



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Albin Hellberg

# Olagligt åtkommen bevisning i svensk, amerikansk och kanadensisk rätt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Christoffer Wong

Termin för examen: VT19

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>6</b>
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Metod och teori	8
1.4 Material och forskningsläge	9
1.5 Avgränsning	9
1.6 Disposition	10
<b>2 SVERIGE</b>	<b>11</b>
2.1 Inledning	11
2.2 Sverige och EKMR	12
2.3 Praxis	14
2.3.1 Inledning	14
2.3.2 NJA 1986 s. 489	14
2.3.3 NJA 2007 s. 1037	15
2.3.4 Gäfgen mot Tyskland (2010)	17
2.3.5 NJA 2011 s. 638	19
2.3.6 Furcht mot Tyskland (2015)	21
2.4 Sammanfattning	22
<b>3 USA</b>	<b>25</b>
3.1 Inledning	25
3.2 Den amerikanska uteslutningsregeln	26
3.3 Praxis	27
3.3.1 Mapp v. Ohio (1961)	27
3.3.2 Undantag	28
3.4 Sammanfattning	30
<b>4 KANADA</b>	<b>32</b>

<b>4.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>32</b>
<b>4.2</b>	<b>Den kanadensiska uteslutningsregeln</b>	<b>33</b>
<b>4.3</b>	<b>Praxis</b>	<b>34</b>
4.3.1	R v. Collins (1987)	34
4.3.2	R. v. Calder (1996)	36
4.3.3	R. v. Goldhart (1996)	36
4.3.4	R. v. Wittwer (2008)	37
4.3.5	R. v. Grant (2009)	37
<b>4.4</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>40</b>
<b>5</b>	<b>BEVISFÖRBUDSREGLER - EN GENOMGÅNG</b>	<b>42</b>
<b>5.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>42</b>
<b>5.2</b>	<b>Funktion och syfte</b>	<b>42</b>
<b>5.3</b>	<b>Bevisförbudsreglers tillförlitlighet, upprätthåller de syftet?</b>	<b>44</b>
5.3.1	Hur bör bevisförbudsregler utformas?	44
5.3.2	Argument mot bevisförbudsregler	45
5.3.3	Vem beslutar?	46
5.3.4	Strafflindring som alternativ eller komplement	47
<b>5.4</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>48</b>
<b>6</b>	<b>ANALYS OCH SLUTSATS</b>	<b>50</b>
<b>6.1</b>	<b>1. På vilka sätt behandlar de olika länderna bevisning i brottmål som åtkommits genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter?</b>	<b>50</b>
<b>6.2</b>	<b>2. Vilka funktioner och syften har de olika metoderna med vilka bevisning, åtkommen genom en kränkning av grundlagsskyddad rättighet, behandlas i brottmål?</b>	<b>52</b>
<b>6.3</b>	<b>3. Vilka likheter och/eller skillnader finns mellan de tre ländernas olika metoder att behandla bevisning i brottmål som åtkommits genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter?</b>	<b>53</b>
<b>6.4</b>	<b>4. Finns det något att ta med sig från de andra ländernas sätt att hantera bevisning, som åtkommits genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter, i brottmål till svensk rätt?</b>	<b>55</b>
	<b>BILAGA A</b>	<b>57</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>61</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>63</b>

# Summary

In Sweden, the ruling principle on evidence is that it is allowed to admit almost any type of evidence before a court in a criminal case. There is a few exceptions and general exclusion rule in 35:7 rättegångsbalken, which is used mostly when evidence is clearly not needed in the trial. It is considered possible to admit and use evidence that was gathered through a breach of a constitutional right.

In the U.S. and in Canada there is a completely different view on the principles of evidence. These two countries both have rules about improperly obtained evidence and a rich case law about when evidence is allowed and when it is to be excluded. In the U.S. the exclusionary rule says that evidence shall be excluded if it is gathered in violation of a defendant's constitutional rights, unless there is an exception to the rule that still maintains the preventive purpose of it. On the contrary, Canada's rule allows illegally obtained evidence as long as the admission of it doesn't bring the administration of justice into disrepute.

In Sweden, two different types of situations dealing with illegally obtained evidence have been clarified. The first situation is that evidence gathered through a breach of Article 3 in the European Convention on Human Rights, which protects against torture and other similar inhuman treatment, is forbidden to use. The other situation is when a defendant's right to a fair trial has been irremediably undermined, which also results in the prohibition of using that evidence.

Neither the U.S. nor Sweden has their rules about illegally obtained evidence written in the law, as opposed to Canada. To have the rule not written in the law, allows for a more flexible interpretation, but makes it less predictable, both on how to use the rule and how the legal situation works. It is possible that the legal situation would be clearer and more predictable if

Sweden used the Canadian rule as a model and introduced a similar rule in *regeringsformen*, that would allow illegally obtained evidence to be used, to not contradict the ruling Swedish principle on evidence, if an admission of the evidence does not irremediably undermine the defendant's right to a fair trial.

# Sammanfattning

I Sverige gäller principen om den fria bevisprövningen. Förutom ett fåtal undantag och en generell avvisningsregel i 35:7 rättegångsbalken finns det i princip inga begränsningar om vad som får åberopas som bevisning i en domstol i brottmål. Det har heller inte ansetts oförenligt med lag att ta upp och pröva bevisning som åtkommit på ett olagligt sätt.

I USA och Kanada förhåller det sig annorlunda. I båda dessa länder finns det regler kring olagligt åtkommen bevisning och en väl utvecklad praxis kring hur och när bevisning skall tillåtas och när den skall avvisas från att användas i brottmål. I USA gäller huvudregeln att bevisning skall uteslutas om den tillkommit genom en kränkning av en grundlagsskyddad rättighet, om situationen inte träffas av ett undantag som fortfarande upprätthåller det preventiva syftet med regeln. I Kanada gäller tvärtom att olagligt åtkommen bevisning skall tillåtas om ett tillåtande inte skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet.

I Sverige har två situationer gällande olagligt åtkommen bevisning blivit klarlagda. Det första är ett förbud mot att använda bevisning som tillkommit genom ett brott mot Artikel 3 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, som stadgar skydd mot tortyr och liknande omänsklig behandling, och det andra är ett förbud mot att använda sig av bevisning som oåterkalleligen skulle undergräva den tilltalades rätt till en rättvis rättegång.

Varken USA eller Sverige har regeln kring olagligt åtkommen bevisning nedtecknad vilket Kanada har. Att inte ha regeln upptagen i lag tillåter en mer flexibel tolkning, men minskar förutsebarheten både i hur den skall användas och rättsläget i stort. Det är möjligt att rättsläget både skulle klarna och bli mer förutsebart om Sverige använde sig av den kanadensiska regeln som mall och införde en liknande regel i regeringsformen, där huvudregeln

är att olagligt åtkommen bevisning skall tillåtas, för att inte strida mot principen om den fria bevisprövningen, så länge ett tillåtande av bevisningen inte oåterkalleligen undergräver den tilltalades rätt till en rättvis rättegång.

# Förkortningar

Art.	Artikel
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
Sec.	Section (Svensk översättning ung. Artikel)
SOU	Statens offentliga utredningar



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

I Sverige gäller principen om den fria bevisprövningen. Förutom ett fåtal undantag och en generell avvísingsregel<sup>1</sup> i rättegångsbalken finns det i princip inga begränsningar om vad som får åberopas som bevisning i en domstol i brottmål. Syftet med den fria bevisprövningen är att det anses främja en effektiv och rättssäker rättegång om parterna själva får lägga fram den bevisning som finns att tillgå och att det sedan är upp till domstolen att värdera denna bevisning.

I USA och Kanada förhåller det sig däremot inte alls på samma sätt. I dessa båda länder finns det ett flertal regler och en väl utvecklad praxis kring hur och när bevisning får tillåtas eller när den skall avvisas från att användas i brottmål. Många känner säkert igen det amerikanska O.J. Simpsons-fallet<sup>2</sup> där den tilltalade, till synes skyldig, frigavs bland annat på grund av att viss bevisning inte tilläts som troligen annars hade kunnat få honom fälld.

Att personer som begått brott inte skall kunna fällas för dessa och istället gå fria på grund av misstag från polisens sida eller andra teknikaliteter, kan för många, och framförallt här i Sverige, kännas direkt fel. Vi har här i Sverige heller inte haft speciellt många fall där frågan har aktualiserats.

I Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, som har gällt som lag i Sverige sedan 1995, stadgas ett antal rättigheter som varje medborgare är garanterad. Dessa rättigheter finns till största del också speglade i vår egen regeringsform. Så sent som 2011 infördes ett förtydligande i regeringsformen om att

---

<sup>1</sup> 35:7 RB

<sup>2</sup> People of the State of California v. Orenthal James Simpson. Case Number #BAO97211, Los Angeles County Superior Court, 1994

rättegångar skall genomföras rättvist<sup>3</sup>, som tidigare hade varit antaget genom EKMR<sup>4</sup>, och även ansetts ha kunnat utläsas ur de principer som styr den svenska processrätten i brottmål.

Om en medborgares grundlagsskyddade rättigheter kränks av till exempel polis eller annan inom rättsväsendet, samtidigt som samma medborgare blir åtalad för brott i samband med kränkningen, finns det då någon möjlighet att läka kränkningen genom att bevisningen inte får användas eller gäller principen om den fria bevisprövningen fortsatt? Hur kan rätten till rättvis rättegång upprätthållas i ett sådant fall?

## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur bevisning, som åtkommit genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter, behandlas i brottmål i Sverige, USA och Kanada, och att utifrån eventuella skillnader undersöka om något ur USA:s eller Kanadas förhållningssätt vore lämpligt att implementera i svensk rätt.

Tillämplig lagstiftning på området gås igenom och till den tillhörande praxis. Eftersom att Sverige sedan år 1995 har antagit Europeiska konvention om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna som lag kommer även praxis från Europadomstolen att undersökas. För att uppnå syftet kommer följande frågeställningar att besvaras:

1. På vilka sätt behandlar de olika länderna bevisning i brottmål som åtkommit genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter?
2. Vilka funktioner och syften har de olika metoderna med vilka bevisning, åtkommen genom en kränkning av grundlagsskyddad rättighet, behandlas i brottmål?

---

<sup>3</sup> 2:19 RF

<sup>4</sup> Art. 6 EKMR

3. Vilka likheter och/eller skillnader finns mellan de tre ländernas olika metoder att behandla bevisning i brottmål som åtkommit genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter?

4. Finns det något att ta med sig från de andra ländernas sätt att hantera bevisning, som åtkommit genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter, i brottmål till svensk rätt?

## 1.3 Metod och teori

En rättsdogmatisk metod har använts för att utröna gällande rätt i Sverige, detta genom tillförlitliga källor såsom förarbeten, lagtext i den mån det finns, praxis och doktrin.<sup>5</sup> Med hjälp av dessa källor tolkas och görs försök till att fastställa gällande rätt på området kring hur bevisning som åtkommit genom en kränkning av grundlagsskyddad rättighet behandlas i brottmål.<sup>6</sup>

Inom den rättsdogmatiska metoden finns även möjligheten att ifrågasätta och ge egna förslag till den gällande lagstiftningen.<sup>7</sup> Det är det som analysens avslutande del syftar till: där ett resonemang förs kring huruvida något av de andra ländernas hantering av bevisning åtkommen genom en grundlagskränkning i brottmål vore lämpligt att införa eller åtminstone beakta även i svensk rätt.

En komparativ metod har använts för att kunna visa på likheter och skillnader mellan de tre länderna Sverige, USA och Kanada. Att valet har fallit på just tre länder kan motiveras med att ifall bara två länder hade valts hade det kunnat ge överdrivna resultat när det kommer till skillnader länderna emellan. Dessutom tillhör USA och Kanada common law-familjen, till skillnad från Sverige som ingår i civil law-familjen, vilket kan belysa andra aspekter än om tre länder som ingår i samma rättsfamilj hade valts.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Kleinman, 2013, s. 21

<sup>6</sup> Kleinman, 2013, s. 26

<sup>7</sup> Kleinman, 2013, s. 34-36

<sup>8</sup> Siems, 2018, s. 18

## 1.4 Material och forskningsläge

I Sverige finns inte någon regel som uttryckligen säger hur bevisning som åtkommit genom en kränkning av grundlagsskyddad rättighet skall behandlas, och svensk praxis är sparsam, därför har det varit viktigt att vända sig till Europadomstolens praxis på området. I Sverige så är det framförallt Ulf Lundquist som är framträdande inom ämnet, så en stor del av informationen kring det svenska rättsläget har hämtats ur någon av hans böcker.

Att valet föll på länderna USA och Kanada att jämföra Sverige med, beror på att båda dessa länder har en väl utvecklad praxis vad gäller behandlingen av bevisning som åtkommit genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter. En nackdel med att välja USA och Kanada är att de båda är engelskspråkiga grannländer som tillhör common law-familjen till skillnad från Sverige som tillhör civil law-familjen. Förhoppningen är att detta ändå inte skall ge upphov till för liknande resultat de båda länderna emellan och att eventuella skillnader framträder desto tydligare, än om två länder från olika rättsfamiljer hade jämförts.

## 1.5 Avgränsning

Svensk praxis på området är inte särskilt omfattande så de få svenska fall som relaterar till uppsatsens ämne har valts och utifrån dessa har två fall från Europadomstolen valts för att sättas i relation till de svenska fallen. När det gäller USA och Kanada så består båda länderna av ett flertal mindre stater<sup>9</sup>. Dessa stater har ett visst mått av självbestämmande när det kommer till lagstiftning. På grund av att det finns alltför många stater har uppsatsen begränsats till att helt bortse från staternas egna, eventuellt avvikande regleringar och enbart fokusera på lagstiftning i de båda länder som är på

---

<sup>9</sup> Provinser i Kanada

nationell nivå, och praxis som hämtas från de båda länderna kommer från respektive lands högsta domstol.

Den historiska bakgrunden till varför det ser såpass olika ut i de tre valda länderna är ett intressant ämne, det kan till exempel ha att göra med vilken tillit till rättssystemet som funnits. Det skulle kunna bero på att jurysystemet, bestående av vanliga medborgare vilket i stor utsträckning används i USA och Kanada, har ett större behov av fler regler och möjligheter att behandla bevisning på än vårt svenska system med nämndemän som leds av juristdomare. Oavsett vilket så ligger denna historiska förklaring till varför rättssystemen behandlar bevisning så olika, utanför uppsatsens omfattning och kommer inte vidare att utredas.

## **1.6 Disposition**

I andra kapitlet beskrivs det svenska rättsläget och något kort om Europakonventionen, samt rättspraxis från Sverige och Europadomstolen. I tredje kapitlet undersöks hur USA hanterar den för uppsatsen relevanta frågan, framförallt med fokus på den amerikanska uteslutningsregeln. I fjärde kapitlet behandlas kanadensisk rätt och dess regler om uteslutande av bevisning. I både tredje och fjärde kapitlet nämns en del rättsfall kortare än vad som skett i andra kapitlet, detta på grund av det amerikanska och kanadensiska common law systemet oftare hänvisar till praxis än vad svensk rätt gör. Att beskriva varje rättsfall utförligare hade i detta fallet blivit överflödigt, därför är dispositionen vad gäller just rättsfallen något annorlunda i tredje och fjärde kapitlet jämfört med andra kapitlet. I femte kapitlet gås de olika ländernas syfte med deras regler igenom och en kortare generell genomgång görs av bevisförbud och uteslutningsregler. Kapitel två till fem avslutas även med en sammanfattning av vad som förekommit i respektive kapitel. I sjätte kapitlet görs slutligen en återkoppling till frågeställningen. I bilaga A har, för uppsatsen, relevant lagstiftning återgetts i sin helhet.

## 2 Sverige

### 2.1 Inledning

I Sverige gäller principen om den fria bevisprövningen enligt 35:1 1st RB. Principen innefattar även fri bevisföring och fri bevisvärdering. Generellt kan sägas att principen om den fria bevisprövningen innebär att alla former av bevisning får läggas fram i svenska domstolar och det är upp till rätten att bedöma och värdera denna bevisning. Sverige har i motsats till andra länder inte så många regler kring bevisning<sup>10</sup>. Syftet med detta är att processen skall vara så effektiv och så rättssäker som möjligt om parterna fritt får lägga fram sin egen utredning, och därefter överlämna värdering av denna till domstolen. I 35:7 RB finns en avvisningsregel som ger domstolen frihet att i vissa situationer avvisa bevisning. Denna avvisningsregel är dock generellt hållen och innebär i korthet att bevisning som inte är relevant eller som är alltför tidskrävande att ta upp får avvisas av rätten.<sup>11</sup>

I 35:7 p.3 RB finns en möjlighet för domstol att avvisa bevisning som uppenbart skulle bli utan verkan, men då det är svårt för en domstol att på förhand bedöma vilken bevisning som i slutändan kommer att ha verkan eller inte, används paragrafen inte så ofta.<sup>12</sup>

Ett tydligt undantag till principen om den fria bevisprövningen finns i 35:14 RB vilken stadgar en begränsning mot att använda sig av skriftliga berättelser lämnade med anledning av inledd eller nära förestående rättegång, till exempel förhör från förundersökningen. Att skriftliga utsagor begränsas beror på principen om bevisomedelbarhet och att det anses vara bättre för rätten att ta ställning till en historia framförd muntligen vid

---

<sup>10</sup> Lundquist, 2015, s. 298

<sup>11</sup> Nordh, 2009, s. 25

<sup>12</sup> Nordh, 2009, s. 26

rättegången, genom frågor och förtydliganden om så behövs, än en skriftlig version av densamma.<sup>13</sup>

Ett annan tydligt undantag till rätten om den fria bevisprövningen är det nyligen införda förbudet mot att i vissa fall använda sig av överskottsinformation vid hemliga tvångsmedel, i 27:23a RB. Det är inte tillåtet att samla information om andra brott än det som var anledningen till att den hemliga avlyssningen beviljades, om det inte träffas av några av de undantagen som finns, bland annat skall brottet vara av allvarligare art och ifall förundersökningen skall inledas på grund av överskottsinformationen skall det antas inte leda till enbart böter.<sup>14</sup>

## 2.2 Sverige och EKMR

Förutom inhemsk svensk rätt behöver EKMR<sup>15</sup> också tillämpas efter att den antogs som svensk lag 1995.<sup>16</sup> I förarbetena nämndes att det inte skulle medföra någon skillnad att EKMR inkorporerades som svensk lag, utan att det fortsatt gällde för svensk lagstiftning att följa de krav som konventionen innebär, och att hålla sig uppdaterad med de förändringar som sker genom bland annat Europadomstolens olika avgöranden.<sup>17</sup> Även ett nytt stadgande<sup>18</sup> i RF införs om att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid mot EKMR.<sup>19</sup> Trots regeringens uttalande om att det i praktiken inte skulle medföra någon skillnad så har EKMR använts i många fler fall efter införandet av den som lag, än tidigare. Innan 1995 hade EKMR åberopats i runt 20 fall medan det efter införandet har uppkommit mer än 200 fall som

---

<sup>13</sup> Nordh, 2009, s. 31

<sup>14</sup> SOU 2018:61, s. 273-275

<sup>15</sup> Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

<sup>16</sup> Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

<sup>17</sup> Prop. 1993/1994:117, s. 40-41

<sup>18</sup> Återfinns nu i 2:19RF efter ytterligare en ändring 2010

<sup>19</sup> Prop. 1993/1994:117, s. 35

handlar om EKMR. En stor andel av dessa fall har handlat om Art. 6 EKMR om rätten till en rättvis rättegång.<sup>20</sup>

En bestämmelse infördes 2011 i 2:11 2st RF om att rättegångar skall genomföras rättvist. Det hade fram tills dess inte funnits någon sådan regel uttryckt i lag i Sverige, utan den regel som gällt dithills hade varit Art. 6 EKMR. I propositionen nämns att ett flertal andra principer och regler som har till syfte att säkerhetsställa en rättvis rättegång sedan tidigare funnits, och att ett införande av bestämmelsen om rätten till en rättvis rättegång på konstitutionell nivå var lämpligt. Den svenska bestämmelsen skulle ha Art. 6 EKMR som förebild men inte kopieras rakt av då det var möjligt att man på så sätt även öppnade upp för en utveckling som lagstiftaren ännu inte förutsett. Rätten till rättvis rättegång i både EKMR och regeringsformen gäller parallellt, därför är Europadomstolens praxis kring rätten till rättvis rättegång i Art. 6 EKMR fortfarande aktuell.<sup>21</sup>

När det har talats om att bevisning tillkommit på ett otillbörligt sätt i brottmål i svensk praxis så har domstolarna oftast vänt sig till rätten till en rättvis rättegång i Art. 6 EKMR. Artikeln innehåller inte någonting om vilka bevis som får användas eller inte utan en helhetsbedömning får istället göras för att avgöra om ett tillåtande av bevisningen kan anses bibehålla rättegången rättvis.<sup>22</sup> Ett brott mot Art. 6 EKMR har i vissa fall lett till ett förbud mot aktuell bevisning, medan Europadomstolen i andra fall sagt att ett uteslutande eller förbud inte är tvingande men att ett annat förfarande som leder till samma resultat, som att kränkningen aldrig ägt rum, skall användas. Att ge strafflindring är i vissa särskilt allvarlig fall av en kränkning av Art. 6 EKMR inte tillräckligt.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Victor, 2013, s. 347

<sup>21</sup> Prop. 2008/2009:80, s. 160

<sup>22</sup> SOU 2018:61, s. 76

<sup>23</sup> Se avsnitt 2.3



## 2.3 Praxis

### 2.3.1 Inledning

Nedan kommer praxis från Högsta Domstolen och Europadomstolen att gås igenom. Fallen handlar om olika saker men har alla gemensamt att olagligt åtkommen bevisning diskuteras och hanteras däri. De olika fallen är utvalda för att försöka ge en tydligare bild av hur rättsläget på området hantering av olagligt åtkommen bevisning ser ut med hjälp av konkreta exempel från ledande rättsfall. Löpande kommer även en teoretisk genomgång av det som framkommer i de olika fallen att ske. Första fallet är NJA 1986 s. 489.

### 2.3.2 NJA 1986 s. 489

Fallet handlar om ett blodprov som togs från en person misstänkt för rattfylleri. Enligt då gällande föreskrift<sup>24</sup> fick blodprov endast tas av läkare eller legitimerad sjuksköterska. Blodprovet togs dock av en laboratorieassistent, och fråga uppkom i HD om åtkomsten av blodprovet stred mot RF:s skydd för att varje medborgare ska vara skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp utan stöd i lag, vilket stadgas i 2:6 RF. Både tingsrätten och hovrätten avvisade den misstänktes krav på att bevisningen i form av blodprovet skulle avvisas.

HD sa att trots att blodprovet upptagits av annan än den föreskriven i lag så innebar inte det att åtgärden skulle klassas som grundlagsstridig. Beslutet att ta blodprovet var lagligt grundat och laboratorieassistenten hade mångårig erfarenhet av att ta blodprov. HD sa vidare att RB inte uppställde något hinder mot att använda sig av ett blodprov som inte åtkommit helt i enlighet med föreskrifterna. Inte heller fann HD någon annan rättsprincip som kunde användas för att avvisa bevisningen i form av blodprovet. Beträffande värderingen av beviset måste höga krav ställas på grund av dess

---

<sup>24</sup> 28:13 RB

tillkomst, men med hänvisning till laboratorieassistentens erfarenhet och att han hade följt gällande riktlinjer för blodprovstagning, fanns ingen anledning att inte låta blodprovet få samma bevisvärde som det fått om det tillkommit i enlighet med RB. Straffet sattes dock ned något med "hänsyn till de speciella förhållanden"<sup>25</sup> som förelåg.<sup>26</sup>

Det går enligt Lundquist att utläsa ur fallet att det finns en gräns för när ett användande skulle klassas som grundlagsstridig, men att hur en bedömning för att komma fram till den gränsen inte redovisas av HD närmare.<sup>27</sup> Bevisningen tilläts med fullt bevisvärde men HD valde ändå att sätta ned straffet som ett slags kompensation till den tilltalade för att bevisning inte upptagits i enlighet med gällande regler.<sup>28</sup>

Nästa fall är ett av de första vägledande fallen i Sverige angående brottsprovokation och brott mot Art. 6 EKMR, om rätten till rättvis rättegång. Huvudomständigheten i fallet är själva brottsprovokationen men det är inte det som är fokus i den här uppsatsen utan HD:s resonemang kring hur en sån här situation skall hanteras med bevisningen som tillkommit på ett olagligt sätt.

### **2.3.3 NJA 2007 s. 1037**

Omständigheterna i fallet var som följer: En person, A, misstänkt för brott i USA uppgav för myndigheterna där att han hade information som skulle leda till att en dyrbar tavla, som stulits från ett museum några år tidigare i Sverige, skulle kunna återfås. Polisen i USA inledde ett samarbete med svensk polis och tillsammans beslutade de om att låta A ta kontakt med de som hade tavlan. Efter ett antal månaders förhandling lyckades A få till stånd ett möte med en person, B, som var villig att sälja tavlan. Köpet gjordes upp på ett, av dansk polis övervakat, hotellrum i Danmark. A och en

---

<sup>25</sup> NJA 1986 s. 489

<sup>26</sup> NJA 1986 s. 489

<sup>27</sup> Lundquist, 2013, s. 207

<sup>28</sup> Lundquist, 2018, s. 445

amerikansk FBI-agent mötte säljaren B, och efter att ha kontrollerat tavlans äkthet greps B och ytterligare tre personer som varit delaktiga i förhandlingarna och transporten av tavlan.

Tingsrätten dömde tre av dessa fyra skyldiga till grovt häleri respektive häleri, åtalet ogillades mot den fjärde av de tilltalade. Hovrätten ändrade tingsrättens dom och meddelade påföljdseftergift med hänsyn till att polisprovokationen varit såpass otillbörlig att de tre tilltalades rätt till rättvis rättegång, enligt Art. 6 EKMR, annars inte kunnat anses tillgodosedd.<sup>29</sup>

I HD uppkom fråga vilka konsekvenser provokationen skulle få, och om det varit tillåtet att åtala och döma de tre tilltalade för de häleribrott de gjort sig skyldiga till. Först konstateras att de tre tilltalade inte hade tagit befattning med tavlan och på så sätt gjort sig skyldiga till brott om det inte vore för polisens provokationer, därför anses deras rätt till en rättvis rättegång enligt Art. 6 EKMR ha blivit "oåterkalleligen undergrävd"<sup>30</sup>. På grund av detta anser HD att det inte fanns några förutsättningar för att åtala och döma de tre tilltalade, och åtalen lämnades därför utan bifall. HD resonerar också kring möjligheten att utesluta bevisning till följd av polisprovokation, men säger att det vore främmande för svensk rätt, i och med principen om fri bevisprövning enligt 35:1 RB som gäller, och att det vore svårt att veta vad det skulle kunna leda till för den övriga bevisrätten om det tilläts här. HD menar även att det skulle bli omständligt när till exempel en åklagare skulle vilja överklaga ett beslut, om att avvisa bevisning, till högre rätt. Då skulle den högre rätten enbart kunna pröva själva beslutet, och HD menar här att det som prövas i princip skulle vara samma sak som att hela fallet prövades, och finnes beslutet felaktigt skall målet skickas tillbaka till lägre rätt trots att högre rätt redan prövat målet. Till slut kommer HD fram till att lösningen som valdes att lämna åtalen utan bifall var den bästa i detta fallet.<sup>31</sup> Till detta kommer också Asps rimliga uttalande om att det vore konstigt att

---

<sup>29</sup> NJA 2007 s. 1037

<sup>30</sup> "irremediably undermined" p. 49 i Vanyan mot Ryssland, ansökan nr 53203/99, dom av den 15 december 2005

<sup>31</sup> NJA 2007 s. 1037

utesluta själva bevisningen vid provokation när det istället borde vara själva provokationen som skall granskas och hanteras.<sup>32</sup>

Efter detta fall avgjorde HD ytterligare två fall där resning beviljats på grund av brottsprovokation. NJA 2009 s. 475 I och NJA 2009 s. 475 II i dessa båda fall specificerades det att en viktig utgångspunkt för om rätten till rättvis rättegång skulle anses oåterkalleligen undergrävd, var omständigheterna kring själva provokationen och huruvida den tilltalade skulle begått brottet om provokationen inte ägt rum. Att mer fokus läggs på själva provokationen kan ses som ett uttryck för oskyldighetspresumtionen som gäller i brottmål. Ur fallen har även en skyldighet för åklagaren att meddela både domstolen och den tilltalade om någon provokation har förekommit, annars är det skäl för resning.<sup>33</sup>

Nästa fall är Gäfgen mot Tyskland (2010)<sup>34</sup> som handlar om Art. 3 EKMR om skydd mot omänsklig och förnedrande behandling och Art. 6 EKMR om rätten till rättvis rättegång. Rättsfallet är valt för att illustrera Europadomstolens praxis på området kring rätten till rättvis rättegång och även något om omänsklig och förnedrande behandling, vilket kommer återkomma i nästkommande svenska rättsfall<sup>35</sup>.

### **2.3.4 Gäfgen mot Tyskland (2010)**

Fallet handlar om en person, Gäfgen, som misstänktes för att ha kidnappat ett barn. Efter att Gäfgen krävt lösensumma för barnet och hämtat lösensumman hos barnets föräldrar greps han av tysk polis och hotades med att utsättas för mycket svår smärta samt att bli tvingad att ta sanningsserum om han inte berättade vad han visste. Enligt polisen utfördes dessa hot i syfte att rädda livet på barnet. När Gäfgen hotades var han handfängslad i ett förhörssrum utan någon försvarare närvarande. Hoten ledde till att Gäfgen

---

<sup>32</sup> Asp, 2001, s. 220

<sup>33</sup> Lundquist, 2018, s. 200-207

<sup>34</sup> Gäfgen mot Tyskland, ansökan nr 22978/05, dom av den 1 juni 2010

<sup>35</sup> Se avsnitt 2.3.5

erkände att han hade dödat barnet och visade var han hade gömt kroppen. Ytterligare bevisning hittades på fyndplatsen som också knöt honom till brottet. Frågan i Europadomstolen var om en kränkning av Gäfgens rättigheter enligt Art. 3 och Art. 6 EKMR uppkommit och hur bevisningen som säkrats i efterföljande led skulle hanteras.

Europadomstolen kom fram till att hoten om våld som Gäfgen utsattes för i syfte att avslöja var barnet var någonstans, utgjorde sådan omänsklig behandling som är förbjuden enligt Art. 3 EKMR.<sup>36</sup> Erkännandet som gjordes efter hoten ansågs inte kunna användas då rätten till rättvis rättegång enligt Art. 6 EKMR då hade blivit kränkt, och skyddssyftet med Art. 3 EKMR hade inte längre blivit upprätthållet.<sup>37</sup> De tyska domstolarna hade inte tillmätt erkännandet något värde eftersom det kom som en direkt följd av en kränkning av Art. 3 EKMR, däremot hade bevisning använts som hittats genom erkännandet, bland annat resultat från obduktionen av kroppen och annan teknisk bevisning funnen på platsen som Gäfgen visat. Europadomstolen uttalar att användning av även sådan bevisning, frukt från det förgiftade trädet<sup>38</sup>, kan leda till att hela rättegången skall anses vara orättvis och i så fall inte bör tillåtas att användas då det inte motverkar brott mot Art. 3 EKMR i tillräcklig utsträckning. Detta gäller om det kan visas att brottet mot Art. 3 EKMR inverkat på utgången i målet, antingen vad gäller straffansvar eller påföljden.<sup>39</sup>

För Gäfgens del ansågs inte hans rätt till en rättvis rättegång ha blivit kränkt då bevisningen som direkt följde av det första erkännandet inte användes för att bevisa hans skuld, utan endast för att testa trovärdigheten i hans utsaga i domstolen. Som bevisning för Gäfgens skuld användes istället sådant som hittats genom husrannsakan efter att han gripits och vissa vittnesmål som inte ansågs ha något samband med kränkningen av Art. 3 EKMR. Gäfgen erkände även på nytt i den tyska domstolen och det erkännandet ansågs

---

<sup>36</sup> Gäfgen mot Tyskland, para. 131-132

<sup>37</sup> Gäfgen mot Tyskland, para. 166

<sup>38</sup> Se avsnitt 3.2

<sup>39</sup> Gäfgen mot Tyskland, para. 178

kunna användas.<sup>40</sup> Ur fallet kan utläsas ett direkt förbud mot att använda sig av bevisning som åtkommit genom en kränkning av Art. 3 EKMR, även bevisning som kommer i direkt efterföljande led från den ursprungliga kränkningen, och skulle sådan bevisning ändå åberopas så skall den uteslutas.<sup>41</sup>

Nästa fall, NJA 2011 s. 638, handlar om bevisprovokation, och fråga uppkom också om en kränkning av Art. 3 och Art. 6 EKMR hade skett och i sådana fall vilka konsekvenser detta skulle få.

### **2.3.5 NJA 2011 s. 638**

En person, A, misstänktes för mord på en kvinna och anhölls för detta. På grund av att kroppen inte kunde hittas lades förundersökning mot A ner ungefär ett år senare. Polisen fortsatte dock att söka efter kroppen och ett år efter att förundersökningen lagts ner hittades ett paket innehållande föremål från den försvunna misstänkt mördade kvinnan på gården där A bodde. A anhölls på nytt men släpptes efter bara några dagar. A var fortfarande huvudmisstänkt och efter ytterligare en tid togs beslut om att genomföra en så kallad bevisprovokation. Den gick ut på att en polis blev vän med A och fick denna att tro att A skulle kunna få pengar via den försvunna kvinnans försäkring om han kunde hjälpa till att hitta kroppen. A berättade dock ingenting och ytterligare försök gjordes för att förmå A att berätta genom att han fick besök av några poliser som utgav sig för att vara från forna Sovjetunionen. Det antydde att A kunde få problem med dem, och den gruppering de tillhörde, om han inte berättade var kroppen fanns. A berättade då, vid tillfället kraftigt påverkad av narkotika, för den första polisen, som han hade blivit vän med, att det var A som hade dödat kvinnan och pekade ut platsen där han hade gömt henne.

---

<sup>40</sup> Gäfgen mot Tyskland, para. 179

<sup>41</sup> Gäfgen mot Tyskland, ansökan nr 22978/05, dom av den 1 juni 2010; Lundquist, 2018, s. 265-268

Tingsrätten dömde A till 10 års fängelse för mord. Hovrätten fann att As rätt till en rättvis rättegång enligt Art. 6 EKMR hade blivit kränkt, men inte oåterkalleligen så. Alltså fanns det möjlighet att åtala och döma honom för mord, men påföljden sattes ned till 7 år på grund av brottet mot EKMR.

HD tog upp frågan om vilka konsekvenser bevisprovokationen skulle anses få när det gällde frågan om den upptagna bevisningen och kom fram till att med undantag för situationer av tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling enligt Art. 3 EKMR, så får domstolar efter prövning tillåta olagligen åtkommen eller upptagen bevisning utan att detta strider mot gällande rätt.<sup>42</sup> Detta kan tolkas som att allvarliga kränkningar av Art. 3 EKMR medför ett strikt bevisförbud i brottmål.<sup>43</sup>

HD bedömer dock att den hotfulla situation som A utsattes för genom antydda hot mot sin egen säkerhet om han inte berättade var kroppen fanns gömd, inte utgjorde en kränkning av det allvarligare slaget, som kunnat föranleda en kränkning av Art. 3 EKMR och således att en fällande dom inte skulle kunna meddelas<sup>44</sup>. Endast As uttalande om att han själv bar ansvaret till mordet, tillmäts inte någon egentlig betydelse eftersom det tillkommit på ett sätt som inte uppfyllde vanliga krav på rättssäkerhet. HD kommer dock fram till att åtalet till stor del vilar på annan bevisning som till exempel undersökning av kroppen. Kroppen som bevisning anser HD är okej eftersom kränkningen som möjliggjorde att den återfanns inte var så allvarlig. HD säger vidare att As rätt till att inte behöva uttala sig eller att lämna uppgifter som är belastande för honom själv är viktiga skyddsregler vid förfarandet kring rättegången och detta medför att det är möjligt att, enligt 29:5 1st p.8 och 2st RB, sätta ner straffet med motsvarande två år, och hovrättens dom fastställs därmed.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> NJA 2011 s. 638

<sup>43</sup> Lundquist, 2018, s. 234-235

<sup>44</sup> NJA 2011 s. 638, p. 22

<sup>45</sup> NJA 2011 s. 638

Lundqvist har kritiserat domen och menar att den misstänkta även borde ha informerats om brottsmisstanken, sin rätt att vara tyst och att få biträde av en försvarare. Eftersom det inte har skett har försvarets rättigheter kränkts på ett allvarligt sätt. Han tycker vidare att HD inte heller borde ha kompenserat den dömda med strafflindring utan istället ha prövat ett bevisanvändarförbud för att läka kränkningen. Uttalandet om att det naturliga bevisvärdet hos ett otillåtet åtkommet bevis läker kränkningen av enskilda och allmänna värden o rättigheter<sup>46</sup> säger Lundquist inte är i överensstämmelse med Europadomstolens praxis på området, den misstänkta kränkta rättigheter återställs inte genom att bevisvärdet reduceras.<sup>47</sup>

Sista fallet som skall nämnas är Furcht mot Tyskland (2015)<sup>48</sup> och handlar om brottsprovokation. I fallet uttalas tydliga regler för hur en sådan situation skall hanteras, då det är tydligt att den tilltalades rätt till en rättvis rättegång enligt Art. 6 EKMR kränkts genom brottsprovokationen. Fokus ligger inte på själva brottsprovokationen utan på hur rätten till en rättvis rättegång ska läkas.

### **2.3.6 Furcht mot Tyskland (2015)**

I fallet Furcht mot Tyskland (2015) tog Europadomstolen ställning till huruvida brottsprovokation, vilken ledde till att klaganden, Furcht, dömdes till fängelse, utgjorde ett brott mot rätten till rättvis rättegång enligt Art. 6 EKMR och ifall strafflindring var tillräckligt för att återvinna den kränkta rättigheten.

Furcht hade i fallet blivit kontaktad av tysk polis som agerade under täckmantel efter att de hade fått misstankar om att en bekant till Furcht, B, varit inblandad i narkotikasmuggling. Furcht uppmanades först av poliserna

---

<sup>46</sup> NJA 2011 s. 638, p. 21 och 24

<sup>47</sup> Lundquist, 2018, s. 236-238

<sup>48</sup> Furcht mot Tyskland, ansökan nr 54648/09, dom av den 23 januari 2015



att sätta dem i kontakt med någon som kunde hjälpa dem att smuggla cigaretter. Efter att Furcht avböjt uppmanades han därefter att sätta poliserna i kontakt med någon som kunde ordna en större försäljning narkotika, och att Furcht skulle tjäna pengar på enbart förmedlingen av kontakten. Efter att kontakten upprättats och försäljningen genomförts greps både Furcht och B, och Furcht dömdes till fem års fängelse.

Europadomstolen uttalar att provokationen, och det faktum att Furcht dömdes uteslutande på det material som uppkommit genom den, utgjorde ett brott mot Furchts rätt till rättvis rättegång enligt Art. 6 EKMR.<sup>49</sup> På frågan om strafflindring kunde vara ett sätt att återställa den kränkta rättigheten uttalade Europadomstolen att enligt sin egen praxis så kunde inte bevisning som erhållits genom brottsprovokation tillåtas, och för att rätten till rättvis rättegång skall upprätthållas så skall sådan bevisning uteslutas eller ett förfarande vidtas som leder till samma resultat som en uteslutning gör. Att sätta ner straffet, hur mycket det än sker, kan inte anses likställas med ett förfarande som leder till samma resultat som en uteslutning gör.<sup>50</sup>

Europadomstolen uttalar alltså att det finns andra möjligheter att återställa en tilltalads kränkta rätt till en rättvis rättegång, men att det skall leda till samma resultat som en uteslutning av bevisningen i fråga hade gjort.<sup>51</sup> Här kan jämföras med NJA 2007 s 1037 där bevisningen i sig inte uteslöts utan hela åtalet lämnades utan bifall, vilket är ett förfarande som leder till samma resultat som ett uteslutande hade gjort.<sup>52</sup>

## 2.4 Sammanfattning

I Sverige gäller principen om den fria bevisprövningen vilket innebär att alla former av bevisning får läggas fram i svenska domstolar och det är därefter upp till rätten att pröva den framlagda bevisningen. Vissa undantag finns i

---

<sup>49</sup> Furcht mot Tyskland, para. 69

<sup>50</sup> Furcht mot Tyskland, para. 68 och 69

<sup>51</sup> Furcht mot Tyskland, ansökan nr 54648/09, dom av den 23 januari 2015

<sup>52</sup> NJA 2007 s. 1037

lag till exempel gällande skriftliga berättelser och överskottsinformation som erhållits genom hemliga tvångsmedel.

Frågan är då vad som ska gälla om bevisning tillkommit genom en kränkning av en grundlagsskyddad rättighet? Framför allt är det rätten till rättvis rättegång i Art. 6 EKMR som används för att bedöma om olagligt åtkommen bevisning får användas eller inte, det finns även en motsvarande regel i 2:11 2st RF som säger att rättegångar skall genomföras rättvist, men den infördes inte förrän 2011 så Högsta domstolen har hittills vänt sig till EKMR. När olagligt åtkommen bevisning får användas eller inte är inte helt klarlagt men vissa situationer har avgjorts och förtydligats av Högsta domstolen som även tagit ledning från Europadomstolen.

I NJA 1986 s. 489 ansågs ett agerande som ej grundlagsstridigt men ett förtydligande om var den grundlagsstridiga gränsen går eller vilka konsekvenser det i sådana fall skulle få ges inte. Högsta domstolen medgav dock straffflinring för den tilltalade på grund av sättet som bevisning uppkommit på.

I NJA 2007 s. 1037 hanterades en situation som innefattade brottsprovokation. Högsta domstolen resonerar kring möjligheten att förbjuda eller utesluta bevisning som tillkommit genom brottsprovokation men menar att det vore allt för främmande för svensk rätt i och med principen om den fria bevisprövningen som gäller här. HD var även oroliga för vilka konsekvenser det skulle kunna få för den svenska bevisrätten. HD kommer istället fram till att eftersom de tilltalades rätt till en rättvis rättegång enligt Art. 6 EKMR anses ha blivit oåterkalleligen undergrävd så fanns inga förutsättningar för åtal och det lämnades därför utan bifall. HDs slutsats följer Europadomstolens senare praxis kring brottsprovokation där Europadomstolen i Furcht mot Tyskland (2015) uttalar att för att rätten till rättvis rättegång skall upprätthållas skall så bevisning tillkommen genom brottsprovokation uteslutas, eller ett förfarande vidtas som leder till samma resultat.

I NJA 2011 s. 638 som handlade om bevisprovokation uttalar HD att domstolar efter prövning får tillåta olagligt åtkommen bevisning, med undantag för situationer av tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling enligt Art. 3 EKMR, utan att det strider mot gällande rätt. I fallet anses den tilltalade inte ha utsatts för sådan behandling som avses i Art. 3 EKMR så därför är det möjligt att döma honom. HD sätter dock ner straffet något då den tilltalades rätt till att inte behöva bidra till förfarandet och rätten att vara tyst anses ha blivit kränkta. Lundquist är oenig med Högsta domstolen och menar att den tilltalades rättigheter blivit kränkta på ett oåterkalleligt sätt och att det då inte skulle räcka med strafflindring för att läka kränkningen utan att ett bevisförbud istället borde ha övervägts.

# 3 USA

## 3.1 Inledning

USA är ett av de länder som har väl utvecklade regler och praxis kring bevisning och framförallt otillåten tillkommen sådan. Likt många andra common law länder så har flertalet regler utvecklats via praxis och det är inte alltid fallet att dessa regler sedan kodifierats. Detta är fallet med den amerikanska uteslutningsregeln. The exclusionary rule, eller uteslutningsregeln, är en amerikansk regel som innebär att bevisning som åtkommit eller upptagits genom en kränkning av en medborgares konstitutionella rättigheter skall uteslutas. Framför allt gäller det brott mot fjärde tillägget<sup>53</sup> till den amerikanska konstitutionen, vilket stadgar skydd mot oskälig husrannsakan och beslag, men även rättigheter garanterade i andra tillägg kan, om dessa blivit kränkta, medföra att bevisning utesluts. Till exempel femte tillägget<sup>54</sup> som garanterar en rätt att inte behöva bidra till förfarandet till nackdel för sig själv och en rätt att vara tyst och sjätte tillägget<sup>55</sup> som garanterar en rätt till försvarare. Även ett brott från polisens sida mot de så kallade Miranda rights, kan föranleda att bevisning utesluts.<sup>56</sup> Miranda rights innebär i korthet att innan polis inleder förhör med en misstänkt person måste personens rättigheter, stadgade i femte och sjätte tillägget, läsas upp för den misstänkta av polis.<sup>57</sup>

Den common law regel som gällde innan någon form av uteslutning av bevisning eller ifrågasättande av hur bevisning åtkommit eller upptagits tillämpades, var att så länge bevisningen var relevant i det aktuella fallet så tilläts den. Det ansågs att det inte fanns någon anledning för domstolarna att avbryta en pågående rättegång enbart för att viss bevisning tillkommit på ett otillbörligt sätt. Det sätt att få upprättelse för den som blivit utsatt för att ha

---

<sup>53</sup> U.S. Const. amend. IV. - Right against unreasonable searches and seizures

<sup>54</sup> U.S. Const. amend. V. - Privilege against self incrimination

<sup>55</sup> U.S. Const. amend. VI. - Right to counsel

<sup>56</sup> Garland, 2015, s. 264

<sup>57</sup> [https://www.law.cornell.edu/wex/miranda\\_warning](https://www.law.cornell.edu/wex/miranda_warning)

fått sina rättigheter kränkta när bevisning i fråga tillkom var att genom ett civilrättsligt mål stämma den som varit skyldig till att kränka rättigheterna, vilket i de flesta fall var en eller flera polismän.<sup>58</sup>

Uteslutningsregeln har varit kontroversiell redan från dess instiftande eftersom resultatet av regelns tillämpande ofta blir att "en brottsling släpps fri eftersom polisen har klantat sig"<sup>59</sup>. Högsta domstolen<sup>60</sup> har på senare år angett att det enda syftet med regeln är att motverka olagliga polismetoder och i de fall där ett uteslutande av bevisning inte har någon motverkande effekt på polisen har domstolen ansett att uteslutningsregeln inte gäller och skapat undantag för dessa situationer.<sup>61</sup>

## 3.2 Den amerikanska uteslutningsregeln

Uteslutningsregeln skapades i domstol fallet *Weeks v. U.S* (1914)<sup>62</sup> för att skydda vissa medborgerliga rättigheter. Det var ett fall som aktualiserade rättigheterna i fjärde tillägget, om skydd mot oskäligen husrannsakan och beslag, då en person fick sitt hem genomsökt och tillhörigheter beslagtagna utan att polisen hade rätt till husrannsakan. Uteslutningsregeln skapad i fallet ansågs bara kunna tillämpas på federal nivå.<sup>63</sup> Delstaterna var själva fria att bestämma hur olagligt åtkommen eller upptagen bevisning skulle hanteras och även om ett flertal stater valde att inkorporera uteslutningsregeln skapad i *Weeks v. U.S.* (1914) i sin egen lagstiftning, så var det långt ifrån alla stater som gjorde så. Många stater argumenterade för att uteslutningsregeln gick tvärtemot den common law regel som tidigare gällt och istället motverkade att rättvisan kunde skipas i och med att bevisning som var relevant uteslöts. Även högsta domstolen menade att regeln skulle användas försiktigt och sparsamt men att huvudsyftet med

---

<sup>58</sup> Sheperd, 1960, s. 156

<sup>59</sup> *People v. Defore*, 242 N.Y. 13 (1926) - "the criminal is to go free because the constable has blundered"

<sup>60</sup> Supreme Court of the United States

<sup>61</sup> Garland, 2015, s. 264

<sup>62</sup> *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914)

<sup>63</sup> Garland, 2015, s. 264

regeln: att dels motverka polisen att utnyttja olagliga polismetoder i insamlandet av bevisning och att skydda en tilltalad medborgares konstitutionella rättigheter, vägde tyngre.<sup>64</sup>

Sex år efter *Weeks v. U.S.* (1914) infördes doktrinen om frukten från det förgiftade trädet i fallet *Silverthorne Lumber Co v. U.S.* (1920)<sup>65</sup>, där ett företag som misstänktes för att undvika att betala skatt fick sina skatteböcker olagligt beslagtagna och kopierade av polisen. Även det femte och sjätte tilläget aktualiserades i detta fall och ansågs tillämpliga på uteslutningsregeln. Doktrinen om frukten från det förgiftade trädet är en utvidgning av uteslutningsregeln och innebär i korthet att olagligt åtkommen eller upptagen bevisning liknas vid ett förgiftat träd och ytterligare bevisning som fås genom den olagligt åtkomna liknas vid frukten från detta träd, således också förgiftad. Ett tydligt exempel är om ett olagligt framtvingat erkännande leder polisen till viss fysisk bevisning, till exempel ett vapen, då räknas erkännandet som det förgiftade trädet och vapnet som polisen funnit genom erkännandet räknas som frukten från samma träd. Om man tillåter bevisning som härleder från det ursprungligt olagliga förfarandet skulle det inte vara lika motverkande för polisen att använda sig av olagliga polismetoder om viss bevisning ändå skulle tillåtas.<sup>66</sup>

## 3.3 Praxis

### 3.3.1 *Mapp v. Ohio* (1961)

Det var inte förrän 1961, i fallet *Mapp v. Ohio*<sup>67</sup>, som Högsta domstolen också applicerade uteslutningsregeln på statlig nivå. Högsta domstolen uttalade sig i fallet: "We hold that all evidence obtained by searches and seizures in violation with the Constitution is, by that same authority,

---

<sup>64</sup> Sheperd, 1960, s. 158-159

<sup>65</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)

<sup>66</sup> Garland, 2015, s. 265-266

<sup>67</sup> *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)

inadmissible in a state court."<sup>68</sup> Omständigheterna i fallet *Mapp v. Ohio* är som följer: Polisen hade fått uppgifter om att en person misstänkt för ett bombdåd gömde sig hemma hos Mapp, samt att material för olaglig spelverksamhet skulle finnas där. När polisen knackade på vägrade Mapp, efter att ha ringt sin advokat, att släppa in polisen utan en husrannsaktionsorder<sup>69</sup>, polisen återvände kort därefter och sparkade in dörren efter att Mapp inte öppnat. Mapp bad om att få se husrannsaktionsordern och polisen visade snabbt fram ett papper som Mapp tog varpå poliserna brottade ner henne och tog tillbaka pappret. Därefter genomsöktes huset och det enda som hittade var pornografiskt material, som vid denna tiden var olagligt att inneha, vilket Mapp också senare dömdes för att ha innehavt. Någon husrannsakan visades aldrig upp under rättegången. Högsta domstolen ansåg att intrånget i Mapps hem och efterföljande husrannsakan hade kränkt Mapps rättigheter enligt fjärde tillägget<sup>70</sup> till konstitutionen och frikände Mapp för innehavet. Utöver detta framhöll domstolen att uteslutningsregeln var en essentiell del av det fjärde och fjortonde tillägget<sup>71</sup>, vilket stadgar att alla medborgare är lika inför lagen och att staten måste ha stöd i lag för vissa tvångsåtgärder, och på så sätt infördes uteslutningsregeln även på statlig nivå.<sup>72</sup> I *Mapp* konstaterade domstolen att syftet med regeln var att förhindra poliser från att bryta mot konstitutionen och att domstolar inte skulle delta i en sådan kränkning genom att tillåta bevisning som uppkommit som resultat av en sådan kränkning.<sup>73</sup>

### 3.3.2 Undantag

Ett undantag, som skapades i fallet *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* (1920)<sup>74</sup> till doktrinen om frukten från det förgiftade trädet och i

---

<sup>68</sup> *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 655 (1961)

<sup>69</sup> Warrant

<sup>70</sup> U.S. Const. amend. IV. - Right against unreasonable searches and seizures

<sup>71</sup> U.S. Const. amend. XIV. - ...due process of law...

<sup>72</sup> Garland, 2015, s. 267

<sup>73</sup> Garland, 2015, s. 264

<sup>74</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)

förlängningen också till uteslutningsregeln är att om bevisningen, som utgör den förgiftade frukten, också går att få tag på från en oberoende källa, som inte har med den ursprungliga kränkningen att göra, så tillåts den via den oberoende källan men inte via den ursprungliga olagligheten.

Ett annat undantag kommer från *Wong Sun v. U.S.* (1963)<sup>75</sup> och handlar om när sambandet mellan kränkningen och bevisningen inte är tillräckligt starkt. I fallet hade en person frihetsberövats utan sannolika skäl och förhörts utan att erkänna något. Efter att ha släppts mot borgen återvände den misstänkta två dagar senare och erkände vissa omständigheter som gjorde att han senare kunde dömas. Eftersom den misstänkta självmant hade återvänt en tid efter det olaga frihetsberövandet ansågs detta inte ha tillräckligt starkt samband med den ursprungliga kränkningen och bevisningen i form av uttalanden från den misstänkta tilläts.

Ett tredje undantag fastslogs i *Nix v. Williams* (1984)<sup>76</sup>, och handlar om bevisning som hade hittas oavsett om någon kränkning av rättigheter hade skett eller inte. I fallet hade en misstänkts rätt till försvarare, sjätte tillägget, kränkts av polisen. En kropp kunde hittas efter upplysningar från den misstänkta men eftersom det visade sig att ett sökpådrag var i närheten av platsen och hade hittat kroppen även utan den misstänkta upplysningar, som i och med kränkningen inte var tillåten bevisning, så tilläts kroppen som bevisning.<sup>77</sup>

Ytterligare två undantag finns till uteslutningsregeln där huvudsyftet med uteslutningsregeln, att motverka otillåtna polismetoder, anses kvarstå intakt. Det första undantaget, kommer från fallet *Leon v. U.S.* (1984)<sup>78</sup> där en person misstänkt för innehav av narkotika blev utsatt för en husrannsakan efter att polis ansökt om och fått tillstånd till det. I efterhand visade det sig att husrannsakningsordern i fråga inte uppfyllde gällande kriterier för att

---

<sup>75</sup> *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963)

<sup>76</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)

<sup>77</sup> Garland, 2015, s. 256-266

<sup>78</sup> *Leon v. United States*, 468 U.S. 897 (1984)



vara laglig. Undantaget gäller alltså poliser som genomfört en husrannsakan, trots en felaktig husrannsakningsorder, i god tro. Felet läggs här i stället på den tjänsteman<sup>79</sup> vid domstolen som utfärdat husrannsakningsordern och det anses inte kunna lastas polisen vilket medför att syftet med uteslutningsregeln kvarstår. Detta undantag anses endast röra ett fåtal situationer, husrannsakan utan husrannsakningsorder träffas inte av detta undantag.

Det andra undantaget är att utesluten bevisning på grund av kränkning av medborgerliga rättigheter eller brott mot Miranda-regeln får användas för att angripa den tilltalades trovärdighet vid vittnesförhör i domstolen. Syftet med detta undantag är att det hjälper domstolen bättre kunna bedöma fallet. Även i detta undantag anses det att syftet med uteslutningsregeln inte motverkas då polisen inte kan tänkas vilja begå brott uteslutande för att detta undantag skall kunna användas.<sup>80</sup>

### 3.4 Sammanfattning

Uteslutningsregeln i USA är över 100 år gammal och skapades genom praxis redan 1914. Innan dess gällde den engelska common law regeln som sa att så länge bevisning var relevant så tilläts den. Först 1961 implementerades uteslutningsregeln även på delstatsnivå genom rättsfallet *Mapp v. Ohio* (1961). Ursprungligen handlade uteslutningsregeln om fjärde tillägget där ett skydd mot oskäligen genomsökning och beslag stadgas, men den har med tiden utvecklats till att även innefatta fler rättigheter. Även principen om frukten från det förgiftade trädet har införts som en förlängning av uteslutningsregeln. Principen innebär att bevisning som kommer i efterföljande led från den ursprungliga kränkningen inte heller är tillåten. Uteslutningsregeln i USA är inte kodifierad utan kommer från praxis där den också ständigt utvecklas.

---

<sup>79</sup> Magistrate

<sup>80</sup> Garland, 2015, s. 268

Huvudsyftet med regeln är att verka preventivt mot olaga polismetoder och i de fall där syftet inte anses påverkas så har undantag till uteslutningsregeln skapats. Det handlar bland annat om ifall sambandet mellan kränkningen och bevisningen i fråga inte är tillräckligt nära eller ifall bevisning hade upptäckts inom en kortare framtid utan uttalanden från en misstänkt. Ifall en polis utför en husrannsakan med tillstånd i god tro, men att det senare visar sig att en tjänsteman begått ett fel vid utfärdandet av tillståndet så godkänns bevisningen ändå.

# 4 Kanada

## 4.1 Inledning

The Canadian Bill of Rights<sup>81</sup> från 1960, var landets första lag om skydd för mänskliga rättigheter och grundläggande medborgerliga friheter som gällde på federal nivå<sup>82</sup>. Denna lag nämnde inget om olagligt åtkommen bevisning eller hur sådan i uppkomna fall skulle hanteras. 1975 fastlog Högsta domstolen<sup>83</sup> i rättsfallet *Hogan v. The Queen* (1975)<sup>84</sup> där en persons rätt till försvarare kränkts, att bevisning i form av analysen av ett utandningsprov, åtkommen genom ett brott mot the Bill of Rights inte medförde uteslutning, utan att bevisningen godkändes. Innan the Canadian Charter of Rights and Freedoms<sup>85</sup> antogs år 1982 följde alltså de kanadensiska domstolarna den engelska common law regeln som sa att olagligt åtkommen bevisning var tillåten så länge den var relevant.<sup>86</sup> The Canadian Charter of Rights är en utvidgning av the Bill of rights i och med att den gäller både på statlig och federal nivå, samt att den är del av Kanadas grundlag då den är upptagen i Kanadas konstitution.<sup>87</sup>

Den kanadensiska principen om att tillåta olagligt åtkommen eller upptagen bevisning var, innan år 1982, en direkt motsats till den amerikanska uteslutningsregeln som antagits på federal och delstatlig nivå genom rättsfallet *Mapp v. Ohio* (1961)<sup>88</sup>. Den amerikanska regeln sa att bevisning åtkommen eller upptagen genom brott mot den amerikanska Bill of Rights inte var tillåten att användas mot en person, vars rättigheter blivit kränkta, i domstol.

---

<sup>81</sup> *Canadian Bill of Rights*, SC 1960, c 44

<sup>82</sup> McConnell, 2019

<sup>83</sup> The Supreme Court of Canada

<sup>84</sup> *R. v. Hogan*, [1975] 2 SCR 574

<sup>85</sup> *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part 1 of the *Constitution Act*, 1982, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11

<sup>86</sup> Hogg, 2015, s. 41-2

<sup>87</sup> McConnell, 2019

<sup>88</sup> *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)

När the Canadian Charter of Rights and Freedoms höll på att förberedas fördes en debatt om huruvida det amerikanska synsättet på uteslutande av bevis skulle implementeras. En fördel med det amerikanska systemet var att laglösa metoder bland brottsbekämpande myndigheter inte skulle belönas genom att bevisning som åtkommit olagligt tilläts användas. Nackdelen med systemet var att skyldiga personer skulle tvingas släppas fria, då fällande bevisning skulle kunna komma att uteslutas. I Kanada slutade debatten mellan tillåtlighet och uteslutning med att en kompromiss mellan de båda alternativen antogs i S. 24(2)<sup>89</sup>, vilken infördes först ett år efter att the Charter hade antagits, i april 1981.<sup>90</sup>

## 4.2 Den kanadensiska uteslutningsregeln

Det relevanta lagrummet för den kanadensiska uteslutningsregeln återfinns i S. 24(2) i Canadian Charter of Rights and Freedoms.

"24(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute."<sup>91</sup>

S. 24(2) handlar om att rättsväsendets goda rykte skall bibehållas snarare än, som det är i USA, att motverka otillåtna polismetoder. Det uttalades i R. v. Collins (1987): "S. 24(2) is not a remedy for police misconduct"<sup>92</sup>. Om ett tillåtande av bevisning som åtkommit i strid med the Charter skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet<sup>93</sup>, måste bevisningen uteslutas. Tvärtom så gäller den generella regeln att relevant bevisning skall tillåtas om

---

<sup>89</sup> Se avsnitt 4.2

<sup>90</sup> Hogg, 2015, s. 41-2

<sup>91</sup> *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, S.24(2), Part 1 of the *Constitution Act*, 1982, being Schedule B to the *Canada Act 1982 (UK)*, 1982, c 11

<sup>92</sup> R. v. Collins, [1987] 1 SCR 265; se avsnitt 4.3.1

<sup>93</sup> Bring the administration of justice into disrepute

bevisningen åtkommit eller upptagits i strid med the Charter men att dess tillåtande inte skapar allvarlig misstro för rättsväsendet.<sup>94</sup>

Tre faktorer används för att bedöma huruvida en kränkning skall medföra uteslutning eller inte, alltså om ett tillåtande av otillåtet åtkommen bevisning skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet eller inte. Dessa faktorer kommer ursprungligen från fallet R. v. Collins (1987)<sup>95</sup> och utgjordes där av: 1. Om rättegången var rättvis<sup>96</sup>, 2. Hur allvarlig överträdelsen var<sup>97</sup> och 3. Effekten som uteslutandet skulle ge upphov till<sup>98, 99</sup>.

## 4.3 Praxis

### 4.3.1 R v. Collins (1987)

Fallet R. v. Collins (1987) handlar om Collins som åtalades för innehav av heroin. Hon hade tidigare på dagen setts i sällskap med en annan person som anhållits för innehav av heroin. Efter att en polis sett Collins inne på en bar gick han fram till henne och identifierade sig som polis, därefter tog han ett struptag på henne, för att förhindra att hon skulle svälja eventuella droger, därefter drog han ner henne på marken och såg att Collins hade en påse i handen som visade sig innehålla heroin. Vid rättegången i första instans hävdade Collins att bevisningen i form av heroinet skulle uteslutas då polismannen inte hade haft rätt att genomsöka henne. En genomsökning av en person enligt då gällande regler i Kanada krävde att det skulle finnas en skälig misstanke<sup>100</sup> om att personen skulle ha droger på sig. Staten kunde inte visa att det fanns då polismannen i fråga endast hade hört av andra att Collins eventuellt hade droger på sig. Ett brott mot Collins rättighet att vara skyddad mot otillåtet genomsökande av sin person, stadgad i S. 8 i the

---

<sup>94</sup> Hogg, 2015, s. 41-3

<sup>95</sup> R. v. Collins, [1987] 1 SCR 265

<sup>96</sup> Fairness of the trial

<sup>97</sup> Seriousness of the violation

<sup>98</sup> Effect of the exclusion

<sup>99</sup> Hogg, 2015, s. 41-10-11

<sup>100</sup> Reasonable grounds

Charter<sup>101</sup>, konstaterades men bevisningen uteslöts inte. I andra instans fastställdes den ursprungliga domen.

Högsta domstolen kom fram till att genomsökningen av Collins inte hade stöd i the Charter och att en kränkning av henne rättigheter därför förelåg. Tidigare instanser hade hävdade att Collins inte kunnat visa att ett tillåtande av bevisningen skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet och att det var därför bevisningen inte uteslöts, men Högsta domstolen ansåg att det snarare låg till hands att fråga sig hur en förnuftig person skulle se på saken<sup>102</sup> istället för att det var upp till den tilltalade att bevisa en sådan sak. När de tillämpade det nya synsättet<sup>103</sup> på hur allvarlig misstro för rättsväsendet skulle bedömas, kom de fram till att det skulle skapa allvarlig misstro för rättssystemet om domstolarna skulle tillåta att poliser fysiskt angrep och höll fast personer utan skäligen misstanke. Bevisningen uteslöts därmed.<sup>104</sup>

Uteslutningsregeln i S. 24(2) är tillämplig "om det är fastställt"<sup>105</sup> att tillåtandet av bevisningen skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet. Frasen "om det är fastställt" lägger över bevisbördan på den som ansöker om att få bevisning utesluten.<sup>106</sup> Bevisbördan i detta fallet innebär att det måste visas att det är mer troligt än inte att ett tillåtande av bevisningen i fråga skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet. Högsta domstolen i Kanada har dock uttalat att trots bevisbördans teoretiska placering på den sökande hamnar bevisbördan i praktiken ändå på staten då staten har en långt större möjlighet att utreda en sådan sak.<sup>107</sup>

När domstolar ska avgöra om ett tillåtande av olagligt åtkommen eller upptagen bevisning kommer skapa allvarlig misstro för rättsväsendet eller

---

<sup>101</sup> S. 8 - The right to be secure against unreasonable searches and seizures

<sup>102</sup> Reasonable person-test

<sup>103</sup> Se avsnitt 4.2 sista stycket

<sup>104</sup> R. v. Collins, [1987] 1 SCR 265

<sup>105</sup> If it is established

<sup>106</sup> R. v. Collins, [1987] 1 SCR 265, 280

<sup>107</sup> Hogg, 2015, s. 41-8-9

inte, ställs frågan i vems ögon som allvarlig misstro skall betraktas. Högsta domstolen har kommit fram till att de ska använda sig av hur en utomstående förnuftig betraktare<sup>108</sup> uppfattar situationen<sup>109</sup>, och ifall det för den utomstående förnuftiga person framstår som att ett tillåtande hade skapat en allvarlig misstro för rättsväsendet eller inte. Detta är dock ett test som är svårt att omsätta i praktiken så istället är det snarare domarna själva som anses vara den förnuftiga betraktaren.<sup>110</sup>

### 4.3.2 R. v. Calder (1996)

I R. v. Calder (1996)<sup>111</sup>, så uteslöts ett uttalande av den tilltalade efter en kränkning av rätten till försvarare<sup>112</sup>. Fråga uppstod sedan om uttalandet ändå kunde tillåtas för att jämföra det uttalandet med ett eventuellt nytt som skett i domstol för att på så sätt påvisa bristande trovärdighet hos den tilltalade. Ifall man inte tillät detta kanske det skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet, alltså fanns det en möjlighet att tillåta bevisningen som åtkommit eller upptagits genom en kränkning av medborgerliga rättigheter för ett begränsat syfte? Högsta domstolen gav ett jakande svar på den generella frågan men i det aktuella fallet tilläts det inte.<sup>113</sup>

### 4.3.3 R. v. Goldhart (1996)

Liksom i USA måste domstolen bedöma om sambandet mellan kränkningen och bevisningen är tillräckligt stark för att medföra uteslutning. I fallet R. v. Goldhart (1996)<sup>114</sup> blev två personer misstänkta för narkotikabrott, bevisningen i form av narkotikan uteslöts på grund av en kränkning av S. 8, som stadgar skydd mot otillåten husrannsakan, men en av de misstänkta

---

<sup>108</sup> Reasonable person-test

<sup>109</sup> R v. Collins [1987] 1 SCR 265, 282

<sup>110</sup> Hogg, 2015, s. 41-10

<sup>111</sup> R. v. Calder, [1996] 1 SCR 660

<sup>112</sup> S.10c - Right to counsel

<sup>113</sup> Hogg, 2015, s. 41-4

<sup>114</sup> R. v. Goldhart, [1996] 2 SCR 463

valde ändå att i vittnesmål erkänna omständigheter som gjorde att de båda kunde fällas. Vittnesmålet ansåg Högsta domstolen var alltför långt ifrån den ursprungliga kränkningen i och med att den misstänkta frivilligt vittnat, så vittnesmålet uteslöts inte.

#### **4.3.4 R. v. Wittwer (2008)**

I fallet R. v. Wittwer (2008)<sup>115</sup> var sambandet tillräckligt för att medföra uteslutning. Fallet handlar om en person som i förhör erkänt sig skyldig till ett brott innan han fått sina rättigheter upplästa för sig, vilket innebar en kränkningen mot personens rätt till försvarare<sup>116</sup>. Efter erkännandet gjordes förhöret om med en ny polis som läste upp den misstänkta rättigheter och den misstänkta erkände då inte. Efter fyra timmar konfronterade den nya polisen den misstänkta med uppgifterna han lämnat tidigare och då erkände han igen. Detta ansågs av Högsta domstolen att det skulle medföra uteslutning av det nya erkännandet, då sambandet mellan den ursprungliga kränkningen och den nya upptagna bevisningen var tillräckligt nära.<sup>117</sup>

#### **4.3.5 R. v. Grant (2009)**

Ur de tre faktorerna att ta ställning till vid bedömningen av huruvida bevisning skall uteslutas eller inte, som utvecklades i R. v. Collins (1987), har i rättsfallet R. v. Grant (2009)<sup>118</sup> utvecklats tre nya liknande faktorer som ger upphov till en för domstolarna enklare och mer flexibel tolkning av regeln i S. 24(2). Dessa tre nya faktorer är: 1. Hur allvarligt statens rättighetskränkande agerande har varit<sup>119</sup>, 2. Konsekvensen av kränkningen av rättigheten för den tilltalade<sup>120</sup> och 3. Samhällets intresse av att fallet

---

<sup>115</sup> R. v. Wittwer, [2008] 2 SCR 235

<sup>116</sup> S.10c - Right to counsel

<sup>117</sup> Hogg, 2015, s. 41-5-8

<sup>118</sup> R. v. Grant, [2009] 2 SCR 353

<sup>119</sup> The seriousness of the charter-infringing state conduct

<sup>120</sup> The impact of the breach on the Charter-protected interests of the accused



avgörs på det som däri förekommit<sup>121</sup>. Dessa tre faktorer utgör nu det som kallas för Grant-testet, vilket är en bedömning som skall göras för att bestämma om olagligt åtkommen bevisning skall uteslutas eller inte.<sup>122</sup>

Fallet *R. v. Grant* (2009) handlar om Grant som befann sig i ett område med hög kriminalitet. Två civilpoliserna som körde förbi såg honom och tyckte han betedde sig misstänkt. Efter att ha sett en annan uniformsklädd polis gå fram och prata med honom så anslöt de båda civilpoliserna och Grant berättade att han hade ett vapen på sig varpå han arresterades. Frågan var om en kränkning av Grants rättigheter enligt S. 9<sup>123</sup> och S. 10<sup>124</sup> hade skett eftersom han upplevde sig frihetsberövad<sup>125</sup> och därmed erkänt att han hade vapen på sig innan han haft möjlighet att prata med försvarare, och huruvida vapnet som bevisning i sådant fall skulle uteslutas enligt S. 24(2). Första instans kom fram till att det inte hade skett en kränkning av Grants rättigheter och att vapnet skulle tillåtas som bevisning. Andra instans menade att en kränkning visst skett, men att den inte var tillräckligt allvarlig för att leda till en uteslutning av vapnet som bevisning.

Högsta domstolen började med att konstatera att det skett en kränkning av Grants rätt att inte bli skönsmässigt frihetsberövad<sup>126</sup>, efter en bedömning av situationen utifrån hur en förnuftig person uppfattar den. Därefter togs frågan kring uteslutande av bevisningen upp och Högsta domstolen ändrade testet som skapats i *Collins*. Efter en analys av situationen gjord med det nya testet ansågs vapnet inte behöva uteslutas och tilläts därmed, och Grant dömdes för vapenbrott. Högsta domstolen sa att poliserna hade agerat i god tro och inte menat att frihetsberöva Grant när de frågat honom ifall han hade något olagligt på sig. Detta, tillsammans med att vapenbrott är ett allvarligt

---

<sup>121</sup> Society's interest in the adjunction of the case on its merits

<sup>122</sup> Hogg, 2015, s. 41-10-11

<sup>123</sup> S. 9 - Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned

<sup>124</sup> S. 10 - Rights on arrest or detention

<sup>125</sup> Detained

<sup>126</sup> Arbitrarily detained

brott gjorde att rättsväsendet inte allvarligt skulle misstros om vapnet tilläts som bevisning.<sup>127</sup>

Angående första faktorn<sup>128</sup> i Grant-testet kan sägas att ju allvarligare statens agerande är desto större anledning finns det för en domstol att ta avstånd från detta agerande genom att inte tillåta bevisningen, då ett tillåtande skulle kunna medföra att rättegången inte längre blir rättvis. Förmildrande omständigheter från polisens sida, såsom att de handlat skyndsamt för att bevisning inte skulle förstöras eller en situation där god tro föreligger, kan påverka bedömningen av hur allvarligt agerandet är. I sig självt räcker dock inte ett argument om till exempel god tro för att bedöma agerandet som inte allvarligt alls.<sup>129</sup>

Andra faktorn<sup>130</sup> att ta hänsyn till är vilka, och hur allvarliga, konsekvenser det blir för den tilltalade när hans rättigheter blivit kränkta. Till exempel kan ett brott mot S. 8, om rätten till att inte bli utsatt för oskäligen husrannsakan eller beslag<sup>131</sup>, bedömas annorlunda om husrannsakan genomförts på en persons arbetsplats än i en persons hem där det generellt antas att det finns ett högre intresse av privatliv än på en arbetsplats. På samma sätt gäller att det anses allvarligare när en genomsökning av en person skett olagligt än om en persons hem blivit genomsökt olagligt.<sup>132</sup>

Tredje faktorn<sup>133</sup> handlar om samhällets intresse av att fallet avgörs på det som däri förekommit. En domare behöver alltså inte bara ta hänsyn till vilka negativa aspekter som medförs genom ett tillåtande av bevisning, utan också vilka positiva effekter som fås därutav. Allvarlig misstro för rättsväsendet kan skapas också genom att bevisning inte tillåts. Dock så påpekar Högsta

---

<sup>127</sup> R. v. Grant, [2009] 2 SCR 353

<sup>128</sup> The seriousness of the Charter-infringing state conduct

<sup>129</sup> Kap 6(i) <https://www.justice.gc.ca/eng/csjsj/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art242.html>

<sup>130</sup> The impact of the breach on the Charter-protected interests of the accused

<sup>131</sup> S. 8 - Right to be secure against unreasonable search and seizure

<sup>132</sup> Kap 6(ii) <https://www.justice.gc.ca/eng/csjsj/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art242.html>

<sup>133</sup> Society's interest in the adjunction of the case on its merits

domstolen i R. v. Harrison (2008)<sup>134</sup>, där en person olagligt stoppades och ertappades med stora mängder kokain, att hur allvarligt brottet än är, så skall en avvägning mellan de tre faktorerna göras. En domstol i lägre instans bedömde brottet såpass allvarligt att den tredje faktorn vägde tyngre än den första, men detta sa Högsta domstolen var inte hur man skulle tillämpa dessa tre faktorer, utan en avvägning mellan samtliga skall göras.<sup>135</sup>

## 4.4 Sammanfattning

Innan 1982 följde de kanadensiska domstolar den engelska common law regeln som sa att olagligt åtkommen bevisning var tillåten så länge den var relevant. I och med the Canadian Charter of Rights and Freedoms infördes en regel i S. 24(2) om att bevisning som tillkommit genom en kränkning av de medborgerliga friheterna skulle uteslutas om det kunde visas att ett tillåtande av bevisningen i fråga skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet. Huvudregeln är alltså att olagligt åtkommen bevisning skall tillåtas.

Bevisbördan för att visa att ett tillåtande av ifrågasatt bevisning skulle skapa allvarlig misstro ligger på staten, vilket kommer från rättsfallet R. v. Collins (1987) som är ett av de viktigare rättsfallen när det gäller tolkningen av uteslutningsregeln i S. 24(2). Från samma rättsfall kommer även sättet att avgöra hur allvarlig misstro skall bedömas, vilket är genom att fråga sig hur en utomstående förnuftig betraktare skulle uppfatta situationen.

Liksom i USA måste sambandet mellan kränkningen och bevisningen vara tillräckligt nära för att kunna leda till att bevisningen skall uteslutas. Om sambandet finns används sedan ett test bestående av tre faktorer som kallas för Grant-testet som utvecklades i rättsfallet R. v. Grant (2009). De tre faktorerna är: 1. Hur allvarligt statens rättighetskränkande agerande varit, 2. Konsekvensen av kränkningen av rättigheten för den tilltalade och 3.

---

<sup>134</sup> R. v. Harrison, [2009] 2 SCR 494

<sup>135</sup> Kap 6(iii) <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art242.html>

Samhällets intresse av att fallet avgörs på det som däri förekommit. Väger en av faktorerna tyngre kan det påverka i en viss riktning men Högsta domstolen har uttalat att det är en sammanvägd bedömning av de tre faktorerna som skall göras.

# 5 Bevisförbudsregler - En genomgång

## 5.1 Inledning

Om det ska vara meningsfullt att diskutera fördelar och nackdelar med uteslutningsregler är det viktigt att göra det utifrån vad reglerna förväntas åstadkomma. Om syftet som i USA är att motverka olagliga polismetoder är det möjligt att vissa regler är fördelaktiga, medan om syftet är att behålla förtroendet för rättsväsendet som det är i Kanada kan samma regler i stället innebära en nackdel.<sup>136</sup> Därför är det viktigt att först reda ut vad funktionen och syftet med de tre ländernas bevisförbudsregler är. Detta har berörts under tidigare kapitel men här följer en sammanställning för att därefter avslutas med en genomgång av för och nackdelar med bevisförbudsregler. Kapitlet utgår från uteslutningsregler likt de som finns i USA och Kanada, men det går även att tillämpa resonemangen på bevisförbudsregler likt de som finns i Sverige.

## 5.2 Funktion och syfte

Några olika syften är aktuella när det handlar om bevisförbudsregler och de tre för uppsatsen aktuella länderna. Ett som går att resonera kring är att en funktion med uteslutnings och bevisförbudsregler skulle kunna vara att förhindra att otillförlitlig eller svårbedömd bevisning används i en rättegång. Det är då sättet som bevisningen uppkommit på som gör den otillförlitlig. Ett exempel är om uttalanden gjorda av en misstänkt upptagits när den misstänkta inte fullt ut fått reda på sina rättigheter eller om denna nekats en försvarare. När det gäller Sverige menar Lundquist att denna funktion inte är aktuell då den står i direkt kontrast till den fria bevisprövningen vilken stadgas i 35:1 RB. En möjlighet att utesluta bevis utan uppenbart bevisvärde finns i 35:7 RB men det är inte möjligt att veta på förhand utan det är den

---

<sup>136</sup> Gless och Macula, 2019, s, 350

utbildade domarens roll, och en del av den fria bevisprövningen, att allt som förekommit i målet prövas noga mot uppställda beviskrav. I USA och Kanada förhåller det sig något annorlunda om man ser till deras jurysystem. Där kan en jury bestå av medborgare utan någon som helst juridiskt utbildning, vilket möjliggör en funktion med uteslutande av olagligt åtkommen bevisning som rimlig på grund av att juryn inte ska bli påverkad av den otillförlitliga eller svårbedömda bevisningen på ett sätt som yrkesdomaren kanske inte skulle blivit.<sup>137</sup>

Ett annat möjligt syfte är att olagligt åtkommen bevisning skall förbjudas eller i efterhand uteslutas för att på så sätt verka disciplinerande på den som upptagit bevisningen olagligt. Detta säger Lundquist är inte ett syfte som fungerar i praktiken då det kan vara svårt att veta vem det är som agerat olagligt och att det också skulle krävas uppsåt. Dessutom saknas ett samband mellan att uppta bevisning genom brott och att kränka någons fri- och rättigheter. Ett syfte med bevisförbudsregler som skall verka disciplinerande skulle även få den följden att all olagligt åtkommen bevisning skall uteslutas och det menar Lundquist är inte en rimlig följd i Sverige, då alla situationer givetvis ser olika ut. En närliggande funktion är istället den preventiva där syftet skulle vara att förhindra att olagligt åtkommen bevisning upptas om de som upptar bevisning vet med sig att sådan bevisning ändå kommer att uteslutas. I Sverige är detta inte aktuellt då det inte har varit något större problem med olagligt åtkommen bevisning, vilket visas genom den knapphändiga praxisen på området. I USA är däremot ett preventivt syfte med regeln den främsta anledningen till att den finns, för att på så sätt förhindra olagliga polismetoder, vilket flera gånger<sup>138</sup> upprepats av den amerikanska Högsta domstolen. I Kanada är det möjligt att prata om ett preventivt syfte med deras uteslutningsregel: Om bevisning åtkommit på ett olagligt sätt och sedan används och det i sin tur skapar en allvarlig misstro för rättssystemet så skall den uteslutas. Det är tydligt för de som upptar bevisning att om det inte görs på rätt sätt så är det möjligt att

---

<sup>137</sup> Lundquist, 2018, s. 534

<sup>138</sup> Turner och Weigend, 2019, s. 261

bevisningen inte kommer att användas, men det är ändå inte detta som är huvudsyftet med den kanadensiska regeln.<sup>139</sup>

Det syfte som bäst stämmer in på Sverige och de bevisförbudsregler som finns är att sådana skulle ha en skyddande funktion på rättigheterna stadgade både i RF och EKMR. Det går att hävda att skadan redan är skedd när bevisförbudsregler träder in och att funktionen inte skulle vara värd något på grund av detta, men Lundquist menar att det är genom dessa som staten kan återställa den kränkta rättigheter genom att bevisningen i fråga inte får användas. Det går att resonera kring huruvida uteslutningsregeln i USA också skulle kunna ha detta som syfte då regeln indirekt skyddar de medborgerliga rättigheterna, men den amerikanska Högsta domstolen har uttalat att det främst handlar om att motverka olagliga polismetoder. I Kanada har reglerna en skyddsfunktion då de medborgerliga rättigheterna skyddas genom att det i vissa fall inte är tillåtet att använda sig av bevisning uppkommen genom en kränkning av dessa rättigheter. Skyddsfunktionen innefattar även förtroendet för rättsväsendet vilket är centralt i Kanadas lagstiftning om uteslutningsregeln.<sup>140</sup>

## **5.3 Bevisförbudsreglers tillförlitlighet, upprätthåller de syftet?**

### **5.3.1 Hur bör bevisförbudsregler utformas?**

I Kanada finns uteslutningsregeln nedtecknad i lagen och till den en rik praxis, medan i USA är uteslutningsregeln tillkommen genom praxis och inte nedtecknad i lag. Detsamma gäller i Sverige, även om våra regler om bevisförbud inte är något vidare utvecklade utan enbart reglerar tydliga situationer. Att regler kring bevisförbud eller uteslutande av bevisning inte finns nedtecknade kan medföra att dessa kan bli svåra att använda i praktiken. Det möjliggör dock för en mer flexibel tolkning i vissa situationer

---

<sup>139</sup> Lundquist, 2018, s. 536

<sup>140</sup> Lundquist, 2018, s. 536-537

om lagtext som tydligare specificerar vad lagen innebär inte finns tillgänglig för domstolen. För snäva regler kan istället bli ett problem om domstolarna väljer att tolka dem som att de enbart passar in på vissa specifika situationer. Det är också möjligt att det inte blir särskilt tydligt för polisen hur de får eller inte får bete sig och på så sätt verkar mindre motverkande på olagliga polismetoder eller medför ett sämre skydd för medborgerliga rättigheter. Inga regler, för snäva regler eller för vida regler är alltså alla problematiska. I artikeln menar författarna Gless och Macula att tydliga regler som undviker oförutsedda resultat med ett obligatoriskt uteslutande av bevisning då en rättighet kränkts på ett oåterkalleligt sätt är det bästa för att uppfylla den preventiva funktionen och verka motverkande för polisen att använda sig av olagliga metoder. I teorin låter det bra men det är förmodligen desto svårare att omsätta i praktiken. Även frukten från det förgiftade trädet, alltså bevisning som härrör från det ursprungliga olagliga förfarandet, måste kunna uteslutas. Annars är det möjligt för polisen att använda sig av olagliga polismetoder för att få en misstänkt mördare att erkänna och sedan använda sig av bevisning i form av DNA som kan återfinnas på kroppen som hittats efter erkännandet.<sup>141</sup>

### 5.3.2 Argument mot bevisförbudsregler

När det kommer till den preventiva funktionen är det svårt att mäta om uteslutningsregler verkligen motverkar olagliga metoder. Det är möjligt att tänka sig att det i vissa fall har använts olagliga metoder men att det inte lyfts vid en rättegång och därför tillåts bevisning som borde ha förbjudits.<sup>142</sup> Det kan även uppstå svårigheter för den tilltalade att i vissa fall bevisa att en kränkning har skett när bevisning upptagits, och det kan då handla om att den misstänktes ord ställs mot en eller flera polisens. Svåra bedömningar kan behöva göras när en misstänkt upplever sig behandlad på ett visst sätt medan polisen upplever sig ha behandlat den misstänkte på ett annat sätt.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> Gless och Macula, 2019, s. 361

<sup>142</sup> Gless och Macula, 2019, s. 350

<sup>143</sup> Knickmeier, 2019, s. 339



Det finns argument om att uteslutningsregler enbart skyddar den skyldige. I fall där en kränkning begåtts men ingen bevisning åtkommit, finns det inget att utesluta och således inte heller en möjlighet att läka kränkningen. Samma sak gäller om bevisningen som åtkommit är irrelevant, då kommer den förmodligen inte att tas upp i rättegången, och någon konsekvens i form av att bevisningen utesluts kommer inte att infinna sig.<sup>144</sup> En annan farhåga är att i rättssystem där domare tillsätts genom politiska val, till exempel i USA och Kanada, är det möjligt att dessa inte är lika benägna att använda sig av uteslutningsregler om det för väljarna skulle framstå som att de låter en skyldig gå fri. Detta gäller dock inte i fall där den kränkta rättigheten uppenbarligen medför att bevisningen inte längre är lika trovärdig, som till exempel ett med tortyr framtvingat erkännande.<sup>145</sup>

### 5.3.3 Vem beslutar?

En stor skillnad mellan USA och Kanada jämfört med Sverige, är att i USA och Kanada kan bevisning uteslutas i en tidigare instans, innan den dömande juryn sett bevisningen i fråga. Tvärtom är det i Sverige att domare som har att besluta om bevisning skall tillåtas eller inte är samma domare som sedan ska döma utgången i fallet. Detta kan ifrågasättas då domare i sådant fall inte avvisar bevisningen utan snarare ignorerar den, efter att de redan fått kännedom om den.<sup>146</sup> Dock så måste domare tydligt redogöra för domskälen, och övre instanser kommer säkerligen att ifrågasätta domskäl som verkar grunda sig på bevisning som inte borde tillåtits i fallet.<sup>147</sup> Domare i lägre instanser är även medvetna om möjligheten att ett fall kan överklagas och på så sätt gås igen igen av nya domare. Därför är det möjligt att domare i lägre instanser gör sitt yttersta för att inte låta den otillåtna bevisningen påverka utgången i målet, och på så sätt lämna öppet för att målet måste tas om. Ett argument mot att det finns en risk att domare

---

<sup>144</sup> Gless och Macula, 2019, s. 352

<sup>145</sup> Gless och Macula, 2019, s. 353

<sup>146</sup> Giannopolous, 2019, s. 7; Knickmeier, 2019, s. 339

<sup>147</sup> Giannopolous, 2019, s. 8

påverkas av otillåten bevisning är att en stor del av domaryrket innebär att tillämpa lagen på det som i målet förekommit, inte att följa sin egen känsla av vad en domare tror har hänt.<sup>148</sup> Oavsett vad så verkar det vid en första anblick givetvis enklare att acceptera att en jury som dömer utan vetskap om viss tidigare utesluten bevisning, har ett lättare jobb än domare som först skall avvisa bevisning och sedan döma vidare i målet utan att ta hänsyn till den tidigare avvisade bevisningen.

### **5.3.4 Strafflindring som alternativ eller komplement**

Att sänka straffet kan vara ett alternativ till att bevisning helt utesluts. Det skulle möjligen påverka polisen att inte begå så många misstag då den som gjort sig skyldig till det felaktiga bevisupptagandet "straffas" genom att det uppmärksammas i domen. Det kommer heller inte att uppstå situationer där uppenbart skyldiga personer släpps fria på grund av felaktigt agerande av polisen om den som fått sina rättigheter kränkta kompenseras något för detta. Dock har Europadomstolen uttalat att sänka straffet inte är tillräckligt i fall där brottsprovokation förekommit, inte heller i fall av tortyr hade detta varit rimligt samt i fall där bevisningens trovärdighet skadats genom kränkningen, kan straffreduktion inte heller vara ett rimligt alternativ.<sup>149</sup> För att straffreduktion skall tillåtas som ett alternativ till ett bevisförbud, så måste rättegången ändå kunna anses rättvis trots bevisningen som upptagits genom en kränkning av en grundlagsskyddad rättighet. Det är möjligt att tänka sig att det kommer att bli svårt att argumentera för när rättegången anses rättvis trots den uppenbara kränkningen som förekommit. Om straffreduktion tillåts är det möjligt att det i sin tur kommer påverka skyddet för de medborgerliga rättigheterna och polisen att använda sig av olagliga metoder om de tror att den misstänkta ändå kommer dömas trots deras

---

<sup>148</sup> Giannopolous, 2019, s. 11

<sup>149</sup> Gless och Macula, 2019, s. 371

olagliga agerande.<sup>150</sup> Möjliga fall där straffreduktion kan bli aktuella är då en rättighet kränkts på ett mindre allvarligt sätt, eller där den bevisning som åtkommit genom en kränkning inte visar sig vara relevant för fallet.<sup>151</sup> En straffreduktion medgavs också i fallen NJA 1986 s. 489 och NJA 2011 s. 638 då kränkningen inte ansågs vara utav det allvarligare slaget.<sup>152</sup>

## 5.4 Sammanfattning

I Sverige är ett skyddssyfte det som bäst stämmer in på bevisförbudsregler. Det är rätten till en rättvis rättegång som skall skyddas genom att bevisning som tillkommit genom en kränkning av rätten till en rättvis rättegång eller andra medborgerliga rättigheter stadgade i RF och EKMR inte, i vissa fall, tillåts att användas. I USA är det i huvudsak ett preventivt syfte med deras uteslutningsregel där huvudregeln säger att bevisning åtkommen genom en kränkning av en medborgerlig rättighet skall uteslutas, ifall den inte träffas av något undantag, så att olagliga polismetoder motverkas. I Kanada har deras uteslutningsregel ett skyddande syfte där framförallt förtroendet för rättssystemet skall upprätthållas. Huvudregeln där säger att olagligt åtkommen bevisning skall tillåtas om ett tillåtande inte skapar allvarlig misstro för rättsväsendet, i sådana fall skall bevisning i fråga uteslutas.

Varken Sverige eller USA har kodifierat sina bevisförbudsregler. I USA är det en välkänd regel med rik praxis, medan det i Sverige är ett nyare fenomen med en del praxis från Europadomstolen men endast ett fåtal inhemska rättsfall. I Kanada är deras uteslutningsregel nedtecknad i lag och även prövad och utvecklad ett antal gånger i deras Högsta domstol. I teorin är tydliga regler som undviker oförutsedda resultat med ett obligatoriskt uteslutande av bevisning då en rättighet kränkts på ett oåterkalleligt sätt det bästa alternativet på hur bevisförbudsregler bör utformas.

---

<sup>150</sup> Gless och Macula, 2019, s. 372

<sup>151</sup> Gless och Macula, 2019, s. 374

<sup>152</sup> Se avsnitt 2.3

Argument mot bevisförbudsregler är att det är svårt att mäta ifall syftet med reglerna egentligen upprätthålls, och i fall där ingen bevisning används men där en kränkning av den misstänktes rättigheter ändå ägt rum har bevisförbudsregler ingen effekt. Till skillnad från USA och Kanada gäller i Sverige att det är samma domare som skall besluta om bevisning skall avvisas eller inte som sedan dömer i fallet, en risk med detta är att domaren ändå blir påverkad av den bevisningen som inte tillåts. En risk med domare i USA och Kanada är att de är politiskt tillsatta och skulle kunna vara motvilliga till att utesluta bevisning eftersom det då skulle kunna leda till att skyldiga släpps fria, vilket i sin tur kanske skulle påverka deras väljare.

Strafflindring skulle kunna användas som ett alternativ till bevisförbudsregler i vissa situationer där lindrigare kränkningar av rättigheter förekommit. Även som komplement i fall där kränkningen ansetts allvarligare, och viss bevisning avvisats på grund av kränkningen, men där en fällande dom ändå kunnat meddelas hade strafflindring kunnat användas.

## 6 Analys och slutsats

### 6.1 1. På vilka sätt behandlar de olika länderna bevisning i brottmål som åtkommit genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter?

I de tre genomgånga rättsfallen från Sverige så har det i tidigaste fallet NJA 1986 s. 489 gjorts ett konstaterande att bevisning tilläts eftersom kränkningen inte ansågs såpass allvarlig att den skulle kunna kallas för grundlagsstridig. Lundquist konstaterar att HD öppnar för en möjlighet att utesluta bevisning om omständigheterna varit annorlunda. En annan möjlighet är att HD istället för att utesluta bevisningen kunnat lämna åtalet utan bifall vilket skedde i NJA 2007 s. 1037. I det fallet pratades det inte så mycket om uteslutande av bevis eftersom HD där ansåg att det skulle te sig allt för främmande för svensk rätt i och med principen om den fria bevisprövningen som gäller här. En slutsats att ta med sig från det fallet är att när rätten till rättvis rättegång blivit "oåterkalleligen undergrävd" så finns inga förutsättningar för åtal. Brottsprovokation anses leda till ett sådant resultat om det kan visas att den som utsatts för det inte hade begått brottet om det inte varit för de brottsprovocerande åtgärderna.

När det kommer till bevisprovokation är saken annorlunda, brottet har i sådana fall redan begåtts och det är endast bevis som försöks provoceras fram. I fallet NJA 2011 s. 638 så aktualiseras Art. 3 EKMR, och HD säger att med undantag för rena fall av tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning som stadgas i den artikeln, så får domstolar efter prövning tillåta olagligen åtkommen eller upptagen bevisning utan att detta strider mot gällande rätt. Att HD nämner undantaget kan öppna för ett bevisanvändarförbud i sådana situationer, vilket Lundquist menar, eller så

kan det istället leda till samma resultat som i NJA 2007 s. 1037, att åtalet helt enkelt lämnas utan bifall.

I de två fallen genomgånga från Europadomstolen, vilka utgör relevant praxis för Sveriges del efter anslutandet till EKMR och därefter även införandet av EKMR som svensk lag i regeringsformen, så kan först konstateras att det i Gäfgen mot Tyskland (2010) fastslogs att om bevisning som härrörde ur en allvarlig kränkning av Art. 3 EKMR tillåtits så hade rätten till rättvis rättegång enligt Art. 6 EKMR inte kunnat upprätthållas. Därför kan sådan bevisning inte tillåtas. Även sådan bevisning som kommit i ett senare led av kränkningen hade varit förbjuden att använda sig av om det kunnat visas att det haft inverkan på utgången i målet. Detta är det som kallas för principen om frukten från det förgiftade trädet, som antas antagen av Europadomstolen, och sedan även av HD i NJA 2011 s. 638, även om det i fallet inte blev aktuellt att tillämpa den principen. I Gäfgen mot Tyskland (2010) så ansågs domen mot den tilltalade ha skett utan en kränkning av hans rätt till en rättvis rättegång då bevisningen som lades till grund för hans fällande dom inte hade något samband med kränkningen av hans rättigheter enligt Art. 3 EKMR.

I Furcht mot Tyskland (Furcht) så fastslog Europadomstolen att en strafflindring inte kan läka en kränkning av en persons rätt till rättvis rättegång, men läkningen behövde nödvändigtvis inte ske genom ett uteslutande av bevisning. Det var dock inte förenligt med EKMR att den tilltalade dömdes uteslutande på sådan bevisning som åtkommit genom brottsprovokation. Ett annat förfarande som skulle leda till samma resultat hade också varit en godkänd läkning av kränkningen. Detta kan jämföras med hur brottsprovokationen behandlades av HD i NJA 2007 s. 1037, där bevisningen inte uteslöts, men följde den praxis som kom att utvecklas genom att lämna åtalet utan bifall.

I USA förhåller sig rättsläget tämligen klart om man jämför med Sverige. Det finns en väl utvecklad regel om när bevisning skall uteslutas, och den

träder i kraft när bevisning tillkommit genom en kränkning av en medborgares rättigheter vilka är stadgade i den amerikanska konstitutionen. Uteslutningsregeln gäller framförallt i fall av otillåten husrannsakan och/eller beslag, men även i andra fall som till exempel när en misstänkts rätt till biträde av en försvarare kränkts, och det är möjligt att även andra medborgerliga rättigheter kan aktualisera uteslutningsregeln. Ett antal undantag har också skapats för situationer då regelns huvudsyfte ändå anses kvarstå intakt. Det handlar till exempel om sambandet mellan kränkningen och bevisningen inte är tillräckligt nära eller om bevisning hade kunnat hittats utan information från den som fått sina rättigheter kränkta. Uteslutningsregeln är inte nedtecknad i lag utan endast utvecklad genom praxis.

I Kanadas lagfästa regel om uteslutning av bevisning då en grundlagsskyddad rättighet kränkts, görs ett test i tre steg för att bedöma om bevisningen bör uteslutas eller inte då någon har fått sina grundlagsskyddade rättigheter kränkta. Testet bedömer hur allvarlig kränkningen var, vilka konsekvenser det fick för den tilltalade och samhällets intresse av att fallet avgörs korrekt. Därefter görs en avvägning för att se om ett tillåtande av bevisningen skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet i vilket fall det skall uteslutas ur förfarandet. Huvudregeln är alltså att olagligt åtkommen bevisning skall tillåtas om det inte är så att ett tillåtande av bevisningen skapar allvarlig misstro för rättsväsendet.

## **6.2 2. Vilka funktioner och syften har de olika metoderna med vilka bevisning, åtkommen genom en kränkning av grundlagsskyddad rättighet, behandlas i brottmål?**

I Sverige när det kommer till brottsprovokation så handlar det om en skyddsfunktion för att rätten till rättvis rättegång skall upprätthållas. Även att rätten att vara skyddad mot tortyr, omänsklig eller förnedrande

behandling eller bestraffning ska skyddas genom att bevisning som åtkommit genom en kränkning av dessa rättigheter inte får användas, huruvida det är genom ett bevisförbud eller att åtalet skall lämnas utan bifall. I USA så syftar uteslutningsregeln till att motverka olagliga metoder från polisens sida. Uteslutningsregeln har ett preventivt syfte, och i de fall syftet anses kunna upprätthållas tillåts bevisning som tillkommit genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter. I Kanada handlar det om ett skyddssyfte där det är förtroendet för rättsväsendet som skall skyddas, vilket framgår av lagrummet där uteslutningsregeln återfinns: Om ett användande av bevisning som åtkommit genom en kränkning av en grundlagsskyddad rättighet skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet så får det inte användas. I förlängningen skyddas även de medborgerliga rättigheterna.

### **6.3 3. Vilka likheter och/eller skillnader finns mellan de tre ländernas olika metoder att behandla bevisning i brottmål som åtkommit genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter?**

När det gäller uteslutning av bevis så har inte Sverige någon regel eller praxis om detta. Det har konstaterats ett förbud mot att använda bevisning som åtkommit genom en kränkning av Art. 3 EKMR men det är inte säkert att ett sådant fall kommer att avgöras genom att eventuell bevisning utesluts, det är också mycket möjligt att hela åtalet istället lämnas utan bifall, vilket var fallet när brottsprovokationen prövades i NJA 2007 s. 1037. I samma fall uttalades även att just uteslutning av bevisning anses väldigt främmande för svensk rätt i och med principen om den fria bevisprövningen som gäller här.

Mellan Kanada och USA finns det desto fler likheter, båda har regler om uteslutande av bevis vilka i huvudsak aktualiseras när en kränkning av skyddet mot oskäligen husrannsakan och beslag har inträffat. Men även andra



rättigheter kan träffas. Den stora skillnaden länderna emellan är utifrån vilket syfte regeln används. I USA är det på grund av att motverka att polisen använder sig av olagliga metoder i sitt arbete, medan det i Kanada framförallt tillämpas på grund av att förtroendet till rättsväsendet skall upprätthållas. Visserligen är dessa syften liknande varandra på så sätt att polisen kan sägas ingå i begreppet rättsväsendet, men det har uttalats av båda länder att de har olika syften med regeln. Regeln i USA ger också mindre möjligheter till bedömningar av olika omständigheter. I USA gäller att har en grundlagsskyddad rättighet kränks skall bevisning uteslutas om den situationen inte träffas av något av de undantag som finns, medan det i Kanada som huvudregel gäller att olagligt åtkommen bevisning skall tillåtas så länge det inte skapar allvarlig misstro för rättsväsendet. Kanada och Sverige uppvisar en likhet på så sätt genom att det i Sverige också är tillåtet att använda sig av olagligt åtkommen bevisning så länge den tilltalade inte får sin rätt till en rättvis rättegång oåterkalleligen undergrävd eller i tydliga fall av brott mot Art. 3 EKMR.

En skillnad mellan Sverige och de båda nordamerikanska länderna är att i Sverige är det framförallt rätten till rättvis rättegång som står i fokus. Om en annan rättighet har kränkts kan det leda till att rätten till rättvis rättegång inte kan upprätthållas och först då inträder konsekvensen för bevisningen. I brottsprovokationsfall kan det handla om flera rättigheter som kränkts under själva brottsprovokationen medan det sedan är ett användande av denna bevisning som kan leda till att rätten till en rättvis rättegång blir oåterkalleligen undergrävd och därefter lämnas åtalet utan bifall.

## **6.4 4. Finns det något att ta med sig från de andra ländernas sätt att hantera bevisning, som åtkommits genom en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter, i brottmål till svensk rätt?**

Sverige har inte några nedtecknade regler för vad som ska gälla i situationer där olagligt åtkommen bevisning används utan då får man vända sig till Högsta domstolens och Europadomstolens praxis på området. Detta är på samma sätt som det är i USA, men en viktig skillnad är att USA framförallt har sin regel om uteslutning av bevisning i vissa fall på grund av att förhindra olaga polismetoder, alltså ett preventivt syfte. I Sverige är olagliga polismetoder inte ett lika aktuellt problem som det är i USA, därför är Kanadas system bättre att vända sig till när det gäller att hitta något att tillämpa i svensk rätt. Kanadas syfte med regeln är mer likt Sveriges syfte när det kommer till att hantera olagligt åtkommen bevisning. Skyddssyftet i Kanada syftar till att upprätthålla förtroendet för rättsväsendet och i förlängningen de medborgerliga rättigheterna. Kanada har även infört regler kring vad som skall hända då olagligt åtkommen bevisning åberopas i rättegång. Att ha reglerna kodifierad har både för och nackdelar. Nackdelar i form av att det ibland kan bli svårt att göra en tillräckligt flexibel tolkning då alla situationer givetvis ser olika ut, medan fördelarna är att det blir mer förutsebart för samtliga och tydligare för rättsväsendet som har att tillämpa reglerna. Författarna Gless och Macula tyckte att det lämpligaste var att ha tydliga regler med höjd för oförutsedda resultat, som medförde bevisförbud eller uteslutning i de allvarligaste fallen.

I Sverige har vissa fall utvecklats i praxis där ett förbud mot att använda bevisning gäller, det är i fall av brott mot Art.3 EKMR och fall då en tilltalads rätt till rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävd. Om man skulle införa en regel i Sverige som var utformad likt den kanadensiska att som huvudregel tillåta olagligt åtkommen bevisning om den tilltalades rätt

till en rättvis rättegång inte oåterkalleligen undergrävts, så skulle det förmodligen inte vara alltför främmande för svensk rätt och heller inte påverka principen om den fria bevisprövningen. Undantaget att förbjuda användande av bevisning som medför att den tilltalades rätt till en rättvis rättegång oåterkalleligen undergrävs gäller redan genom både Europadomstolens och Högsta domstolens praxis, ifall man även införde denna regel i grundlagen skulle enda skillnad bli att rättsläget klarnade, eftersom uttrycket oåterkalleligen undergrävd givetvis skulle prövas och förtydligas.

# Bilaga A

## Regeringsformen Lag (2010:1408)

**6 §** Var och en är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp även i andra fall än som avses i 4 och 5 §§. Var och en är dessutom skyddad mot kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande.

Utöver vad som föreskrivs i första stycket är var och en gentemot det allmänna skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten, om det sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden.

**11 §** Domstol får inte inrättas för en redan begången gärning och inte heller för en viss tvist eller i övrigt för ett visst mål.  
En rättegång ska genomföras rättvist och inom skälig tid. Förhandling vid domstol ska vara offentlig.

## Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och skydd för de grundläggande friheterna

### Artikel 3 - Förbud mot tortyr

Ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.

### Artikel 6 - Rätt till en rättvis rättegång

1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från förhandlingen eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.
2. Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.
3. Var och en som blivit anklagad för brott har följande minimirättigheter
  - a) att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom,

- b) att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar,
- c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar,
- d) att förhöra eller låta förhöra vittnen som åberopas mot honom samt att själv få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom,
- e) att utan kostnad bistås av tolk, om han inte förstår eller talar det språk som begagnas i domstolen.

## **The United States Constitution**

### **Amendment IV**

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

### **Amendment V**

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

### **Amendment VI**

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

### **Amendment XIV**

Section 1.

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

#### Section 2.

Representatives shall be apportioned among the several states according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each state, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the executive and judicial officers of a state, or the members of the legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such state, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such state.

#### Section 3.

No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any state, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any state legislature, or as an executive or judicial officer of any state, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

#### Section 4.

The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any state shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

#### Section 5.

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

## **The Constitution Act, 1982**

### **The Canadian Charter of Rights and Freedoms**

#### Search or seizure

**8.** Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

Detention or imprisonment

**9.** Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

Arrest or detention

**10.** Everyone has the right on arrest or detention

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

(c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

Enforcement of guaranteed rights and freedoms

**24. (1)** Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Exclusion of evidence bringing administration of justice into disrepute

**(2)** Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentlig tryck

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

Prop. 2008/2009:80. En reformerad grundlag

SOU 2018:61. Rättssäkerhetsgarantier och hemliga tvångsmedel

## Litteratur

Garland, Norman M.: Criminal Evidence. New York 2015.

Giannouloupoulos, Dimitrios: Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law. Oxford 2019.

Gless, Sabine och Macula, Laura: 'Exclusionary Rules - Is It Time for Change?', i Gless, Sabine och Richter, Thomas (red.), Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?. Cham 2019 s. 349 - 380

Hogg, Peter W.: 2015 Student Edition, Constitutional Law of Canada. Toronto 2015.

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod', i Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), Juridisk Metodlära. Lund 2013 s. 21 - 46.

Knickmeier, Susanne: 'Securing a Fair Trial Through Exclusionary Rules: Do Theory and Practice Form a Well-Balanced Whole?', i Gless, Sabine och Richter, Thomas (red.), Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?. Cham 2019 s. 329 - 348

Lundquist, Jan: Bevisförbud i rättspraxis. Knivsta 2013.

Lundquist, Jan: Laga och rättvis rättegång. Knivsta 2015.

Lundquist, Jan: Laga och rättvis rättegång i praxis. Knivsta 2018.

Miller; Dawson; Dix; Parnas: The Police Function. New York 2012.

Nordh, Roberth: Praktisk Process VI, Bevisrätt A, Allmänna bevisfrågor. Om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m. Uppsala 2009

Siems, Mathias: Comparative Law. Cambridge 2018.



Turner, Jenia I. och Weigend, Thomas: 'The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview', i Gless, Sabine och Richter, Thomas (red.), Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?. Cham 2019 s. 255 - 282

Victor, Dag: "Svenska domstolars hantering av Europakonventionen", SvJT 2013, s. 343ff

## **Elektroniska källor**

Cornell Law School, Cornell University, NY  
[https://www.law.cornell.edu/wex/miranda\\_warning](https://www.law.cornell.edu/wex/miranda_warning)  
Hämtad senast 17 dec 2019

Department of Justice Canada - Section 24(1)  
<https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art241.html>  
Hämtad senast 17 dec 2019

Department of Justice Canada - Section 24(2) Exclusion of Evidence  
<https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art242.html>  
Hämtad senast 17 dec 2019

McConnell, W.H.. "Canadian Bill of Rights". The Canadian Encyclopedia, 5 Juni 2019, Historica Canada  
<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/canadian-bill-of-rights>.  
Hämtad senast 17 dec 2019

Sheperd, Robert E, Admissibility Of Illegally Obtained Evidence In A Civil Case, 17 Wash. & Lee L. Rev. 155 (1960)  
<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol17/iss1/17>  
Hämtad senast 18 dec 2019

# Rättsfallsförteckning

## **Sverige**

NJA 1986 s. 489

NJA 2007 s. 1037

NJA 2009 s. 475 I och II

NJA 2011 s. 638

## **Europadomstolen**

Vanyan mot Ryssland, ansökan nr 53203/99, dom av den 15 december 2005

Gäfgen mot Tyskland, ansökan nr 22978/05, dom av den 1 juni 2010

Furcht mot Tyskland, ansökan nr 54648/09, dom av den 23 januari 2015

## **USA**

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

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

People v. Defore, 242 N.Y. 13 (1926)

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

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

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

United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984)

## **Kanada**

R. v. Hogan, [1975] 2 SCR 574

R. v. Collins, [1987] 1 SCR 265

R. v. Calder, [1996] 1 SCR 660

R. v. Goldhart, [1996] 2 SCR 463

R. v. Wittwer, [2008] 2 SCR 235

R. v. Harrison, [2009] 2 SCR 494

R. v. Grant, [2009] 2 SCR 353