud mot lagföring som en följd av bevisförbud inte är förenligt med svensk rätt och därmed skulle en sådan

¹² NJA 2007 s. 1047

¹³ NJA 2007 s. 1055

¹⁴ NJA 2007 s. 1059

tolkning få konsekvenser vad gäller den ”principiella uppbyggnaden av bevisrätten i övrigt”. Att se på det som ett processhinder hade även varit problematiskt då en avvisning av fallet inte skulle kunna begränsas till att avse viss åberopad bevisning utan åtalet i sin helhet, detta på grund av att europadomstolen anser att rätten till en rättvis rättegång ”right from the outset” är oåterkalleligen undergrävd.¹⁵

Konventionen förbjuder lagföring av brott som begåtts genom polisiär provokation och utifrån Europadomstolens praxis finns det alltså en skyldighet i nationella domstolar att avbryta förfarandet så snart det visar sig att artikel 6 i EKMR blivit kränkt. Frågan blir då hur HD ska kunna lämna åtalet utan bifall även då det står helt klart att svaranden har gjort sig skyldiga till brotten även när de godtar brottsprovokationen som bevisning. HD kommer då fram till att det saknas en ”materiell brottsbetingelse, vilket innebär att, även om det skulle stå helt klart att någon gjort sig skyldig till brott, att det saknas sannolika skäl för en fällande dom varför åtal inte skall väckas. Om åtal ändå väcks skall rätten lämna åtalet utan bifall”.

Vad detta innebär är att även om alla ansvarsförutsättningar är uppfyllda är det inte tillräckligt för att en brottspåföljd skall kunna ådömas.¹⁶ Enligt 2 kapitlet 7 § Brottsbalken (1962:700) ska iakttagas de begränsningar som följa av allmänt erkända folkrättsliga grundsatser eller, enligt vad därom är särskilt stadgat, av överenskommelse med främmande makt.

Denna tolkning lämnar utrymme för att lämna åtalet utan bifall även i de fall man godtar bevisningen då det brister i straffbarheten och inte i ansvaret. HD anger även att där inte finns något lagstöd för denna tillämpningen men där finns heller inget hinder på att tillgodose kraven som EKMR ställer på detta sätt. HD lämnar alltså åtalet utan bifall till en följd av brottsprovokationen.

¹⁵ Castro mot Portugal, Punkt 39

¹⁶ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, 5 uppl., s. 17

3.2 Konkurrensskadelag

5 Kapitlet 8 § Konkurrensskadelagens (2016:964) första stycke anger en handling som avses i 5 § första stycket får inte åberopas som bevis i ett mål om skadestånd enligt denna lag.

Paragrafen genomför artikel 7 i direktivet 2014/104/EU av den 26 november 2014. Vad paragrafen innebär är ett förbud att åberopa vissa handlingar som finns hos en konkurrensmyndighet som bevis i ett mål om skadestånd på konkurrensrättslig grund.¹⁷

I artikel 7 finns där tre punkter som alla innehåller förbud och begränsningar mot olika sorters bevisning. Artikel 7.1 anger att förklaringar inom ramen för eftergiftsprogrammet eller förlikningsinlagor inte får godkännas som bevisning vid skadeståndstalan. Artikel 7.2 begränsar användningen av information som en fysisk eller juridisk person tagit fram särskilt för en konkurrensmyndighets handläggning av ett ärende, information som konkurrensmyndigheten tagit fram och överlämnat till parterna under handläggningen av ett ärende eller förlikningsinlagor som återkallats. Detta begränsas dock endast för en fysisk eller juridisk person som endast har tillgång till informationen genom konkurrensmyndighetens ärendeakt. Beviset får inte godkännas vid skadeståndstalan och i både 7.1 och 7.2 ges möjlighet att ”på annat sätt skyddas enligt de nationella reglerna för att säkerställa att de begränsningar av bevis som anges i artikel 6 får full verkan.” Artikel 7.3 lämnar inga andra alternativ än en inskränkning i principen om fri bevisprövning då den anger att bevis som en fysisk eller juridisk person erhåller enbart genom tillgång till en konkurrensmyndighets ärendeakt och som inte omfattas av punkt 1 eller 2, endast kan användas vid en skadeståndstalan som väckts av denna person eller en fysisk eller juridisk person som tagit över den personens rättigheter, inklusive en person som förvärvat den personens anspråk.¹⁸

¹⁷ Prop. 2016/17:9 s. 113

¹⁸ Direktiv 2014/104/EU s. 14

Direktivet har alltså direkta inskränkningar i den fria bevisprövningen och hur detta behandlas i motiven till genomförandet av direktivet i nationell rätt ger en bra bild av den fria bevisprövningens ställning i rättssystemet. För att kunna uppfylla direktivets krav blir det alltså en konflikt med svensk rättstradition då den fria bevisprövningen utgör en grundläggande del av svensk processrätt. Vad som är intressant är att likt brottsprovokation lämnar direktivet viss möjlighet till att anpassa nationell rätt till direktivet utan att inskränka den fria bevisprövningen.

För att anpassa nationell rätt till direktivet diskuterades möjligheten att sekretessbelägga de relevanta handlingarna och därmed begränsa möjligheten till att dessa skulle kunna användas i rättegång.

Där uppstod en del problem vid prövningen om sekretessregler skulle räcka. Offentlighets- och sekretesslagens (2009:400) anger att sekretess inte gäller för vissa handlingar utan vissa uppgifter, detta innebär att en anpassning till direktivet genom sekretessregler hade inneburit ett större ingrepp i handlingsoffentligheten än vad direktivet kräver.

Genomförande av direktivet med sekretessregler innebär alltså att det inte endast är uppgifterna i handlingarna som förbudet avser som blir sekretessbelagda utan uppgifterna i hela den avsedda verksamheten.¹⁹

Ännu ett problem som uppstod var att direktivet inte bara omfattade handlingarna som finns hos konkurrensverket utan artikeln omfattade även handlingar som finns hos kommissionen eller någon annan medlemsstats konkurrensmyndighet. Detta innebär att om en annan medlemsstat inför direktivet med ett bevisförbud innebär en skulle kunna få informationen från den medlemsstatens konkurrensmyndighet och därefter åberopa bevisningen i svensk domstol. Därmed finns det ett argument för att genomförande av direktivet genom sekretessregler inte hade säkerställt direktivets krav.

¹⁹ Prop. 2016/17:9 s. 83

Vad regeringen kommer fram till är alltså en avvägning mellan gällande processrättsliga principer och allmänhetens tillgång till handlingar. Regeringen anser att allmänhetens rätt till handlingar förblir oinskränkt är viktigare än ett visst avsteg från gällande processrättsliga principer.

Propositionen hänvisar till 5 kapitlet 1 § i lagen om internationell rättslig hjälp i brottmål (2000:562) som ger möjlighet att på grund av internationell överenskommelse som är bindande för Sverige begränsa användningen av bevisning då de internationella överenskommelserna ska få företräde. Argumentet som regeringen för är att principen om fri bevisföring inte gäller oinskränkt i svensk rätt och att det ibland finns andra intressen som har fått prioriteras så som i lagen om internationell rättslig hjälp i brottmål.

Slutsatsen regeringen kommer fram till är alltså att med bakgrunden att den fria bevisprövningen inte gäller oinskränkt, att det redan finns vissa förutsättningar i gällande rätt för att avvisa eller inte tillåta viss bevisning, att det bästa sättet att genomföra direktivets krav är en inskränkning i den fria bevisprövningen.

3.3 Oegentligt åtkommen bevisning

Det sista området som ska undersökas i denna uppsatsen är huruvida det finns en grund för att avvisa oegentligt åtkommen bevisning. Till grund för denna del kommer läggas praxis från HD och Europadomstolen.

3.4 Allan v. UK

3.4.1 Omständigheterna i fallet²⁰

Allan satt häktad misstänk för ett mord och utnyttjade sin rätt till tystnad. En informatör som polisen sedan innan hade använt blev inkallad för att dela

²⁰ Case of Allan v. The United Kingdom Application no. 48539/99, under ”the circumstances of the case”.

cell med Allan och fick order att få ut så mycket information som möjligt från Allan. Informatören återgav all information han lyckades få fram till polisen och Allan blev dömd till livstid i fängelse och informatörens uppgifter vad bland de bevis som låg till grund för domen.

3.4.2 Europadomstolens resonemang

Domstolen anger att rätten till tystnad för att undvika självangivelse är en del av rätten till en rättvis rättegång, denna rätt ska gälla när svaranden blir förhörd av polis.²¹ Genom att polisen använder sig utav denna informatör som agerar å polisens vägnar och dessutom fått coaching av polisen anses detta vara en kränkning av hans rätt till tystnad.²² På denna grund ansåg alltså Europadomstolen att rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i EKMR hade blivit kränkt och Allan vann.

3.5 Gäfgen v. Germany

3.5.1 Omständigheterna i fallet²³

Gäfgen kidnappade och kvävde en 11-årig pojke till döds i Frankfurt. Genom att Gäfgen begärde en lösensumma från pojkens föräldrar lyckades polisen spåra och arresterar honom samma dag som han plockade upp pengarna.

Under Gäfgens polisförhör hade polischefen i Frankfurt hotat med fysisk smärta på olika sätt för att få reda på vart pojken befann sig, polisen hade även hotat med att låsa in honom så att han skulle bli sexuellt utnyttjad två män. Utöver dessa hot hade han även blivit utsatt för slag mot bröstet och skakat honom så att hans huvud slog i väggen.

²¹ Allan v. UK, Punkt 50

²² Allan v. UK, Punkt 50 och 52

²³ Case of Gäfgen v. Germany Application no. 22978/05 under rubriken ”the circumstances of the case”

Efter 10 minuter av dessa hot berättade han för polisen vart pojken kropp var och frågan blev nu i domstol om hans erkännande skulle kunna läggas till grund för en fällande dom.

Gäfgen hävdade att rättegången skulle läggas ned på grund av hoten och det fysiska våldet, detta med grund i bland annat artikel 3 EKMR.²⁴ Gäfgen yrkade även att de fysiska bevisen inte skulle få användas på grund av hur polisen fick tag på bevisningen.²⁵

I den nationella processen fastslogs det att metoden som polisen använde vid förhöret inte bara var i konflikt med Artikel 3 i EKMR utan även med nationell rätt.²⁶ På grund av att metoderna hade varit olagliga skulle hans uttalande i form av erkännande och utpekande om vart barnets kropp befann sig inte kunna användas som bevisning.²⁷

Den fysiska bevisningen som hade kommit fram som en konsekvens av dessa uttalanden var dock tillåtna i processen. Detta ledde till att Gäfgen erkände ännu en gång i hopp om en lindrigare dom då han var under intrycket att det var den enda utvägen då den fysiska bevisningen fick användas mot honom.²⁸

Detta ledde eventuellt till att Gäfgen dömdes till livstids fängelse och efter att hans överklagan lämnades utan bifall i både den tyska federala domstolen och den konstitutionella domstolen överklagade Gäfgen till Europadomstolen.

Målet tas först upp i Europadomstolens femte kammare där beslutet var förenligt med den tyska domen, alltså att varken artikel 3 eller 6 i konventionen var kränkt då hans uttalanden som följde förhöret inte fick användas som bevis.²⁹

²⁴ Gäfgen v. Germany, Punkt 24

²⁵ Gäfgen v. Germany, Punkt 25

²⁶ Gäfgen v. Germany, Punkt 26

²⁷ Gäfgen v. Germany, Punkt 28

²⁸ Gäfgen v. Germany, Punkterna 31 och 152

²⁹ Gäfgen v. Germany, Punkt 109

3.5.2 Fallet i Europadomstolen

Till slut kommer fallet till storkammaren där Europadomstolen får ta ställning till om Gäfgens rätt till en rättvis rättegång blivit kränkt och en intressant del av denna diskussionen blir då om bevisning som uppkommit till följd av rättighetskränkningar kan avvisas.³⁰

Europadomstolen inleder sin diskussion genom att klarlägga att det inte är frågan om vilken bevisning som är tillåten som ska besvaras, utan det är frågan om rättegången i sin helhet har varit rättvis. Frågan om vilken bevisning som får läggas till grund för en fällande dom blir i den diskussionen relevant, då viss bevisning kan påverka rätten till en rättvis rättegång.³¹

Frågan blir då om rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 anses oåterkalleligen undergrävd genom en kränkning av artikel 3 i konventionen. Europadomstolen anger att inte bara användning av uttalanden utan även fysisk bevisning som uppkommit till följd av en kränkning av artikel 3 oavsett om det rör sig om tortyr, omänsklig behandling eller förnedrande behandling påverkar rätten till en rättvis rättegång.³²

Omständigheterna i detta fallet är dock inte så självklara och domstolen uppmärksammar de olika intressena som står i konflikt med varandra. Att avvisa fysisk bevisning vid en rättegång på grund av hur den framkom skulle hindra effektiviteten av rättssystemet och även det allmänna intresset av att straffa brottslingar. Å andra sidan kan den absoluta rättighet som artikel 3 innebär inte kan vägas mot andra allmänna intressen och det en kränkning av denna artikel kan inte rättfärdigas.³³

³⁰ Gäfgen v. Germany, Punkt 147

³¹ Gäfgen v. Germany, Punkterna 162–164. Se även Castro v. Portugal, Punkt 34

³² Gäfgen v. Germany, Punkt 172 och 173

³³ Gäfgen v. Germany, Punkt 175 och 176

Domstolen kommer ändå fram till att på grund av omständigheterna i fallet att rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 har blivit kränkt, detta även när det står helt klart att det har skett en kränkning mot artikel 3.³⁴

Hur de kommer fram till detta är på grund av att i fallet så har Gäfgen erkänt inte bara under förhöret som utgjorde kränkningen i artikel 3 utan även under rättegången. Det var detta uttalande som främst lades till grund för domen och den fysiska bevisningen användes endast för att sanningen i hans erkännande.³⁵

Som en slutsats av domstolens argumentation kan sägas att påverkan en kränkning av artikel 3 har på rätten till rättvis rättegång enligt artikel 6 beror styrkan av sambandet mellan kränkningen och domen. I detta fallet argumenterar domstolen för att Gäfgen skulle ha blivit fälld för mordet även utan bevisningen som framkommit på grund av kränkningen, eftersom han erkände till mordet under rättegången då de inte längre ansåg att han var utsatt för en kränkning enligt artikel 3.

3.6 NJA 2011 s. 638

Som en avslutning till diskussionen om oegentligt åtkommen bevisning kan avvisas undersöks istället svensk praxis för att se hur HD har tolkat denna tidigare praxis från Europadomstolen. Fallet berör frågan om betydelsen av bevisprovokation som ledde till att den tilltalade lämnade uppgifter som varit negativa för sig själv. Bevisprovokation skiljer sig från brottsprovokation som tidigare genomgått i uppsatsen genom att polisen, istället för att provocera fram ett brott, provocerar fram bevisning för ett redan begånget brott.

³⁴ Gäfgen v. Germany, Punkt 3 och 4 under rubriken "For these reasons, the court".

³⁵ Gäfgen v. Germany, Punkt 179

3.6.1 Omständigheterna i fallet³⁶

C.V. har blivit dömd för mord då det har ställts utom rimligt tvivel att han utsatt M.J. för allvarlig misshandel och uppsåtligt berövat henne livet genom kvävning och därefter gömt kroppen. Problemet är att den bevisning som ligger till grund för domen har framkommit genom bevisprovokation och frågan blir då om C.V. har fått sin rätt till en rättvis rättegång kränkt genom att bevisningen framkommit på detta sätt.

Vad bevisprovokationen i fallet innebar var att polisen misstänkte C.V. för försvinnandet av M.J. men hade svårt att få fram bevisning utöver att han var den sista personen som M.J. hade träffat och hennes glasögon och mobiltelefon hade hittats i närheten av C.V:s hem. Polisen startade därmed en operation vars huvudsakliga syfte var att finna kroppen, men även ville de säkra bevisning mot C.V eller bevisning som styrkte att han inte var ansvarig för M.J:s försvinnande.

Planen var då att en av polisens infiltratörer som de kallar för Mike skulle locka C.V. till att avslöja var kroppen fanns. Mike gjorde sig vän med C.V. och angav att han var medlem i en ospecificerad kriminell sammanslutning. C.V. uppgav inte till en början var kroppen kunde hittas så polisen bestämde sig för att öka trycket på honom genom att besöka hans hem med tre andra infiltratörer. Eventuellt så angav C.V. för Mike vart kroppen var begravd när han var märkbart påverkad av narkotika och angav även att han var den som hade dödat M.J. och grävt ner henne.

3.6.2 Bedömningen i fallet.

Frågan som HD ska ta ställning till är ifall bevisprovokationen ska påverka bedömningen av åtalet mot C.V.

I rätten till en rättvis rättegång är rätten mot självangivelse och tystnad en grundläggande del.³⁷ Detta innebär att om polisen på något sätt har kränkt denna rätt genom sina provokativa åtgärder påverkar bedömningen om en process i sin helhet ska räknas som rättvis.

³⁶ NJA 2011 s. 638, Punkterna 1–7 i HD:s dom

³⁷ NJA 2011 s. 638, Punkt 16. Se även Allan v. UK, Punkt 44

Likt vad som etablerats i tidigare genomgång av Europadomstolens praxis rör det sig inte om ett uttryckligt förbud i bevisprövningen utan vilket bevis som används som grund för domen kan ha en påverkan på om processen kan bedömas som rättvis.³⁸

Bedömningen om en process som helhet kan anses vara rättvis beror på en del olika faktorer. En förutsättning för en rättvis rättegång är att försvaret ska ges tillfälle att ifrågasätta den framprovocerade bevisningen och att domstolen därmed ska få en bra grund för sin bevisvärdering.³⁹

En annan faktor som har stor betydelse för bedömningen om rättvisan i processen är hur allvarliga de otillbörliga påtryckningarna kan anses vara. HD anser dock att naturen av påtryckningarna främst får ha betydelse vid bevisvärderingen, uppgifter som en person lämnar under hot eller press har ofta ett väldigt lågt bevisvärde.

Här står även liknande intressen i konflikt som de gjorde i Gäfgen v. Germany. Frågan bör ställas om uppgifter som lämnas under press eller hot, även om tillförlitliga, får läggas till grund för en fällande dom.⁴⁰ Det blir en intresseavvägning mellan de allmännas intresse att kunna utreda brott gentemot den enskildes möjligheter till att försvara sig själv vid en rättegång. Denna fråga blir mer relevant när det är en fråga om allvarliga påtryckningar så som kränkningar mot artikel 3 som innebär tortyr eller omänsklig behandling.

Vad som är intressant med HD:s genomgång av Europadomstolens praxis är att de lämnar dörren öppen för att hindra användningen av inte bara är de bevis som uppkommit omedelbart genom en kränkning av artikel 3, utan även bevisning som uppkommit vid utredning av sådana handlingar.⁴¹

³⁸ Gäfgen v. Germany, Punkterna 162–164. Se även Castro v. Portugal, Punkt 34

³⁹ NJA 2011 s. 638, Punkt 20

⁴⁰ NJA 2011 s. 638, Punkt 21

⁴¹ NJA 2011 s. 638, Punkt 21

Detta blir dock endast relevant vid allvarliga kränkningar så som i artikel 3 då artikel 3 är en absolut rättighet och det är inget intresse som kan vägas mot ett annat.

Vad HD kommer fram till i fallet är att polisen har skapat en situation som för C.V. upplevs som hotfull, de har skapat uppfattningen att kriminella grupper var intresserade av information de trodde han hade tillgång till. Denna hotbild förstärkes genom besöket till hans hem och detta leder till att HD anser att pressen för att lämna negativa uppgifter om sig själv måste anses otillbörlig. Följdfrågan till detta blir då om denna otillbörliga press har påverkat rättvisan av rättegången i sin helhet. HD anser att de uppgifterna som har lämnats på grund av pressen, erkännandet om ansvaret för M.J:s död, ska ges ett mycket lågt bevisvärde.

Bevisprovokationen har även behandlats vid alla domstolsförhandlingar och därmed har försvaret fått en möjlighet att ifrågasätta bevisningen samt att de har även åberopat egen bevisning i syfte för att minska värdet på åklagarens bevisning. På denna grund anser HD att domstolarna fått tillräckliga grunder för att bedöma bevisvärdet på både bevisningen som framkommit på grund av bevisprovokationen och övrig utredning. HD kommer alltså fram till att fallet måste avgöras utan att beakta C.V:s erkännande om att han var ensam ansvarig för M.J:s död, och på denna grund kan processen som helhet bedömas som rättvis.⁴²

⁴² NJA 2011 s. 638, Punkt 28–30

4 Slutsatser

Syftet med denna uppsats har varit att undersöka principen om den fria bevisprövningens. Frågan om vilken bevisning som får läggas till grund för en fällande dom bör vara självklar enligt 35 kap 1 § Rättegångsbalken då huvudregeln enligt nationell rätt är att bevisningen ska vara fri. Som tidigare kapitel nu har behandlat är det tydligt att den fria bevisprövningen inte gäller oinskränkt. Inflytandet från främst europeisk rätt väcker frågan om vi måste värna för principen om fri bevisprövning eller om det istället är motiverat att ändra ordalydelsen i 35 kap 1 § för att nå upp till en internationell standard.

Redan i fallet *Teixeira de Castro v. Portugal* startades en debatt i svensk rätt om huruvida fri bevisprövning kunde anses vara förenligt med internationellt bindande överenskommelser. Frågan blev då om det behövdes en reform av svensk processrätt eller om kraven kunde uppfyllas på ett sätt som inte inskränkte den fria bevisprövningen.

I NJA 2007 s. 1037 där HD för den första gången prövar brottsprovokation sedan Europadomstolens praxis nya praxis är HD väldigt restriktiva till att ge möjlighet för inskränkningar i den fria bevisprövningen. De anger bland annat att tolka Europadomstolens praxis som ett bevisförbud hade inneburit processuella konsekvenser som framstod som mindre lämpliga och att det hade fått konsekvenser för den principiella uppbyggnaden av bevisrätten. Vid en jämförelse av HD:s bedömning i NJA 2007 s. 1037 och NJA 2011 s. 638 ges det en bra överblick om hur synen har förändrats vad gäller principen om fri bevisprövning över åren.

HD:s prejudikat från 2007 som angav att brottsprovokation ledde till en bristande materiell straffbarhetsbetingelse för att inte göra någon inskränkning i den fria bevisprövningen. Den domen framstår som väldigt annorlunda jämfört med HD:s bedömning i 2011 där de dömer mer i linje mer Europadomstolens praxis.

Under tiden från 2007 till 2011 kommer det två viktiga avgöranden från Europadomstolen som har undersökts i ovanstående kapitel. I dessa avgöranden, Allan v. UK och Gäfgen v. Germany, blir kraven från Europadomstolen allt tydligare. En av punkterna från Gäfgen v. Germany nämner bland annat att en användning av bevis som framkommit omedelbart genom handlingar i strid med artikel 3 och även annan utredning som kunnat skaffas fram som en direkt följd av sådana handlingar. HD nämner även i NJA 2011 s. 638 att det samma gäller i nationell rätt.

Hur dessa krav från Europadomstolen genomförs i svensk praxis är då att bevisningen som framkommit i konflikt med rättigheterna enligt konventionen ges lite eller inget bevisvärde. På detta sätt så kan inte bevisningen läggas till grund för en fällande dom och i de fall som en fällande dom kan meddelas är detta genom en prövning av övrig bevisning. Det är viktigt att nämna här att det är oftast en konflikt mellan två intressen som vägs mot varandra i frågan om viss bevisning ska få läggas till grund för en dom eller inte. I de fall som har undersökts i denna uppsats har det för det mesta rört sig om intresset för den enskilda individen att kunna skydda sig själv och ha en rättvis rättegång som har vägs mot det allmännas intresse för att utreda brott effektivt.

Som Europadomstolen har nämnt finns där vissa fall som denna intresseavvägning aldrig får gå mot det allmännas intresse för en effektiv rättsutredning och det beror på vilket intresse som vägs emot det. Artikel 3 i konventionen är en absolut rättighet som Europadomstolen har angett och bevisning som framkommit i strid mot denna får aldrig användas som en grund för en fällande dom. Detta på grund av att det allmänna intresset för att utreda brott effektivt aldrig kan anses vara viktigare än de rättigheter som anges i artikel 3.

Principen om fri bevisföring hör bland annat till intresset för de allmänna att utreda brott effektivt. Principen om fri bevisföring är dock inte

grundlagsskyddad vilket den enskildes fri- och rättigheter är och det är här som de flesta inskränkningar sker.

Propositionen till konkursskadelagen undersöktes även i ovanstående kapitel då den ledde intressant nog till en lagstadgad inskränkning i den fria bevisföringen. Syftet med lagen var ännu en gång att genomföra krav som ställdes av europeisk rätt, denna gången fanns där dock ett att direktivet skulle säkerställas genom nationell lagstiftning. Denna diskussionen var även intressant för att se var hur regeringen prioriterade principen om fri bevisföring då den skulle vägas mot rätten att ta del av allmänna handlingar. Regeringen fann inget annat alternativ att säkerställa direktivets krav utan att inskränka i den fria bevisföringen. Vad som är intressant är att Svea hovrätt och Marknadsdomstolen avstyrkte förslaget och föreslog istället att handlingarna som inte skulle få tas upp som bevis istället inte skulle ha någon bevisverkan. Hovrättens förslag var alltså att lösa det på samma sätt som nationell rätt har löst tidigare krav från europeisk rätt. Regeringen ansåg dock att det bästa sättet att säkerställa direktivets krav var genom lagstiftning och därmed finns det ett bevisförbud i 5 kapitlet 8 § Konkurrensskadelagen.

Finns där då någon anledning att tro att principen om den fria bevisprövningen skulle anses vara hotad?

Min slutsats är att den fria bevisprövningen inte kan tas för givet eftersom den inte är grundlagsskyddad. Genom en undersökning av olika inskränkningar i principen finner jag dock att inskränkningarna beror på konflikter mellan olika intressen. De intressen som väger ut principen om fri bevisprövning är de absoluta rättigheter som även är grundlagsskyddade och dem rättigheterna har den statusen för en anledning. Likt vad Europadomstolen argumenterade för i Gäfgen v. Germany finns där skäl till att avvisa viss bevisning som framkommit i strid mot artikel 3 då det annars skulle kunna anses vara okej att polis hotar om tortyr vid förhör eller på annat sätt tvingar fram bevisning. Där finns alltså en del inskränkningar som

krävs i den fria bevisprövningen för att garantera en viss nivå av rättssäkerhet.

En annan fråga som denna uppsats syftade till att svara på var om det kan anses motiverat att ändra 35 kapitlet 1 § Rättegångsbalken för att bättre stämma överens med gällande rätt. Genom direktivet som ledde till Konkurrensskadelagen görs det tydligt att där finns möjlighet att genomföra inskränkningar i lagtext utan att ändra på bestämmelsen. Genom undersökningen av praxis ser vi även att det går att uppfylla kraven då domaren är fri i sin prövning av bevisning. Det är alltså upp till domaren i fallet om viss bevisning ska få läggas till grund för en fällande dom.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

SOU 2003:74 Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen

NJA II 1943 s. 446–447 Den nya rättegångsbalken

Proposition 2016/17:9 Konkurrensskadelag

Kommittédirektiv 2014/104/EU

Litteratur

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro. *Juridisk metodlära*. 2:a uppl. Studentlitteratur, Lund 2013

Westberg, Peter. *Civilrättskipning*. 2:a uppl. Nordstedts Juridik, Stockholm, 2013

Jareborg, Nils, & Zila, Josef. *Straffrättens påföljdslära*. 5:e uppl, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017

Artiklar

Lundqvist, Ulf. *Polisprovokation och bevisförbud*, SvJT 1999, s. 903

Ahlstrand, Thomas. *Till frågan om fri bevisprövning och bevisförbud*, SvJT 2002, s. 545.

Asp, Petter. *Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar*, SvJT 2008 s. 779

Lagkommentarer

Fitger med flera, Rättegångsbalken (2019-10-01, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 1 §

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall:

NJA 1985 s. 544

NJA 1986 s. 489

NJA 1989 s. 498

NJA 2007 s. 1037

NJA 2011 s. 638

Fall från Europadomstolen:

Case of Teixeira de Castro v. Portugal, Judgement, Strasbourg 9 June 1998
44/1997/828/1034/

Case of Allan v. The United Kingdom, Judgement, Strasbourg 5 November
2002, Application no. 48539/99

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