



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Katarina Envall

Hur fri är den fria bevisprövningen?

- Hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning

JURM02 Examensarbete
Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak
Termin för examen: Period 1 VT 2021

Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Teori och perspektiv	7
1.4 Metod, material och forskningsläge	9
1.5 Avgränsningar	10
1.6 Disposition	11
2 PRINCIPIELLA UTGÅNGSPUNKTER FÖR DEN LEGALA BEVISTEORIN RESPEKTIVE DEN FRIA BEVISTEORIN	12
2.1 Inledning	12
2.2 Den legala bevisteorin	12
2.3 Den fria bevisteorin	12
2.4 Anknyttande processprinciper	14
3 FRÅN LEGAL BEVISTEORI TILL FRI BEVISPRÖVNING I SVENSK STRAFFPROCESS	17
3.1 Inledning	17
3.2 Gamla rättegångsbalken och den legala bevisteorin - hur såg det ut tidigare?	17
3.3 Den fria bevisprövningen - hur ser regleringen ut i svensk rätt?	19
3.3.1 Inledning	19
3.3.2 Rättegångsbalken	20
3.3.3 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna	24
3.4 Debatten i doktrin och i rapporter	26
4 DELANALYS – FRÅN LEGAL BEVISTEORI TILL FRI BEVISPRÖVNING	29
4.1 Inledning	29

4.2	För- och nackdelar med respektive teori	29
5	INSKRÄNKNINGAR I DEN FRIA BEVISPRÖVNINGEN	33
5.1	Inledning	33
5.2	Praxis från Europadomstolen – bevisprövning & bevisföring	33
5.2.1	Rätten till en rättvis rättegång – generella utgångspunkter	33
5.2.2	Rätten till tystnad och rätten till försvarare	36
5.2.3	Brottsprovokation	37
5.2.4	Tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling	38
5.3	Svensk praxis	39
5.3.1	Inledning	39
5.3.2	Praxis från Högsta domstolen	39
5.3.3	Hovrättspraxis	43
6	INTERNATIONELL UTBLICK – HANTERINGEN AV OTILLÅTET ÅTKOMMEN BEVISNING	46
6.1	Inledning	46
6.2	USA	47
6.3	Kanada	49
6.4	Tyskland	50
7	SVENSK RÄTT I FÖRHÅLLANDE TILL EUROPA-DOMSTOLENS PRAxis/INTERNATIONELL UTBLICK	52
7.1	Inledning	52
7.2	Komparativ utblick	52
7.3	Bakomliggande skyddsintressen	54
7.4	Regleringen i svensk rätt i ljuset av Europadomstolens praxis	55
8	DE LEGE FERENDA	59
8.1	Finns det ett behov av att införa bevisförbud eller tydligare reglering ur ett rättssäkerhetsperspektiv?	59
8.2	Ett rättssäkert system	62
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	65
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	68

Summary

Questions regarding evidence have always been of importance in a criminal proceeding. The defendant's guilt is determined on the basis of the evidence presented at the trial. In Sweden, the principle of free examination of evidence is applied. The principle includes free presentation of evidence, which means that all evidence is generally allowed. The principle also includes free evaluation of evidence, which means that the court has no legal rules to relate to when the value of the evidence is to be decided.

It is forbidden to base a conviction solely on evidence gathered through a breach of Article 3 ECHR, which provides protection against torture and other similar inhuman treatment. There is also a prohibition of using evidence that irretrievably undermines a defendant's right to a fair trial, in accordance with Article 6 ECHR. Criminal provocation constitutes a situation where the defendant's right to a fair trial may have been undermined. Such cases have been assessed both by the European Court of Justice and by the Swedish Supreme Court.

The ways in which evidence is handled in different legal systems express different views concerning the question of what ought to be the purpose of a criminal process. Countries such as Germany, the United States and Canada, have clearer regulations about how improperly obtained evidence should be handled.

In the essay, the conclusions are drawn that there is a disagreement within doctrine and in debates, regarding how strong position the free examination of evidence has in Swedish law. The Supreme Court has repeatedly expressed the importance of the principle. There is reason to question whether the free examination of evidence in Swedish law is legally certain, in terms of predictability and equal treatment. It is possible that the legal situation would be more predictable if Sweden introduced some kind of more extensive exclusionary rules. With the legal system in Germany or Canada as role model this could be done without totally contradicting the principle of free examination of evidence.

Sammanfattning

Bevisfrågor har alltid varit av central betydelse i ett brottmål. Den tilltalades skuld avgörs utifrån den bevisning som läggs fram i rättegången. I Sverige tillämpas principen om fri bevisprövning. Principen inkluderar fri bevisföring vilket innebär att all bevisning som huvudregel är tillåten. Principen innefattar även fri bevisvärdering vilket innebär att domstolen som utgångspunkt inte har några legala regler att förhålla sig till när bevisets värde ska avgöras.

Det finns ett förbud mot att grunda en fällande dom enbart på bevisning som tillkommit genom ett brott mot artikel 3 i EKMR, som stadgar skydd mot tortyr och liknande omänsklig behandling. Det finns även ett förbud mot bevisning som oåterkalleligen skulle undergräva den tilltalades rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR. Brottsprovokation utgör en situation då den tilltalades rätt till rättvis rättegång kan ha undergrävts. Sådana fall har behandlats både av Europadomstolen och av HD.

De bevishanteringssätt som finns i olika rättssystem bottnar i grundtanken om vad syftet är med en straffrättslig process. I länder som Tyskland, USA och Kanada finns tydligare reglering kring hur olagligt åtkommen bevisning ska hanteras.

I uppsatsen dras slutsatserna att det råder oenighet inom doktrin och i debatter och hur stark ställning den fria bevisprövningen har i svensk rätt. HD har upprepade gånger uttryckt vikten av principen. Det finns anledning att ifrågasätta om den fria bevisprövningen är rättssäker, sett till förutsägbarhet och likabehandling. Det är möjligt att den rättsliga situationen skulle bli mer förutsägbar om Sverige införde ett tydligare bevisanvändarförbud. Med de rättsliga systemen i Tyskland och Kanada som förebild hade detta kunnat göras utan att principen om fri bevisprövning skulle bli tillintetgjord.

Förord

Nio terminer har passerat. Tiden har flugit förbi sedan den där första nervösa dagen i Pufendorfsalen.

Tack till Henrik för att du alltid tror på mig, även i ögonblick då jag själv tvivlar. Tack till Jonna för att du funnits där från dag ett och delat utmaningarna under utbildningen med mig. Och tack till min handledare Karol för upplyftande ord och bra synpunkter.

Lund, en solig dag i maj 2021

Katarina Envall

Förkortningar

EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
HD	Högsta domstolen
Mot.	Motion
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
RH	Rättsfall från hovrätterna
SvJT	Svensk juristtidning
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Vid ikraftträdandet av rättegångsbalken (RB) 1948 angavs målet med rättsprocessen vara att säkra materiellt riktiga avgöranden. Medlen för att uppnå målet var den fria bevisprövningen och ett iakttagande av principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration.¹ Den fria bevisprövningen består av fri bevisföring och fri bevisvärdering.²

Den fria bevisprövningen utgör en grundprincip inom svensk processrätt och har länge ansetts vara oproblematiske. Principen framstår dock inte längre som helt självklar genom inflytande från internationell rätt, främst genom Sveriges medlemskap i Europarådet och i Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen). Praxis, främst från Europadomstolen indikerar en inskränkande inriktning i den fria bevisprövningen.³

Den fria bevisprövningen är en förhållandevis sällsynt princip sett ur ett internationellt perspektiv och principen utgör därmed ett avvikande inslag i svensk rätt, jämfört med andra rättsordningar.⁴ I andra länder är det vanligare med en reglering av olika bevisstillåtighetsregler.⁵ Det väcker frågor om varför svensk rätt avviker, vilka för- och nackdelar de olika principerna innebär samt hur inskränkningarna påverkar reglering av den fria bevisprövningen, inklusive bevisbörda och beviskrav i den nationella rätten.

Principen har inte alltid varit en del av svensk rätt, före 1948 var det istället den legala bevisteorin som gällde, trots att utvecklingen i praxis under en tid gått mot en friare bevisprövning.⁶ Det finns därmed en anledning att se på hur det såg ut i Sverige tidigare för att få svar på varför lagstiftningen ser ut som den gör idag.

¹ Se prop. 1931:80 s. 96 ff.

² Se Lundqvist (1998) s. 225 f.

³ Se kapitel 5.2.

⁴ Jfr NJA 2007 s. 1037.

⁵ Se kapitel 6.

⁶ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 27.

Sveriges anslutning till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) har påverkat den rättsliga utvecklingen av principen då den enligt lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna med tilläggsprotokoll gäller som lag i Sverige. Den viktigaste regleringen i nationell rätt återfinns i 35 kap. 1 § RB. Där kommer den fria bevisprövningen och den fria bevisföringen till uttryck. De aktuella paragraferna är öppet utformade vilket är en anledning till varför Europadomstolens avgöranden lett till stort inflytande över denna rättsutveckling.

Den fria bevisprövningens innebörd och vara eller icke vara är en aktuell fråga, inte minst i förhållande till den tekniska utvecklingen, som innebär nya sätt att samla in bevisning. Ett aktuellt exempel⁷ är bevisning som inhämtats i det så kallade Encrochat-fallet där bevisningen är ny och tillåtligheten ifrågasatts.⁸ Tekniska lösningar innebär att nya frågor angående tillåtlighet av bevisning uppstår, och högst troligen kommer att uppstå framöver.

Den för uppsatsen centrala artikeln i EKMR är artikel 6, rätten till en rättvis rättegång. Ett avvisande eller tillåtande av möjligheten att ta upp ett bevis i en domstolsprocess kan innebära att en parts rätt till en rättvis rättegång kränks. Bevisfrågor är av central betydelse i en domstolsprocess och regler som styr bevisföringen samt bevisvärderingen kan ha avgörande betydelse för utgången i målet. Därmed finns det ett intresse för såväl den enskilde som för samhället i stort att bedömningen görs på ett rättssäkert sätt.

En öppet formulerad paragraf skapar en risk för subjektiva inslag vid en relevansbedömning vilket blir svårförenligt med rättssäkerhetsintressets principer om likhet, legalitet och förutsägbarhet. Samtidigt skapar detaljreglering ett stelbent system där det inte finns möjlighet att ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Ytterligare intressanta frågor är

⁷ I skrivande stund, maj 2021.

⁸ Se bl.a. Dagens Juridik, Larsson och Dagens Juridik, Jönsson.

därmed hur denna avvägning bör ske och vilken teori eller vilken typ av rättslig reglering som tillgodoser detta intresse på bästa sätt.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka den fria bevisprövningens ställning i svensk rätt, både i gällande rätt och hur det har sett ut historiskt, för att få en djupare insyn i varför svensk rätt avviker i jämförelse med andra rättsordningar.

Vidare undersöks vilka begränsningar som finns i principen, främst undantagen från den fria bevisföringen, och hur den påverkats av regleringen i RB, regeringsformen (RF) och EKMR samt genom Europadomstolens och nationella domstolars avgöranden. Närmare bestämt är syftet att utreda hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning i den svenska straffprocessen. Avslutningsvis analyseras om den vaga regleringen i RB och den fria bevisprövningen kan innebära ett problem för rättssäkerheten. Uppsatsen avser besvara följande frågeställningar:

- *Har implementeringen av EKMR och Europadomstolens praxis tillintetgjort den fria bevisprövningens tidigare starka ställning i svensk straffprocessrätt?*
- *Finns det anledningar att anpassa regleringen av bevisföring och bevisvärdering genom inskränkningar ur ett rättssäkerhetsperspektiv?*

1.3 Teori och perspektiv

En teoretisk utgångspunkt vid undersökningen av den fria bevisprövningen i förhållande till EKMR:s påverkan på den rättsliga utvecklingen är att de konflikter som uppstår grundar sig i vilka skyddsintressen som anses vara viktigast. Olika intressen kommer i konflikt, så som en rättssäker process, allmänhetens tilltro till rättssystemet och effektivitet i brottsutredningar. Diskussionen i doktrin kring vilken övergripande samhällsfunktion straffprocessen tjänar utgår främst från två delvis motstående intressen. Den amerikanska professorn Herbert Packers modeller för straffprocessen är baserat på dessa två intressen, de kan benämnas brottsbekämparmodellen

respektive rättssäkerhetsmodellen. I brottsbekämpningsmodellen är effektivitet ledordet och utgångspunkten är att straffprocessens viktigaste funktion är att bekämpa brottsliga beteenden. Rättssäkerhetsmodellen däremot syftar till att undvika informella och oreglerade undersökningar. Modellen förespråkar den ackusatoriska processen.⁹ Avvägning av dessa och andra identifierade intressen utgör en del av uppsatsens analytiska delar.

Rättssäkerhet är ett mångfacetterat begrepp som ibland tillskrivs bredare, ibland snävare innehåll och ramar. Det finns både ett formellt och ett materiellt rättssäkerhetsbegrepp. Utgångspunkten för det materiella rättssäkerhetsbegreppet är i princip att alla ska vara lika inför lagen och att lagen ska vara förutsebar. Det materiella rättssäkerhetsbegreppet utgår från att det i det enskilda fallet ska vara möjligt för en individ att uppnå ett rättvist resultat. I Sverige har vi under en längre tid rört oss mot en blandning av dessa begrepp, vilket Josef Zila uttrycker som ett modernt rättssäkerhetsbegrepp, där staten har en skyldighet att gentemot lagstiftning skydda rättigheter utöver att tillse att individer har rättsliga garantier gentemot den offentliga makten. Utgångspunkten för att behandla ett rättssäkerhetsperspektiv blir därmed likhet inför lagen, legalitet, förutsägbarhet samt statens skyldighet att tillgodose ett visst rättsskydd för den enskilde.¹⁰

En ytterligare utgångspunkt för det valda rättssäkerhetsperspektivet är det liberalistiska antagandet att det finns en grundläggande strävan i det svenska rättssystemet att ingen oskyldig ska dömas för brott.¹¹ Den utgångspunkten grundas dels i att bevisbördan ligger på åklagaren genom principen *in dubio pro reo* (vid tvivel, till förmån för den tilltalade) dels i att beviskravet i brottmål normalt sett är ställt bortom/utom rimligt tvivel.¹² Skyddet för mänskliga rättigheter tillmätts således en viktig roll.

⁹ Se Packer s. 154 ff.

¹⁰ Se Zila s. 284 ff.

¹¹ Se Schelin, s. 20 f.

¹² Se Lambertz s 2 f.

1.4 Metod, material och forskningsläge

För att besvara frågeställningarna är utgångspunkten att studera gällande rätt genom att se på varför lagstiftningen ser ut som den gör i Sverige samt se på vilka skyddsintressen och motstående intressen som finns att ta hänsyn till. Förarbeten blir därmed viktiga, inte enbart till den gällande regleringen, utan även motiven bakom varför Sverige tidigare tillämpade den legala bevisteorin är av intresse. Av samma anledning innehåller uppsatsen en internationell utblick.

I och med att huvudregleringen i nationell rätt består av en vagt utformad paragraf, är det av vikt att se på praxis för att få en inblick hur bedömningen av den fria bevisprövningen görs i praktiken. I och med att en av frågeställningarna rör huruvida en potentiell anpassning av principen kan komma att bli aktuell finns det utrymme för en de lege ferenda diskussion.

För att kunna ge utrymme för en friare argumentation är uppsatsen skriven efter en rättsanalytisk metod. Den rättsanalytiska metoden ger, till skillnad från den rättsdogmatiska, utrymme för att såväl fastställa gällande rättsläge som att analysera såväl juridiskt som icke juridiskt material. Denna teori ger därmed utrymme för en bredare analys, vilket främjar syftet med uppsatsen.¹³

Utgångspunkten för materialet är lag, förarbete samt praxis. Även doktrin samt olika undersökningar kompletterar detta material för en insikt i den debatt som skett genom åren angående den fria bevisprövningens ställning. Som underlag för diskussion har även motioner och artiklar använts. De fyller funktionen att visa olika intressekonflikter och sidor av debatten. Materialet för det teoretiska ramverket utgörs av Packers modeller och av svensk doktrin på området.

Den fria bevisprövningen har traditionellt haft en stark ställning i svensk rätt, därmed är frågan om hantering av otillåtet åtkommen bevisning relativt sparsamt behandlad i svensk rätt. Ulf Lundquist är framstående inom ämnet, information kring det svenska rättsläget har därmed hämtats ur hans böcker.

¹³ Se Sandgren s. 48 ff.

Hans forskning sticker ut mest då han förespråkar ett bevisförbud. Frågan har även berörts i doktrin, i avsnitt 3.4 presenteras åsikter och utvecklingen inom doktrin.

Denna uppsats tar ett metaperspektiv över principerna om fri bevisföring och fri bevisvärdering samt ämnar bidra med ett bredare perspektiv genom komparativa inslag.

I och med att Europadomstolens praxis är omfattande har urvalet avgränsats för att representera de bevisåtkomstsituationer som vanligtvis aktualiseras. Sett till nationell praxis presenteras och analyseras de, enligt min uppfattning, principiellt viktigaste rättsfallen.

1.5 Avgränsningar

Den fria bevisprövningen inkluderar den fria bevisföringen och den fria bevisvärderingen, dessa är ibland svåra att skilja åt. Uppsatsen ämnar inte utgöra en studie på djupet av båda dessa principer utan utgår från olika bevisanvändarförbud på ett översiktligt plan. Fokus läggs på den fria bevisföringen. Det finns dock ett samband mellan principerna då frågan om bevistillåtlighet i svensk rätt vanligen betraktas vid värdering av bevisen. Bevisvärderingen spelar därmed en stor roll för hur otillåtet åtkommen bevisning hanteras i den svenska straffprocessen. I andra rättssystem görs exkluderingen vanligen med hänvisning till den fria bevisföringen.

Representativa avgöranden från Europadomstolen används för att ge en bild av hur bedömningen går till i praktiken. Uppsatsen fokuserar därmed inte på EU-rätten i stort utan på EKMR och avgörande från Europadomstolen. Ett EU-direktiv tas dock upp som ett exempel för att illustrera diskussionen om den fria bevisprövningen.

Uppsatsen behandlar bevisföring och bevisvärdering under domstolsprocessen. De rättsfall som tagits upp är ett urval av representativa rättsfall inom ämnet, de ämnar således inte utgöra någon heltäckande studie. Uppsatsen innehåller även vissa komparativa inslag för att ge analysen ett djup men utgör sig inte för att vara en komparativ studie. Sett till

Europadomstolens avgörande ligger fokus på artikel 3 och 6 i EKMR. En djupare studie av artikel 8 har valts bort då det finns specialregler i bland annat 27 kap. RB rörande bevisförbud i vissa situationer som rör hemlig avlyssning.

1.6 Disposition

I det inledande kapitlet ges läsaren en grundläggande förståelse för de principiella utgångspunkterna, om vad som kännetecknar de två teorierna; den fria bevisteorin och den legala bevisteorin. Därefter följer ett kapitel som fokuserar på den fria bevisprövningens ställning i svensk rätt för att klarlägga rättsläget. För en djupare inblick i varför det ser ut som det gör kommer kapitlet att även att fokusera på en historisk tillbakablick. Det är intressant i och med att reglerna såg annorlunda ut före år 1948. I nästföljande kapitel presenteras en analys av de föregående kapitlen, av den historiska utvecklingen och de olika teoriernas för- och nackdelar. De historiska skillnaderna och utvecklingen används därmed som ett analysverktyg.

I kapitel fem ställs den huvudsakliga bestämmelsen i RB gentemot avgöranden från såväl nationella domstolar som från Europadomstolen för att se vilka inskränkningar som skett. För att få ytterligare insikt i de olika bakomliggande skyddsintresse som motiverar olika typer av lagstiftning består kapitel sex av en internationell utblick. Precis som efter de första två deskriptiva kapitlen följs även kapitel fem och sex av en analys där inskränkningarna samt för- och nackdelar med olika rättssystem diskuteras.

I det avslutande kapitlet utforskas ämnet vidare i ett de lege ferenda diskussion. Detta för att på djupet kunna besvara den andra frågeställningen och analysera om det finns anledningar att anpassa principen ur ett rättssäkerhetsperspektiv och hur denna anpassning i så fall skulle kunna se ut.

2 Principiella utgångspunkter för den legala bevisteorin respektive den fria bevisteorin

2.1 Inledning

Bevisrätten kan utformas antingen enligt den legala bevisteorin eller enligt den fria bevisteorin. Teorierna utgör ytterligheter och de flesta rättssystem ligger på en skala däremellan. Det svenska systemet utgör en ytterlighet, åtminstone i teorin. Motsättningen mellan dessa principer avser såväl bevisföringen som bevisvärderingen.¹⁴ För att kunna ställa dessa två teorier gentemot varandra fokuserar kapitlet på vad dessa teorier innebär. I förarbetena till RB pekades ett antal principer förutom fri bevisprövning ut som viktiga för att säkerställa materiellt riktiga domar. Dessa principer och ytterligare några anknytande processprinciper beskrivs därmed nedan.¹⁵

2.2 Den legala bevisteorin

Den legala bevisteorin innebär att det i lag framgår vilka bevis som tillåts i en process och det ställs upp kriterier för hur dessa bevis ska värderas i en rättegång. Enligt den legala bevisteorin råder förbud mot vissa bevismedel. Det innebär att bevis underkänns om de tillkommit på ett otillåtet sätt. Dessutom bestäms i lagen vilket bevisvärde rätten skall tillerkänna de framlagda bevisen.¹⁶

2.3 Den fria bevisteorin

Den svenska principen om fri bevisprövning innefattar såväl principen om fri bevisföring som principen om fri bevisvärdering. Vid fri bevisprövning råder ingen eller nästintill ingen begränsning gällande vilka bevis en part får anföra, denna utgångspunkt utgör den fria bevisföringen. Vidare innefattar principen en brist på legala regler att förhålla sig till när bevisets värde ska avgöras, den

¹⁴ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 26.

¹⁵ Se Prop. 1931:80 s. 96 ff.

¹⁶ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 26.

delen utgör den så kallade fria bevisvärderingen. Det är därmed upp till domaren att fritt värdera den bevisning som presenteras under en rättegång.¹⁷

Bevisvärderingen handlar om att utifrån ett visst bevismaterial kunna fastställa en viss omständighets existens med ledning av kunskap om hur världen är beskaffad, att försöka bedöma sannolikheten för att det konkreta rättsfaktumet existerar. Bevisvärderingen går därmed ut på att fastställa sannolikheten för att en viss omständighet, som existerar på verklighetsplanet, har inträffat. Bedömningen enligt den fria bevisvärderingen ska således ske helt utan rättsliga regler och enbart med ledning av hur verkligheten är beskaffad.¹⁸

Högsta Domstolen (HD) avkunnade i andra halvan av år 2015 en dom i det så kallade balkongfallet.¹⁹ Däri presenterar domstolen en bevisprövningsmetod avsedd att användas i brottmål för att åstadkomma en strukturerad bevisvärdering. Den presenterade metoden för bevisprövning i brottmål angav hur och i vilken ordning olika typer av bevisning ska prövas, vilket påverkar den stadgade fria bevisvärderingen. Enligt Lindell kan prejudikat från HD egentligen inte bildas i bevisvärderingsfrågor eftersom bevisvärdering i svensk rätt är fri. HD har dock i ett fåtal fall gjort principiella uttalanden som endast handlar om bevisvärdering. Enligt Lindell innebär det i praktiken att bevisvärderingsfrågorna blivit rättsfrågor.²⁰

Det finns ett samband mellan den fria bevisföringen och den fria bevisprövningen på så sätt att många förhållanden som i ett system grundat på legala bevisregler skulle medföra att bevisning var otillåten i svensk rätt istället ska betraktas vid värderingen av beviset. Det innebär vanligen att bevisvärdet sätts ner när ett bevis bedöms ha åtkommit på ett otillåtet sätt.²¹

¹⁷ Se Lundqvist (1998) s. 225 f.

¹⁸ Se Lindkvist, s. 4 f.; Nordh s. 36 f.

¹⁹ Se NJA 2015 s. 702.

²⁰ Se Lindell, s. 124 f.

²¹ Jfr. NJA 2011 s. 638.

2.4 Anknytande processprinciper

Utöver frågan om ett visst bevismedel ska tillåtas av rätten finns det ett antal principer kopplade till hur bevismedlen ska presenteras som rätten och parterna behöver förhålla sig till.

Koncentrationsprincipen antas medföra bästa förutsättningar för att värdera bevismaterialet genom att en värdering av hela materialet kan göras i ett sammanhang. På så sätt får rätten en samlad överblick över den totala bevissituationen.

Omedelbarhetsprincipen innebär att domen endast får grundas på vad som förekommit vid huvudförhandlingen, enligt 30 kap. 2 § RB. Principen gäller enbart mål som avgörs efter huvudförhandling. För bevisningen innebär principen att rätten endast får grunda domen på det processmaterial som lagts fram vid huvudförhandlingen och blivit styrkt inför rätten samt på de slutsatser som rätten drar därav. Enbart domare som varit med under hela huvudförhandlingen får medverka i domen. För att domstolen ska ha möjlighet att få överblick över, och minnas, allt som förekommit vid rättegången krävs att målet är koncentrerat i tiden i så hög grad som möjligt.

Domen ska grundas på det som rätten tagit del av under förhandlingen. Före processreformen 1948 var det endast det som fanns nedtecknat i protokollet som utgjorde processmaterial och fick läggas till grund för domen. Omedelbarhetsprincipen hänger ihop med den fria bevisvärderingen. Enligt den legala bevisvärderingen spelar det inte så stor roll om rätten grundar sin bedömning på vittnenas muntliga utsagor eller på en nedteckning av dessa utsagor.²²

En konsekvens av omedelbarhetsprincipen är förbudet för domaren att använda sig av sitt privata vetande, av den kunskap om relevanta fakta som domaren fått utanför sin yrkesroll. Förbudet omfattar dock inte omständigheter som är allmänt kända och anses inte heller omfatta så kallade allmänna erfarenhetssatser vilka ska beaktas ex officio vid bevisvärderingen.

²² Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 27 f.; Schelin s. 26 f.

Omedelbarhetsprincipen sammanhänger även med principen om kontradiktoriskt förfarande eller *kontradiktionsprincipen*. Principen kan sammanfattas med att den andra parten också ska höras. Båda parter ska få ta del av varandras yrkanden, grunder, bevisning och argumentation samt även bemöta vad den andra parten anfört eller lagt fram. För att principen ska tillgodoses måste en part även få tillräckligt med tid på sig för att bemöta motpartens bevisning och argumentation. Principen finns inte uttryckligen lagfäst i RB men kommer till uttryck i flera av reglerna. Omedelbarhetsprincipen anses också utgöra en del av rätten till en rättvis rättegång enligt art 6.1 EKMR.

En part har rätt att lägga fram bevisning och rätten måste se till att parterna har lika goda möjligheter att göra detta. Reglerna i EKMR ställer krav på att bevisföringen i en rättegång ska vara kontradiktoriskt. Det innebär en rätt att förhöra vittnen som åberopats mot en, rätt att själv få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden.²³

Enligt Europadomstolens praxis får en domstol inte grunda en fällande dom på en utsaga om denna är den avgörande bevisningen och den tilltalade inte genom motförhör under något skede av rättegången eller förundersökningen fått möjlighet att ifrågasätta bevisvärdet av utsagan. Om det brister får det konsekvenser för bevisvärderingen. Om den bevisning som brister är avgörande skall dess bevisvärde presumeras inte räcka till för en fällande dom.²⁴

Principen om parternas jämställdhet kan härledas från rätten till rättvis rättegång enligt 6.1 EKMR och specificeras uttryckligen i 6.3d EKMR. Principen innebär att parterna ska vara likställda i rättegången och att förfarandereglerna och tillämpningen av dessa inte gynnar den ene på den andres bekostnad. Den tilltalade får inte ha sämre möjligheter än åklagaren när det gäller att föra sin talan. Det hindrar dock inte att den tilltalade får ges

²³ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman, s. 29 ff.

²⁴ Se Danelius (2015) s. 246 ff.

bättre möjligheter. Artikel 6 EKMR innebär att den tilltalade i vart fall ska ges samma rätt som åklagaren att lägga fram bevisning.²⁵

I samband med nya RB infördes den ackusatoriska processen som är nära sammankopplad med förutsättningen för parternas likställdhet. Processen förutsätter ett särskilt organ vid domstolen för att föra åtalet mot den misstänkte. Det organet bestämmer huruvida åtal ska anhängiggöras inför domstolen samt i vilken omfattning det ska ske. Domstolens uppgift är att leda förhandlingen och upprätthålla ordning i målet. Det finns dock fortsatt vissa inkvisitoriska inslag, ex. domarens möjlighet till materiell processledning till förmån för den tilltalade.²⁶

Ekelöf hävdar att en del stadganden i RB präglas av *principen om det bästa bevismaterialet*. Principen innebär att om en och samma kunskapskälla utan svårighet kan utnyttjas på flera olika sätt ska det bevismedel användas som medför den säkraste bevisningen. Det görs ingen bedömning mellan exempelvis två vittnen men däremot mellan att höra ett hörsägenvittne och ett åsyna vittne. Hörsägen innebär att ett vittne inte hört en uppgift direkt från ursprungskällan utan i ett senare led i beviskedjan. En viktig konsekvens är att det bevismedel som medför att beviskedjan blir så kort som möjligt ska användas. Bevisningen blir nämligen säkrare ju färre led den innehåller.²⁷ Det finns förbud mot att använda vittnesattester som substitut för direkta och muntliga förhör vid rätten i 35 kap. 14 § RB, vissa undantag finns dock.

Enligt Diesen är tillvägagångssättet och själva processens utformning viktiga delar för att säkra ett objektiva beslutsfattande. Den kontradiktoriska processprincipen, rättens sammansättning, lagreglernas utformning med uppbyggnaden i form av skilda rekvisit och de försiktighetsregler som brottmålsprocessen omgärdas med kan sammantagna, enligt honom, påstås utgöra det bästa värdet mot subjektivism.²⁸

²⁵ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 31 ff.

²⁶ Se SOU 1926:32 s. 8.

²⁷ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 43.

²⁸ Se Diesen s. 62.

3 Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess

3.1 Inledning

Trots att den fria bevisprövningen idag är den gällande ordningen i Sverige har den rådande principen inte alltid varit självklar. I den gamla rättegångsbalken formulerades bevisrätten enligt den legala bevisteorin. Det var först genom den stora processreformen på 1940-talet som bevisreglerna anskaffades och ett stadgande om fri bevisprövning infördes.²⁹

Kapitlet inleds med en historisk tillbakablick för att sedan gå in på den gällande regleringen, i såväl RF, RB samt EKMR. Den historiska tillbakablickens ämne ger läsaren en djupare inblick i varför rättsläget ser ut som det gör. I kapitel 4 presenteras sedan en analys över utvecklingen samt över för- och nackdelar med respektive princip.

3.2 Gamla rättegångsbalken och den legala bevisteorin - hur såg det ut tidigare?

RB var en av nio balkar i 1734 års lag. Lagen tog lång tid att göra, därmed var vissa teorier och principer redan föråldrade när lagen trädde i kraft.

Den legala bevisteorin gällde i Sverige under medeltiden och under större delen av den nyare tiden. Den legala bevisteorin innebar regler om jäv och gradering av de olika bevismedlen. Enligt 1734 års lag betraktades personer som var nära släkt med någon av parterna eller ekonomiskt intresserade av sakens utgång som jäviga och de var därför förhindrade att vittna. Gällande bevisvärderingen kunde den tilltalade inte dömas till ansvar grundat på uppgifter från endast ett vittne eller på indicier.³⁰ Ett indicium beskrivs av Dereborg som *”ett faktum, varifrån man med förnuftet kan sluta sig till det*

²⁹ Se kapitel 3.2.

³⁰ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 26 f.

faktum som ska bevisas.” Exempel på mer modern indiciebevisning är fingeravtryck och blodfläckar.³¹

För fullt bevis krävdes i princip två samstämmiga vittnen. Ett vittne utgjorde halvt bevis. Vid nya RB:s införande år 1948 hade den legala bevisteorin redan successivt börjat överges i praktiken, reglerna om vittnesjäv beaktades dock utan inskränkningar.³²

Även det inkvisitoriska inslaget var utmärkande för gamla RB, särskilt i brottmål. Förfarandet bestod inte av två parter som utvecklade sina ståndpunkter inför domaren utan det var domaren själv som skulle utreda vad som hänt. Domaren var inte heller i någon större utsträckning bunden av parter dispositioner och obunden av yrkanden.³³ Enligt inkvisitionsprincipen var det domarens uppgift att genom alla möjliga medel söka utforska sanningen och domstolen fungerade som både domare och åklagare. Undersökningen fortgick tills domstolen ansåg att den skulle avslutas. Domstolen skulle därefter döma i målet på grund av vad som förekommit.³⁴

Domstolens undersökningar gick framförallt ut på att få de nödvändiga upplysningarna av den misstänkte. Det viktigaste bevismedlet var erkännandet, det utgjorde ett fullständigt bevis. För att dödsstraff skulle komma ifråga skulle dock erkännandet vara styrkt av andra omständigheter. Av 17 kap. 36 § RB framkom att ett erkännande skulle vara frivilligt och att ingen tortyr fick förekomma. 17 kap. 37 § RB gav dock en möjlighet att i grova brottmål ”försöka med svårare fängelse”, vilket i realiteten blev en form av tortyr, där den tilltalade placerades i häkte. I häktet kunde domaren genom ett särskilt tillstånd använda sig av handklovar eller upphängande på väggen. Stadgandet försvann från RB först år 1868, Gustav III hade dock förbjudit användningen av tortyr nästan hundra år tidigare.³⁵

Rättegångsreformen föregicks av mycket diskussion och ett långdraget utredningsarbete. År 1889 kom nya lagberedningens förslag till lag angående

³¹ Se Dereborg, s. 10.

³² Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 27.

³³ Se SOU 2001:103 s. 76 f.

³⁴ Se SOU 1926:32 s. 7.

³⁵ Se Dereborg s. 15 f, s. 24.

bevisning inför rätta. Från den tidpunkten skrevs en rad propositioner och olika utredningar lades fram men inga av förslagen gick igenom. Det ledde till att vissa bestämmelser i RB blev förlegade genom utvecklingen i praxis innan nya RB infördes. Svenska juridiska föreningen var redan år 1850 benägen att godta en fri bevisvärdering. HD granskade några av de tidigaste förslagen, en av domarna uttalade att den svenska domstolsorganisationen inte ägde tillräcklig styrka eller erfarenhet för att bära upp den fria bevisprövningen.³⁶

I princippropositionen från 1931 angavs att det viktigaste målet med processen var säkerheten, att träffa materiellt riktiga avgöranden. Därefter följde snabbheten och vikten av billiga processer. Det framhölls dock att effektivitet inte fick åstadkommas på bekostnad av säkerheten. Sanningen likställdes med det materiellt riktiga, några mer ingående försök till analys av dessa begrepp presenterades dock inte. Det gjordes inte heller några uttalanden om huruvida det var viktigt att avgörandena kommit till efter en formellt korrekt bedriven process.³⁷ I samband med införandet av nya RB infördes regler om en koncentrerad och muntlig huvudförhandling med huvudsyfte att åstadkomma bättre förutsättningar för den fria bevisvärderingen.³⁸

Den nu gällande RB antogs 1942 och trädde i kraft först den 1 januari 1948. I 35 kap. ”Om bevisning i allmänhet” finns grunderna för den svenska bevisrätten. Övergången innebar inte enbart en förändring i bevisrätten utan för den svenska domstolsprocessen i stort.

3.3 Den fria bevisprövningen - hur ser regleringen ut i svensk rätt?

3.3.1 Inledning

Rätten till en rättvis rättegång finns till för att skydda den enskildes rättigheter och för att garantera en rättssäker domstolsprocess. Rätten till en rättvis

³⁶ Se Dereborg s. 65 ff.

³⁷ Se Mellqvist s. 259 f; prop. 1931:90 s. 90 f.

³⁸ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 27.

rättegång kommer till uttryck i både RF och i EKMR. I 2 kap. 11 § RF framkommer att en rättegång ska genomföras rättvist och inom skälig tid. Ordet rättvis tillkom genom en ändring 2010.³⁹ Det hade fram tills dess inte funnits någon sådan regel uttryckt i Sveriges grundlag, utan den regel som gällt dithills var artikel 6 EKMR.

Av förarbetena framgår att det var delade meningar om huruvida begreppet rättvis skulle föras in i RF eller inte. En åsikt var att tillförandet av den nya bestämmelsen var överflödigt då det redan gällde i svensk rätt till följd av inkorporeringen av EKMR. Regeringen framhöll vikten av att grundlagsfästa rätten till en rättvis rättegång med hänvisning till att det ses som en grundläggande rättighet i en rättsstat. Både HD:s och Regeringsrättens ledamöter poängterade vikten av att den nya bestämmelsen skulle vara självständig från EKMR för att inte präglas av praxis från Europadomstolen. Detta för att Europadomstolen ofta är svårtolkad samt att den är föränderlig och därmed svår att följa. Den svenska bestämmelsen skulle ha artikel 6 EKMR som förebild men inte kopieras rakt av.⁴⁰

3.3.2 Rättegångsbalken

Att principen om fri bevisföring utgör normen och är huvudprincipen i det svenska domstolssystemet hänger enligt Ekelöf ihop med den rådande principen om fri bevisprövning.⁴¹ Den mest centrala delen för denna uppsats återfinns i 35 kap. 1 § RB. Paragrafen beskrivs som en generalklausul, där såväl principen om fri bevisföring som principen om fri bevisvärdering anses ha fastslagits.⁴²

Den införda fria bevisprövningen skiljer sig därmed från den tidigare gällande legala bevisteorin där varje form av bevismedel hade ett av lagstiftaren på förhand givet värde i relation till beviskravet, och där vissa typer av bevismedel inte fick godtas av rätten.

³⁹ Lagändringen skedde genom lagen (2010:1408) om ändring i regeringsformen.

⁴⁰ Se Prop. 2009/10:80 s. 157 ff.

⁴¹ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman, s. 34.

⁴² Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 26.

Paragrafen ger ingen ledning angående hur beviset ska ha kommit till eller hur det ska presenteras för att utgöra en del av underlaget. Processlagsberedningens förslag från 1938 ger en något tydligare vägledning om tankarna bakom principen. I förslaget framgick att det inte skulle ställas någon begränsning i fråga om de kunskapskällor som fick användas för sanningens utletande och att domaren, vid värderingen av den föreliggande bevisningen, inte skulle vara bunden av legala regler. Vidare beskrevs att allt som förekommit i målet kunde tjäna som bevis, även om det inte kunde inordnas under de i lagen angivna bevismedlen.⁴³

Huvudsyftet bakom skiftet till fri bevisprövning var att skapa ökade förutsättningar för materiellt riktiga domar, genom möjligheten för domstolarna att göra en nyanserad bedömning av all bevisning i det enskilda fallet. Detta är sammankopplat med RB:s övergripande mål om rättskipningens säkerhet, vilket framgår av en av utredningarna:

”Att den nyare rätten genomgående brutit med den legala bevisteorien och upptagit den fria bevisprövningen, beror givetvis därpå, att den förra är stridande mot sakens natur och är ägnad att motverka rättskipningens uppgift att nå det materiellt sanna i målet. [...] Domarens egen sunda omdömesförmåga ställes på ett vida svårare prov, när det gäller att av allt som förekommit i ett mål bilda sig en objektivt giltig uppfattning om målet, än när domaren vid målets prövning har stödet av legala, ovillkorligen bindande bevisregler. [...]. I rättslivet får icke, som en av den svenska lagstiftningens främste män sagt, avsiktligt skiljas mellan vad som är sant och vad som kan bevisas.”⁴⁴

Det som framgår av 35 kap. 1 § är att rätten skall ta ställning till allt som förekommit. Rekvisiten innebär att regeln är obligatorisk och att rätten inte får lov att bortse från sådan bevisning som lagts fram och som inte blivit avvisad. Det innebär dessutom att rätten får bedöma sådant som förekommit i rätten, även om det inte ingår i den egentliga bevisföringen. Utgångspunkten är därmed att domstolen inte begränsas av några direkta bevisförbud då regeln

⁴³ Se SOU 1938:44 del II s. 376 f.

⁴⁴ Se SOU 1926:32 s. 26.

inte säger något om hur beviset ska ha åtkommit eller presenterats för att få ingå i domsunderlaget.⁴⁵

Domstolen har en möjlighet genom 35 kap. 7 § RB att avvisa bevisning som anses obehövlig eller utan betydelse för målet. Det är ett av undantagen från principen om fri bevisföring. Paragrafen var ursprungligen inte skriven för brottmål men bestämmelsen är tillämplig på alla typer av mål och på alla typer av bevis. Det saknas även möjlighet för vittnen att höras anonymt enligt 36 kap. 10 § RB. Det kan indirekt leda till att ett potentiellt vittnesmål inte kan prövas i förhand.⁴⁶

35 kap. 7 § RB är indelad i fem punkter:

1. om den omständighet som en part vill bevisa är utan betydelse i målet,
2. om beviset inte behövs,
3. om beviset uppenbart skulle bli utan verkan,
4. om bevisningen med avsevärt mindre besvär eller kostnad kan föras på annat sätt, eller
5. om beviset trots rimliga ansträngningar inte kan tas upp och avgörandet inte bör fördröjas ytterligare.

De första tre punkterna innebär att bevisning får avvisas, om den omständighet som parten vill bevisa är utan betydelse i målet, om beviset inte behövs eller om beviset uppenbart skulle bli utan verkan. Punkterna överlappar i betydande utsträckning varandra. Ett bevis kan exempelvis bedömas som irrelevant om det ska bevisa en omständighet som är ostridig. Helst ska betydelselösheten stå helt klar utan att domstolen behöver göra några djupare analyser eller avvägningar. Den bakomliggande tanken är att det enbart är i tydliga fall som domstolarna får avvisa bevisning som part åberopat. Den fjärde punkten behandlar situationer då bevisningen kan föras

⁴⁵ Se Fitger m.fl. NJ lagkommentar 35 kap. 1 § RB.

⁴⁶ Se Schelin s. 21; Fitger m.fl. NJ lagkommentar 35 kap. 1 § RB.

på ett billigare eller mer effektivt sett. Lagrummet förutsätter att det finns olika bevis att välja mellan som avser samma bevistema.⁴⁷

Den femte och sista punkten kom till 2005. Var och en ska enligt EKMR kunna få sin sak prövad inom skäligen tid och därmed ska mål handläggas skyndsamt. En anledning till varför processen dragit ut i tid har berott på svårigheten att lägga fram bevisningen på utsatt tid.⁴⁸ Domstolen ansvarar för att vittnen kallas till huvudförhandling. Om vittnen inte går att få tag på eller personen uteblir kan förhandlingen behöva ställas in. Tidigare fanns ingen annan möjlighet att komma tillrätta med problemet än för parten att återkalla bevisningen eller skjuta på förhandlingen. Utredningen föreslog därmed att det skulle införas en möjlighet för rätten att avvisa bevisning för situationer där bevisupptagningen, trots rimliga ansträngningar, inte kan genomföras och avgörandet inte bör fördröjas ytterligare.⁴⁹ Flera faktorer beskrevs som viktiga att ta hänsyn till innan avvisningsgrunden kan bli aktuell. Det handlar dels om vilka åtgärder som vidtagits från rätten och från åberopande parts sida, dels vilka förhoppningar det finns om att ytterligare ansträngningar kan ge resultat. Även i vilken utsträckning målets avgörande kan fördröjas ytterligare bör beaktas.⁵⁰ Justitieutskottet uttalade att avvisning med stöd av denna punkt endast ska komma i fråga i undantagsfall när alla andra rimliga försök visat sig vara resultatlösa.⁵¹

Ytterligare inskränkningar som går att utläsa ur RB:s förarbeten är bland annat ett krav på domstolen att redovisa grunderna för sitt beslut. Det ska säkerställas genom författandet av domskälen, där rätten ska förklara och motivera värderingar och ställningstagande. Dessa grunder ska vara objektivt godtagbara och får således inte grundas på domstolens godtycke. Domarens övertygelse får alltså inte vara personlig i den meningen att den grundar sig på hans eller hennes egna tyckande.⁵² Diesen har uttryckt att bevisvärderingen

⁴⁷ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 39; Fitger m.fl. NJ lagkommentar 35 kap. 7 § RB.

⁴⁸ Se Prop. 2004/05:131 s. 157.

⁴⁹ Se SOU 2011:103 s. 21.

⁵⁰ Se Prop. 2004/05:131 s. 161.

⁵¹ Se 2004/05:JuU29 s. 1.

⁵² Se Fitger m.fl. NJ lagkommentar 35 kap. 1 § RB.

ska vara neutral, objektiv och rationell vilket ska säkerställas genom att domstolen har en metod för sin bevisvärdering och att domstolens bevisvärdering ska kunna kontrolleras.⁵³ HD uttryckte i NJA 2015 s. 702 att ”endast rationella skäl får inverka på bedömningen”.⁵⁴ Analysen ska vara objektivt grundad och utföras strukturerat. Om ett bevis visar sig tillkommit på ett lagstridigt sätt får beviset ofta ett lågt bevisvärde. Så är dock inte alltid fallet då det i praktiken bör kunna tillskrivas ett högt bevisvärde.⁵⁵

Avgörandet får inte heller grundas på en bedömning av det totala intrycket av den samlade bevisningen i ett mål, utan avgörandet ska grundas på en bedömning av de enskilda bevisen. En felaktig bevisvärdering anses inte utgöra rättegångsfel eller någon resningsgrund.⁵⁶

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

Inkorporeringen av EKMR i svensk rätt innebar att det blev möjligt att göra rättigheterna gällande i svensk domstol.

Även EKMR ska därmed beaktas i bedömningen, särskilt för de fall där bevisning införskaffats på ett otillbörligt sätt utan att någon regel i RB åsidosatts. En domstol måste se till att rättegången genomförs på ett, för den tilltalade, rättvist sätt, vilket kan medföra indirekta bevisförbud. Det är själva samlandet av bevisning som står i centrum för prövningen av om ett bevisanvändarförbud inträder.⁵⁷

De artiklar som är av intresse för uppsatsens syfte är artikel 3 samt artikel 6. Artikel 3 innebär ett förbud mot tortyr och lydelsen är att ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Artikel 6 innebär en rätt till rättvis rättegång. Den första, andra punkten och delvis den tredje är tillämpliga i domstolskedet, men även i tidigare stadier

⁵³ Se Diesen s. 62 f.

⁵⁴ Se NJA 2015 s. 702.

⁵⁵ Jfr Fitger m.fl. NJ lagkommentar 35 kap. 1 § RB.

⁵⁶ Se SOU 1938 del II s. 378; Fitger m.fl. NJ lagkommentar 35 kap. 1 § RB.

⁵⁷ Se Lundqvist (2017) s. 98.

när delgivning om misstanke skett.⁵⁸ En överträdelse av artikel 3 kan innebära att även rätten till en rättvis rättegång blivit kränkt, om bevisning som tillkommit genom tortyr eller omänskligt beteende använts i rättegången.

I regel kan sägas att rätten får grunda avgörandet på bevismedel som frambringats på otillbörligt sätt endast om dessa inte utgör den enda eller avgörande bevisningen, samt om den tilltalades rätt till en rättvis rättegång som helhet inte har kränkts genom att hänsyn tas till uppgifterna.⁵⁹

I konventionstexten ställer EKMR inga direkta krav på reglerna om bevisföring i de nationella regelverken. Det följer av art. 6 att det är upp till den nationella rättsordningen att ta ställning till och avgöra vilka bevis som får läggas fram inför domstolen.⁶⁰ Det har dock tillkommit krav genom praxis. Av artikeln följer bland annat krav på att rättegången ska vara rättvis. Rätten till rättvis rättegång inkluderar flera garantier så som principen om parternas likställdhet, rätten till ett kontradiktoriskt förfarande samt den misstänktes rätt att inte mot sin vilja lämna uppgifter som är till egen nackdel. En bedömning sker med hänsyn taget till dels dessa delkomponenter, dels med hänsyn till förfarandet som helhet där processuella grundsatser spelar en viktig roll.⁶¹

Principen om ett kontradiktoriskt förfarande förutsätter att processen består av minst två parter där båda parter tillåts ta del av varandras yrkanden, grunder, bevisning, och argumentation. Parterna ska också ges tillfälle att bemöta vad den andra parten anfört eller lagt fram. Båda parter ska enligt principen om likställdhet få kännedom om allt material i processen och få tillfälle att framföra sina synpunkter på materialet. Om principerna inte beaktats av den nationella rättsordningen betraktas inte rättegången som rättvis och förfarandet får anses strida mot EKMR.⁶²

⁵⁸ Se Lundqvist (2017) s. 50 ff.

⁵⁹ Se Schelin s. 20 f.

⁶⁰ Se bl.a. P.G. v. J.H. v. Storbritannien, p. 76.

⁶¹ Se art. 6.1 EKMR.

⁶² Se Danelius (2015) s. 246 f.

3.4 Debatten i doktrin och i rapporter

För att visa vilka diskussioner som förs och har förts, presenteras uppfattningar och åsikter i doktrin, i en motion och i olika rapporter samt artiklar.

På vilket sätt kraven på objektivitet ska upprätthållas och en analytisk prövning av bevisningen ska ske har varit föremål för en relativt omfattande diskussion i doktrin. Någon enighet angående det bästa sättet att pröva bevisning finns inte inom den rättsvetenskapliga forskningen i Sverige. Ett stort antal bevisprövningsmetoder har utvecklats i den juridiska doktrinen.

I en motion från 1994 drog Sten Söderberg paralleller mellan det svenska folkets bristande tilltro till domstolarna och tillämpningen av den fria bevisprövningen. Det baserade han främst på en undersökning gjord av Statistiska centralbyrån år 1985 där mindre än hälften av befolkningen uppgav att de inte litade på domstolarna. Söderberg menade att resultatet skulle blivit ännu mer nedslående om den gjorts vid tillfället då motionen skrevs. Han ansåg att domstolarna skulle åläggas att använda den legala bevisteorin för att avarter av domstolarnas prövning skulle undvikas.⁶³

Thomas Ahlstrand skrev i en artikel i SvJT från 2002 att pendeln var på väg att svänga från den fria bevisprövningen som tidigare varit en grundsten i svensk bevisrätt till att inte längre vara helt självklar. Han för en intressant diskussion om att det i svensk rätt inte finns några problem med orättmätigt åtkommen bevisning samt att han inte trodde att någon seriös iakttagare menade detta. De gånger frågan kommit upp menade han att det antingen rört sig om ett olycksfall i arbetet eller vid en situation där åklagarsidan inte haft mycket annat att välja på. Enligt hans uppfattning passar en legal bevisteori bättre ett osofistikerat, ointelligent rättsväsen där man inte kan lita helt på domarens omdöme. Hans slutsats landade i att om rättsordningen skulle börja säga nej till kunskap skulle vi vara på farliga vägar.⁶⁴

⁶³ Se Söderberg, motion.

⁶⁴ Se Ahlstrand s. 545 ff.

Ulf Lundqvist har skrivit avhandlingar där han undersökt möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegångar. Lundqvist menar att det bör finnas en gräns för vilken bevisning som kan tas upp i en process. Han har varit den största företrädaren för att ett förbud att åberopa bevisning åtkommen på ett otillåtet sätt uttryckligen bör införas i svensk rätt.⁶⁵

Justitiekanslern presenterade år 2006 en rapport där det konstaterades att det visserligen framförs uppfattningar om hur bevisprövning bör ske i praxis och doktrin, men att det föreligger en diskrepans mellan rättskällorna. Författarna bakom rapporten framhävde att det i större utsträckning borde föras en diskussion om huruvida den fria bevisprövningen utgör ett rättssäkerhetsproblem. De kom även fram till att den fria bevisprövningen ställer krav på rättssystemet, då det för att systemet ska vara rättssäkert krävs kompetenta domare och möjlighet till rättelse i efterhand.⁶⁶

I samband med att direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 skulle implementeras i svensk lag uppstod diskussionen angående den fria bevisprövningen i förhållande till EU-rätt. Direktivet innehöll förbud och begränsningar mot olika sorters bevisning. Direktivet innebar därmed direkta inskränkningar i den fria bevisprövningen. Slutsatsen blev att regeringen ansåg att allmänhetens rätt till handlingar förblev oinskränkt var viktigare än ett visst avsteg från gällande processrättsliga principer. Argumentet som regeringen förde är att principen om fri bevisföring inte gäller oinskränkt i svensk rätt och att det ibland finns andra intressen som har fått prioriteras framför principen. Resultatet blev att det finns ett bevisförbud i 5 kap. 8 § konkurrensskadelagen (2016:964).⁶⁷

I en studie från 2020 gjordes en kartläggning över brottsmisstänkta möjligheter att påverka bevisinsamling i brottmål och angripa bevis som inhämtats i strid med lag. Studien genomfördes av människorättsorganisationen Civil Rights Defenders i det EU-finansierade

⁶⁵ Se bl.a. Lundqvist (1998), avhandling om möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång.

⁶⁶ Se Axberger m.fl. 471 f.

⁶⁷ Se Prop. 2016/17:9 s. 84.

forskningsprojektet Defence Rights in Evidentiary Proceedings. I studien undersöktes lagregler samt rättspraxis och intervjuer med advokater, åklagare och domare genomfördes. Sverige var ett av fem länder i undersökningen, utvalt för att vi har ett system som skiljer sig åt från de flesta övriga länder.⁶⁸

Något som framkom i de olika intervjuerna var att det förefaller finnas olika syn på principen om den fria bevisprövningen. Några menar att den fria bevisprövningen fortsatt har stark ställning i svensk rätt och andra menar att avvisning av bevis inte är så ovanlig som man tror, inte minst på förundersökningsstadiet. Slutsatsen blev att avvikelser från principen om fri bevisprövning enbart godtas i undantagsfall och att rättsläget när det gäller bevis upptagna i strid med lag är oklart då rättspraxis på området inte är enhetlig.⁶⁹

Daniel Larsson är en av många som uttryckt sin uppfattning om den fria bevisprövningens ställning i samband med debatten om Encrochat-bevisningen. Han menade att den fria bevisprövningen är stark huvudregel men att bevisning som tillkommit i vissa extrema undantagsfall kan tillmätas betydelse.⁷⁰

⁶⁸ Se Civil rights defenders, "Defense rights in evidentiary proceedings", s. 3-4.

⁶⁹ Se Civil rights defenders, "Defense rights in evidentiary proceedings", s. 10-11.

⁷⁰ Se Dagens Juridik, Larsson.

4 Delanalys – från legal bevisteori till fri bevisprövning

4.1 Inledning

Huvudregeln enligt nationell rätt framkommer av 35 kap. 1 § RB. Enligt paragrafen ska bevisningen vara fri. Enligt principens ordalydelse skulle det innebära att alla bevis får läggas fram. Det är dock tydligt att den fria bevisprövningen inte gäller oinskränkt. 35 kap. 7 § RB fyller en funktion för att det ska vara möjligt att avvisa uppenbart betydelselös bevisning, för att få en koncentrerad och skyndsam prövning.

4.2 För- och nackdelar med respektive teori

De olika teorierna för med sig respektive för- och nackdelar. Sverige gick från den legala bevisteorin till den fria bevisprövningen genom ändringar i RB. Då hade domstolarna redan tillämpat den fria bevisprövningen under en längre tid, därmed innebar lagändringen inte någon större förändring i praktiken.

De gamla reglerna innebar att två personer kunde gå ihop och dikta upp en historia och på så sätt få en person dömd, i och med att vittnesmål från två personer tillmättes så stor vikt. Genom 1734 års lag sattes vissa gränser för godtycket. Då fanns inte samma rättighetsskydd för medborgare och de tekniska möjligheterna vi har idag saknades. Genom en mer detaljerad reglering blev det även lätt att kontrollera domarnas bedömning. Genom övergången till nya RB försvann de inkvisitoriska inslagen och rättens kontroll över huvudförhandlingen minskade vilket lett till att mer ansvar lagts på parterna.

Citatet från utredningarna inför införandet av nya RB visar den problematik som präglar förhållandet mellan den legala bevisteorin och den fria bevisprövningen. De främsta nackdelarna med den legala bevisteorin sett till bevisföringen är konsekvenserna av kraven som ställs på bevisningens kvalitét och kvantitet, samt övriga krav för att få lägga fram bevisningen. Dessa krav innebär att en del bevisning kan gå förlorad eller inte ha den inverkan på ett måls utgång som den borde ha vilket kan innebära situationer där domaren

blir tvungen att gå emot sitt eget sunda förnuft. Det kan i sin tur leda till en materiellt oriktig dom. Det riskerar att skada allmänhetens förtroende för rättsväsendet och på sikt kan det leda till stora konsekvenser för såväl den enskilde som för samhället i stort.

Generella krav på när en viss typ av bevisning får läggas fram eller inte medför även en indirekt bedömning i förväg till om beviset är dugligt eller inte i det enskilda fallet. Ett tillräckligt starkt och tillförlitligt bevis för att styrka åtalet kan samtidigt vara ett sådant typ av bevis som på grund av ett uttryckligt bevisförbud ändå inte får åberopas.

Några fördelar med den legala bevisteorin är att bevisföringen på förhand är tydlig och därför förutsebar för parterna, rätten löper inte heller någon risk att uppfattas som partisk i det enskilda fallet då parametrarna är tydligt uppställda. Uppställda krav på vilken bevisning som får läggas fram i en process och bestämmelser om vad som utgör ett fullvärdigt bevis lämnar inget utrymme för eventuellt godtycke från domstolens sida. Det är fördelaktigt sett ur ett rättssäkerhetsperspektiv och enligt rättssäkerhetsmodellen.

Den fria bevisprövningen kan ge upphov till svåra avvägningar för domaren. Denne kan medvetet eller omedvetet kan påverkas av sina erfarenheter och fördomar. Det möjliggör även att två olika domstolar vid prövning av identiska omständigheter kommer fram till olika ståndpunkter i skuld- eller rubriceringsfrågan.

Övergången från en legal bevisvärdering till en fri sådan har medfört att det blivit mer komplicerat att bedöma vittnes- och partsutsagor. Tidigare fanns det uttryckliga bedömningar för vilket bevisvärde dessa skulle ges. Frågan uppstår därmed hur trovärdigheten hos ett vittne ska bedömas. En fri bevisföring i innebär att rätten i större utsträckning behöver värdera bevisens trovärdighet och bevisvärde.

Det föreligger alltid en risk för subjektiva inslag vid en relevansprövning vilket i sin tur kan leda till att den vagt utformade regleringen i RB blir svårförenlig med rättssäkerhetsintressets bakomliggande principer om legalitet, likhet och förutsebarhet. Det är svårt att utan regler tillgodose att

domstolar dömer på samma sätt trots samma material, framförallt i mer tveksamma fall. Domen i ett mål kan därmed komma att påverkas beroende på rättens sammansättning. DomskaLEN ger allmänheten en möjlighet till insikt i rättens bedömningar. För att en domares egen övertygelse ska tillåtas påverka domen bör slutsatserna kunna förklaras utifrån relevanta omständigheter.

Uttryckliga bevisförbud är ovanligt förekommande i svensk rätt, speciellt i jämförelse med regleringen då den legala bevisrätten tillämpades. I och med att även 35 kap. 7 § RB är vagt utformad lämnar den utrymme för tolkning. Paragrafen tycks också tolkas restriktivt. Den fria bevisföringen innebär att förrådiska bevis så som hörsägenbevisning i regel får läggas fram och att dessa är svåra att avvisa med stöd av 35 kap. 7 § RB.

Om domskaLEN i två lika fall med olika utgångar utåt sett är välmotiverade och grundar sig på en objektiv värdering av den presenterade bevisningen torde utgångspunkten formellt sett vara att båda domar är korrekta. Det är rättens uppgift att värdera bevisningen i det enskilda fallet. En sådan situation måste dock anses gå emot ändamålen och principerna bakom 35 kap. 1 § RB. Främst sett till likhetsprincipen men även sett till objektivitet och strävan efter den materiella sanningen.

Den legala bevisrätten utesluter i högre grad än den fria bevisprövningen subjektiva inslag. Samtidigt innebär principen att domstolen får en mer mekanisk roll då deras roll enbart består i att utreda om bevisningen som lagts fram lever upp till de i lagen uppställda kriterierna. Det kan innebära effektivitet i och med att processerna blir snabbare. En legal bevisteori ger dock inte samma utrymme för de individuella skillnader som finns i varje process, det är svårt för att inte säga omöjligt, att behandla alla fall lika och förvänta sig en tillfredställande utgång.

Möjlighet att beakta nästan all bevisning som parterna förmår frambringa är på ett sätt en förutsättning för att rätten ska få bästa möjliga utgångsläge för att utröna sanningen om vad som verkligen skett vid det påstådda gärningstillfället. Det sammanfaller med bevisprövningens målsättning. Mot

bakgrund av 35 kap. 1 § RB måste domstolarna kunna röra sig inom ett visst skönsmässigt område när de värderar bevisen, eftersom det aldrig går att avgöra den materiella sanningen med fullständig säkerhet.

Behandlingen i motiven till genomförandet av konkurrensskadedirektivet i nationell rätt ger en bra bild av den fria bevisprövningens ställning i rättssystemet. Slutsatsen blev att regeringen ansåg att allmänhetens rätt till handlingar förblir oinskränkt är viktigare än ett visst avsteg från gällande processrättsliga principer. Det är en tydlig markering att principen inte gäller oinskränkt.

Jag delar uppfattningen med Civil rights defenders undersökning och Justitiekanslerns rapport att det förefaller finnas olika syn på principen om den fria bevisprövningen och en diskrepans mellan rättskällorna. Det framkommer tydligt i den undersökning av uttalanden i debatt och doktrin som presenterats under avsnitt 3.4. Inte minst i förhållande till Encrochat-bevisningen synliggörs olika åsikter om den fria bevisprövningens ställning och dess innebörd i svensk rätt.

5 Inskränkningar i den fria bevisprövningen

5.1 Inledning

Syftet med följande kapitel är att studera fall från HD och Europadomstolen där frågan om tillåtligheten av bevis aktualiserats. Ett urval av rättsfall presenteras för att läsaren ska få en representativ bild av hur bedömningen av olika tillåtlighetssituationer gjorts i praktiken. Då det är bristfälligt med nyare praxis från HD tas även två fall från hovrätterna upp. Dessa fall är intressanta framförallt för att utgången skiljer sig åt i förhållande till HD:s tidigare praxis. Under uppsatsens gång togs ett av fallen upp i HD, varpå även deras beslut presenteras.

5.2 Praxis från Europadomstolen – bevisprövning & bevisföring

5.2.1 Rätten till en rättvis rättegång – generella utgångspunkter

Artikel 6 EKMR ställer inga uttryckliga krav på själva bevisföringen, utan artikeln ställer krav på att rättegången som helhet varit rättvis. Europadomstolen uttalade i *Lüdi mot Schwei* att tillåtligheten av bevis primärt styrs av reglerna i nationell lagstiftning och att det som allmän regel är upp till de nationella domstolarna att bedöma bevisen. Europadomstolen tar ställning till huruvida förfarandet som helhet varit i överensstämmelse med konventionen.⁷¹ Syftet med konventionen är att etablera en europeisk minimistandard. Frågan om huruvida användningen av otillåtet åtkommen bevisning har utgjort en kränkning av rätten till en rättvis rättegång har kontinuerligt prövats i Europadomstolen, några av fallen presenteras nedan.

Synnerligen grova åsidosättande (flagrant denial of justice) så som allvarliga kränkningar av mänskliga rättigheter eller rättsgrundsatser medför att

⁷¹ Se bl.a. *Lüdi v. Switzerland*, no. 12433/86, § 43.

förfarandet som helhet är ogiltigt. Det finns i sådana fall goda grunder att anta att hela förfarandet måste göras om.⁷² Det konstaterade Europadomstolen i bland annat *Othman (Abu Qatada) mot Storbritannien*. Så är även fallet om rättegången varit summarisk och med ”total disregard for the rights of defence”, frihetsberövande inte prövats av en oberoende och opartisk domare eller när en medveten och systematisk vägran att ge den misstänkte biträde av en försvarare.⁷³

För att straffprocessuella tvångsmedel ska kunna användas krävs tydligt lagstöd för den tilltagna åtgärden och att tillämpningen inte ska vara godtycklig. Det framgår bland annat av *Goranova-Karaeneva mot Bulgarien*.⁷⁴

I artikel 6.3 ställs ett antal minimigarantier upp. De är utgör karakteristiska och särskilt viktiga exempel på villkor som måste uppfyllas för att en rättegång ska anses vara rättvis.⁷⁵ Europadomstolen har även utvecklat icke uttömmande kriterier över aspekter i rättspraxis för en översiktlig bedömning om rättegången som helhet varit rättvis. Dessa kriterier är:

- Olaglighetens natur eller kränkning av konventionens rättigheter.
- Huruvida sökanden varit i en särskilt utsatt situation, till exempel på grund av sin ålder eller mentala förmåga.
- Den rättsliga ramen för förhandlingen och tillåtligheten av bevis under rättegången samt huruvida den har efterlevts.
- Huruvida sökanden haft möjligheten att ifrågasätta bevisens äkthet och motsätta sig användningen av dem.
- Kvalitet av beviset och huruvida omständigheterna under vilka de erhöles skapar tvivel på dess tillförlitlighet och korrekthet, med hänsyn till graden och arten av tvång.

⁷² Se Lundqvist (2017) s. 166 f.

⁷³ Se Lundqvist (2017) s. 558 f.

⁷⁴ Jfr. bl.a. *Goranova-Karaeneva v. Bulgaria* no 12739/05, §§ 45-51.

⁷⁵ Se Danelius (2015) s. 261 f.

- Betydelsen av beviset för resultatet av rättegången och om det fanns andra stödjande bevis i målet.
- Huruvida bedömningen av skuld utfördes av professionella domare eller av lekmän.
- Vikten av allmänintresset i utredningen och bestraffningen i det aktuella målet.
- Andra relevanta skyddsåtgärder som tillhandahålls av nationell lagstiftning och praxis.⁷⁶

Om ett bevis som tillkommit i obehörig ordning åberopas under rättegången uppstår frågan om och hur det påverkar rättegångens legitimitet. En bedömning ska då ske om rättegången kan anses vara rättvis mot den tilltalade. Av vikt för bedömningen är om det funnits annan bevisning mot den tilltalade och om denne givits möjlighet under rättegången att försvara sig mot den olovligt åtkomna bevisningen.

Europadomstolen har uttalat att ett sänkt straff inte är tillräckligt i fall där brottsprovokation förekommit, inte heller i fall där bevisningens trovärdighet skadats genom kränkningen, kan straffreduktion vara ett rimligt alternativ.⁷⁷

I *Khan mot Storbritannien* avgjorde Europadomstolen om hantering av överskottsinformation inneburit en kränkning av artikel 8 eller artikel 6 EKMR. Informationen kom till genom avlyssning vilket per definition är avlyssning enligt artikel 8 och att bedöma som en integritetskränkande åtgärd. I fallet saknades positivt lagstöd i Storbritanniens nationella rätt för att vidta dylik avlyssning och därmed stred förfarandet mot artikel 8. Avlyssningsresultatet utgjorde det enda beviset gentemot Khan men eftersom rättegången i övrigt, och i sin helhet bedömdes vara rättvis förelåg inte en kränkning av artikel 6.⁷⁸

⁷⁶ Se bl.a. *Ibrahim and others v. The United Kingdom* nos 50541/08, 50571/08, 50573/08 och 40351/09, §. 274; *Beuze v. Belgium* no 71409/10, § 150.

⁷⁷ Se *Danelius* (2015) s. 293 f.

⁷⁸ Se *Khan v. The United Kingdom* no 35394/97, §§ 28, 36–40.

5.2.2 Rätten till tystnad och rätten till försvarare

Rätten till en rättvis rättegång innefattar att en misstänkt inte behöver uttala sig eller lämna information som är belastande för honom eller henne. Den som är misstänkt för brott ska inte behöva bidra till utredningen eller bevisningen i målet genom att göra medgivanden eller tillhandahålla belastande material. Det är åklagaren som ska bevisa den tilltalades skuld. Detta har ansetts vara ett centralt inslag i en rättvis rättegång och tjäna syftet att skydda den som anklagats för brott mot otillbörliga påtryckningar från myndigheternas sida. Rätten ska gälla när svaranden blir förhörd av polis men även om polisen använder sig av en informatör som agerar å polisens vägnar och dessutom fått instruktioner av polisen.⁷⁹

I avgörandet *Allan mot Förenade kungariket* använde sig polisen informatör för att prata med en häktad person. Allan hade i förhör vägrat att uttala sig men han lämnade information till informatören som placerats i samma cell. Informationen kunde bidra till en fällande dom mot Allan. Europadomstolen bedömde att samtalet mellan Allan och informatören var att jämföras med ett polisförhör men utan de rättssäkerhetsgarantier som ska iakttas vid ett sådant förhör.

Allan hade valt att vara tyst i polisförhören, därmed hade uppgifterna som Allan lämnat till informatören varit mot hans vilja. Det bedömdes vara tillräckligt att polisen genom vilseledande metoder lyckats locka till sig uttalanden från en person som vid förhör inte velat prata. Uppgifterna i rättegången var ett brott mot rätten till tystnad och till rätten att inte behöva vittna mot sig själv.⁸⁰

I *Kolu mot Turkiet* hade Kolu erkänt brott vid polisförhör utan att försvarare varit närvarande och utan att han underrättats om sin rätt till en försvarare eller om sin rätt att inte uttala sig. Hans erkännande återropades senare mot honom som bevisning. Enligt Europadomstolens mening hade myndigheterna

⁷⁹ Se Danelius (2015) s. 299 f.

⁸⁰ Se Allan v. The United Kingdom no 25424/09.

en skyldighet att tillse att Kolu inte berövades möjligheten att biträdas av en försvarare under förhören. Denna skyldighet hade inte fullgjorts.

Vidare bedömde Europadomstolen även att Kolus försvar under rättegången hade skadats då uttalanden som han gjort under polisförhör utan bistånd av en försvarare och i anslutning till att han hållits i isoleringscell återopats. Vid en samlad bedömning konstaterade Europadomstolen att artikel 6 i konventionen hade kränkts.⁸¹

5.2.3 Brottsprovokation

Frågan om brottsprovokation aktualiserades i fallet *Teixeira De Castro v. Portugal*. Polisen hade agerat som infiltratörer och erbjudit den klagande pengar för att för deras räkning införskaffa heroin. Enligt domstolen hade polisen aktivt bidragit till att brottet begicks. De ansåg vidare att det saknades goda skäl att rikta misstankar om narkotikahandel mot den misstänkta. Polisen bedömdes således närmast ha anstiftat brotten och rätten till rättvis rättegång bedömdes ha blivit kränkt.⁸²

Europadomstolen definierade i *Ramanuskas mot Litauen* i vilka situationer det är fråga om brottsprovokation. Det är när aktören, polis eller liknande, handlar på polisens instruktioner och inte begränsar sig till att utreda brottsligt handlande på ett väsentligt passivt sätt utan påverkar en person att begå ett brott som annars inte skulle ha begåtts i syfte att frambringa bevisning.⁸³

I *Calabro mot Italien och Tyskland* tillhandahöll en polisinfiltratör narkotika, men det var inte han som tagit kontakt och initierat försäljningen till den intresserade köparen utan denne som tagit kontakt med polisinfiltratören för att få köpa narkotika av honom. Förfarandet ansågs därför inte strida mot artikel 6.⁸⁴

⁸¹ Se Danelius (2005) s. 1063.

⁸² Se *Teixeira de Castro v Portugal*, no. 25829/94, §§ 35-36 och 39; jfr Danelius (2015) s. 289 f.

⁸³ Se *Ramanuskas v. Lithuania* no. 74420/01, §§ 55-60.

⁸⁴ Se *Calabro v. Italy and Germany* no. 59895/00.

5.2.4 Tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling

Artikel 3 innehåller inte någon definition av vad som utgör tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning utan innebörden har vuxit fram ur Europadomstolens praxis.

I *Gäfgen mot Tyskland* stod den klagande misstänkt för att ha bortrövat ett barn. Under polisens förhör utsattes Gäfgen för omänsklig behandling. Det framkom uppgifter om att förhållsledaren slagit Gäfgen i bröstet ett flertal gånger och skakat hans huvud som då slagit i väggen. Gäfgen avslöjade var den döda pojken fanns av rädsla för ytterligare våld.⁸⁵

Gäfgen yrkade i första hand i den regionala domstolen att rättegången skulle läggas ner då polisens agerande var i strid mot tysk intern rätt samt mot förbudet mot tortyr i artikel 3. Som alternativt yrkades att de uttalanden han gjort inte skulle tillåtas som bevis. Vidare yrkade Gäfgen att den fysiska bevisningen som tillkommit som en följd av erkännandet skulle förbjudas enligt doktrinen om frukt från den förgiftade trädet⁸⁶.

Under rättegången erkände Gäfgen en gång till men han hävdade senare att han erkände först när det stod klart att den fysiska bevisningen skulle få användas mot honom, för att få en lindrigare dom.⁸⁷ Gäfgen dömdes till livstids fängelse och förde talan vidare till Europadomstolen. I talan till Europadomstolen hävdade Gäfgen att han utsatts för brott mot artikel 3. Han menade även att hans rätt till en rättvis rättegång i enlighet med artikel 6, innefattande en rätt att effektivt försvara sig själv och rätten till tystnad, hade kränkts genom att bevis som erhållits i strid med artikel 3 hade tagits upp vid hans rättegång.⁸⁸

Europadomstolen uttalade tydligt att en rättegång aldrig kan anses rättvis om bevisning som varit ett resultat av ett brott mot denna artikel används. Bevisning som åtkommit till följd av tortyr får aldrig ligga till grund för en

⁸⁵ Se *Gäfgen v. Germany*, ”principal facts”.

⁸⁶ The fruit of the poisonous tree doctrine.

⁸⁷ Se *Gäfgen v. Germany* §§ 24–25.

⁸⁸ Se *Gäfgen v. Germany*, §. 2.

fällande dom. Artikel 6 är ingen absolut rättighet men det är rättigheterna i artikel 3. Den absoluta karaktären i artikel 3 kan därmed innebära ett bevisförbud om kränkningen haft betydelse för domen.⁸⁹ Behandlingen i fängelset ansågs vara ett brott mot artikel 3. Det andra erkännandet ansågs inte ha något kausalt samband med kränkningen av artikeln. Därmed fanns bevisning som kunde läggas till grund för en fällande dom som inte åtkommits genom resultat av ett brott mot artikel 3. Europadomstolen bedömde därmed att det fanns ett avbrott i kausalkedjan för den bevisningen och att inget brott förelåg mot artikel 6.⁹⁰ Skiljaktiga ansåg dock att en rättegång inte borde anses som rättvis när sådana metoder tillämpats.⁹¹

5.3 Svensk praxis

5.3.1 Inledning

Frågan om bevis som åtkommits eller upptagits i strid med författning eller processuell rättighet regleras inte särskilt i svensk rätt. Viss ledning kan hämtas i rättspraxis men den är inte omfattande avseende avvísning av otillåtna bevis. Därmed finns rättsfall som behandlar bevisvärdering med i framställningen nedan, det vanligaste sättet att hantera sådan otillåtet åtkommen bevisning är nämligen genom att bevisningen får ett lågt bevisvärde eller att bevisvärdet sätts ner till noll. I rättsfall från tiden före Europakonventionens inkorporering belyses principens ställning ännu tydligare än i senare praxis, därmed är det intressant att ta upp även något äldre fall för att se på rättsutvecklingen.

5.3.2 Praxis från Högsta domstolen

I NJA 1986 s. 489 tilläts ett blodprov som bevisning i ett mål gällande rattfylleri trots att blodprovet tagits på ett sätt som stred mot reglerna kring hur blodprov får tas, av en obehörig laboratorieassistent. Enligt RB skulle blodprov tas av en läkare eller legitimerad sjuksköterska. HD:s majoritet fann

⁸⁹ Se Gäfgen v Germany, § 178.

⁹⁰ Ibid, § 180–187.

⁹¹ Ibid ”Judgment – separate opinions”.

att analysresultatet fick användas som bevis och gick därefter vidare till att röva bevisvärdet av beviset. Straffet lindrades dock från fängelse en månad till 14 dagar på grund av de särskilda omständigheterna som förelåg i målet.⁹²

Domstolen godtog inte den skriftliga uppteckningen av målsägandeförhör i NJA 1992 s. 532 då det inte ansågs förenligt med artikel 6 Europakonventionen. En fällande dom skulle inte kunna grundas på en skriftlig uppteckning utan att det fanns möjlighet att ställa frågor till uppgiftslämnaren i fall den utgör den avgörande bevisningen mot den tilltalade.⁹³ I NJA 1998 s. 204 godkändes dock vidare en videoinspelning som bevisning trots att den hade oklart ursprung och trots att tvivel förekom kring dess äkthet.⁹⁴

I NJA 2007 s. 1037 fann HD det ostridigt att provokation från polisens sida förekommit gentemot de åtalade. Frågan blev således om, och i så fall hur, provokationen skulle påverka bedömningen av åtalet. De konstaterade att användning av provokativa åtgärder inom polisens verksamhet inte är reglerade i lag.

Frågan om betydelse av polisens provokativa åtgärder har behandlats i ett flertal avgöranden i Europadomstolen i förhållande till artikel 6, rätten till en rättvis rättegång. HD uttalade att det inte ankom på dem att i sammanhanget ta ställning till om åtgärder varit godkända som polisiär metod. Vad de hade att ta ställning till var istället om det var tillåtet att åtala och eventuellt döma de tilltalade för de gärningar som de gjort sig skyldiga till. Om de tilltalades handlande föranleddes av polisens provokativa åtgärder, att medverka till en framprovocerad överlåtelse av en tavla. Slutsatsen blev att inget i målet tydde på att de tilltalade skulle befattat sig med den stulna tavlan om de inte blivit provocerade av polisen. Därmed ansågs deras rätt till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävs som en direkt följd.

⁹² Se NJA 1986 s. 489.

⁹³ Se NJA 1992 s. 532.

⁹⁴ Se NJA 1998 s. 204.

Därefter bedömde HD hur dessa provokativa åtgärder skulle beaktas i målet, om det skulle betraktas som ett processhinder eller en ansvarsfrihetsgrund. De konstaterade att två olika möjligheter fanns, antingen låg det på domstolen att avvisa talan på grund av rättegångshinder, eller att utan vidare prövning lämna åtalet utan bifall på grund av bristande materiell straffbarhetsbetingelse.

För att svara på frågan såg domstolen på skyddsändamålet bakom artikel 6 EKMR samt Europadomstolens praxis. Deras slutsats blev att det väsentliga var att domstolen hade möjlighet att avbryta ett inledande förfarande och det ur konventionsenlighetssynpunkt inte spelade någon roll. Vid en samlad bedömning konstaterade de dock att övervägande skäl talade för att polisprovokation enligt nationell rätt bör betraktas som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse. HD angav även att det inte fanns något lagstöd för denna tillämpning. De påpekade specifikt att det synsättet endast tog sikte på just fall där rätten till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävd till följd av just polisprovokation.⁹⁵

HD bedömde betydelsen av att polisen vidtagit provokativa åtgärder även i NJA 2009 s. 475 I och II där resning beviljades i det första fallet. HD förtydligade att omständigheterna kring själva provokationen och huruvida den tilltalade skulle begått brottet om provokationen inte ägt rum var en viktig utgångspunkt för om rätten till rättvis rättegång skulle anses oåterkalleligen undergrävd.⁹⁶ Fokus lades därmed på själva provokationen vilket kan ses som ett uttryck för oskyldighetspresumtionen. Det finns en skyldighet för åklagaren att meddela både domstolen och den tilltalade om någon provokation förekommit, annars utgör det skäl för resning.⁹⁷

I NJA 2011 s. 638 fann HD att det var ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade berövat en person livet genom trubbigt våld samt kvävning. Därmed rådde det inget tvivel om ansvarsfrågan utan den relevanta frågeställningen var om bevisprovokationen skulle påverka bedömningen av åtalet. HD

⁹⁵ NJA 2007 s. 1037.

⁹⁶ Se NJA 2009 s. 475 I och II.

⁹⁷ Se Lundqvist (2017) s. 200 ff.

konstaterade att brottsprovokation är otillåten enligt svensk rätt medans bevisprovokation får användas under vissa förutsättningar. Brottsprovokation innebär att brottet i sig inte skulle skett utan inblandning från polisens sida medans bevisprovokation innebär att brottet redan är begått och åtgärder istället görs för att få fram bevisning. HD konstaterade att det i fallet rörde sig om bevisprovokation och att gränsen för tillåtet och otillåten sådan inte är reglerad i lag utan får bedömas från fall till fall. Det centrala är för domstolen var att avgöra om anskaffningssättet skulle påverka bedömningen av målet.

HD granskade praxis från Europadomstolen och kom fram till att det enbart är vid fall av kränkningar av artikel 3 i EKMR som det kan komma att strida mot EKMR att tillåta olagligt anskaffad bevisning. De uttryckte att det endast är i sådana fall det finns anledning att överväga om beviset överhuvudtaget får läggas till grund för en fällande brottmålsdom. De ansåg dock ej att artikel 3 var tillämplig i det aktuella fallet.

HD kom dock fram till att den psykiska press den tilltalade utsatts för varit ägnad att förmå den misstänkte att av rädsla lämna uppgifter som kan vara till egen nackdel och därmed bedömdes bevisprovokationen vara otillbörlig enligt artikel 6. Effekten av bedömningen blev inte bevisexkludering utan att den bevisning, i det här fallet erkännandet, som var ett direkt resultat av det olagliga anskaffningssättet tillmättes ett lågt bevisvärde samt att den tilltalade fick en strafflindring. Erkännandet gavs därmed ett lågt bevisvärde men den fysiska bevisningen som blev avgörande gavs ett högt bevisvärde.

HD reflekterade i målet över situationen som skulle kunnat uppstå om artikel 3 hade kränkts i det aktuella fallet. Artikel 3 har ansetts kunna få betydelse för möjligheten att använda inte bara bevis som framkommit omedelbart genom handlingar i strid med artikel 3 utan också annan utredning som kunnat skaffas fram som en direkt följd av sådana handlingar. Om bevisning åtkommit genom otillbörliga åtgärder av mindre allvarligt slag, menade HD dock att detta synsätt inte kan anses påkallat även om rätten till en rättvis

rättegång kränkts. Bevisning som har möjliggjorts genom de otillbörliga åtgärderna måste kunna åberopas och bedömas i vanlig ordning.⁹⁸

Lundqvist menar att HD med detta uttalande stadfäste doktrinen om frukt från det förgiftade trädet tillämplighet vid kränkningar av situationer som faller under artikel 3 i EKMR.⁹⁹

I senare praxis, bland annat i NJA 2015 s. 631, samt i senare lagstiftning om bevisanvändarförbud vid hemliga tvångsmedel, har straff lindring som ett alternativ för att återvinna den kränkta rättigheten uteslutits.¹⁰⁰

5.3.3 Hovrättspraxis

Det finns inte så mycket praxis från HD från de senaste åren. I brist på prejudikat finns därmed ett intresse av att se till hovrättsavgörande för att se hur domstolarna dömt. RH 2017:38 samt Svea hovrätts mål nr. B 4665–20 är av intresse avseende möjlighet att undanta bevisning.

Bakgrunden till målet RH 2017:38 var att det hölls två förhör med den misstänkte, M.K., utan försvarare närvarande. M.K. förnekade brott och ville ha sin advokat närvarande. Under ett av förhören lämnade M.K. en detaljerad berättelse om de narkotikabrott som anklagelserna gällde. Vid tingsrätten tog M.K. tillbaka de vid polisförhören lämnade uppgifterna och förnekade brott. Han uppgav att anledningen till att han tog på sig innehavet var att han mådde dåligt när han satt i arresten. M.K. gjorde gällande att han inte fått en rättvis rättegång i och med att försvararen inte närvarade under förhören.

I hovrättens domskäl lyftes Europakonventionens praxis och domstolen konstaterade att det kan innebära en kränkning av rätten till en rättvis rättegång att använda uppgifter som den misstänkte lämnat under ett polisförhör, vid vilket hans eller hennes rättigheter enligt konventionen inte iakttagits, för en fällande dom. För att någon ska anses ha av sagt sig en rättighet krävs enligt Europadomstolens praxis att avståendet är entydigt. Uppgifterna som M.K. lämnade under förhören ansågs därmed inte kunna

⁹⁸ Se NJA 2011 s. 638.

⁹⁹ Se Lundqvist (2017) s. 577 f.

¹⁰⁰ Lundqvist (2017) s. 567.

ligga till grund för åtalet, inte heller det M.K. uppgav under huvudförhandlingen i tingsrätten till följd av att han konfronterats med innehållet i polisförhören fick läggas till grund för en fällande dom. Den tilltalade ansågs inte tydligt ha av sagt sig rätten till försvarare vid de genomförda polisförhören. Det bedömdes inte föreligga några hinder mot att pröva åtalet men utan dessa uppgifter ansågs inte åtalet vara styrkt och den tilltalade frikändes.¹⁰¹

Svea hovrätts mål nr. B 4665–20 behandlade brottsrubriceringen grovt vapenbrott. Ett av bevisen för att den tilltalade, Y A-J, innehaft vapnet olagligt var en uppspelning från en kroppskamera som polisen bar när Y A-J fördes till arresten efter att ha gripits. Inspelningen hade gjorts utan att Y A-J fått information om att inspelningen ägde rum. Y A-J hade inte heller informerats om sina rättigheter, att inte uttala sig och om sin rätt till försvarare, ett faktum som var ostridigt. Y A-J yrkade att bevisningen skulle avvisas då ett tillåtande av bevisningen skulle strida mot Europakonventionen. Hovrätten avvisade beviset då de bedömde att omständigheterna kring bevisets tillkomst sammantaget utgjorde sådana brister i de rättssäkerhetsgarantier som följer av RB och Europakonventionen att det var uppenbart att beviset skulle bli utan verkan, med hänvisning till 35 kap. 7 § 3 RB. Den övriga bevisningen bedömdes inte tillräcklig för att binda Y A-J till vapnet och hovrätten ogillade därmed åtalet.¹⁰²

Hovrättens dom blev dock överklagad av Riksåklagaren med hänvisning till principen om fri bevisprövning. Riksåklagaren framhöll i sitt överklagande att det är av vikt för rättstillämpningen att HD uttalar sig i frågan om hur en domstol ska förhålla sig till bevisning som i och för sig kan ha tillkommit i strid med RB och EKMR.¹⁰³

HD meddelade prövningstillstånd. Frågan i HD blev därmed om bevisning ska avvisas i fall då bevisningen avser belastande uppgifter som en brottsanklagad person har lämnat till polisen utan tillgång till försvarare och

¹⁰¹ Se RH 2017:38.

¹⁰² Se Svea hovrätt, dom 2020-06-26, i mål B 4665–20.

¹⁰³ Se överklagande av en hovrättsdom, Dnr AMR-4801-20.

utan att ha informerats om rätten till försvarare, rätten att inte yttra sig och rätten att inte belasta sig själv. Deras slutsats blev att hovrätten inte hade möjlighet att slå fast att beviset hade ett så lågt bevisvärde att det uppenbart skulle bli utan verkan och att hovrätten därmed inte skulle ha avvisat den åberopade inspelningen.

Högsta domstolen undanröjde domen och målet återförvisades dit för förnyad prövning.¹⁰⁴

I nästa kapitel presenteras en internationell utblick över tre länder för att ge läsaren en inblick i hur hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning går till i andra rättssystem. I kapitel 7 följer sedan en analys över den praxis som presenterats ovan samt över svensk rätt i förhållande till de tre presenterade rättssystemen.

¹⁰⁴ Högsta domstolens beslut, 2021-04-21 i mål B 4175–20.

6 Internationell utblick – hanteringen av otillåtet åtkommen bevisning

6.1 Inledning

För att se hur andra rättssystem behandlar avvägningen av motstående intressen så som effektivitet och brottsbekämparintresse fokuserar detta kapitel på tre olika rättsordningar, nämligen USA, Kanada och Tyskland. Valet hade kunnat falla på många andra länder men har valts ut på grund av att de representerar system med både likheter och skillnader sett till svensk lagstiftning och systematik. De tre länderna motiverar sin lagstiftning med olika bakomliggande intressen, en avvägning mellan Packers brottsbekämparmodell och rättssäkerhetsmodell. De olika avvägningarna är intressant sett till den kommande diskussionen om huruvida Sveriges system är rättssäkert. Dessa tre länder representerar olika rättskulturer och har olika sätt att hantera otillåtet åtkommen bevisning.

USA är typexemplet på en lagstiftning som rör sig mot legal bevisprövning och utgör därmed en motpol till svensk rätt. Tyskland och Kanada tillämpar i grunden fri bevisprövning men har lagstiftade exkluderingsregler. Det är av intresse att se på en extrem åt ett håll och på system som till viss del liknar vårt men där det ändå finns betydande skillnader. Dessa skillnader bottenar sig inte bara i de procentuella reglerna som sådana utan i både systemets uppbyggnad, deras historia och traditioner.

USA och Kanada tillhör common law familjen, till skillnad från Sverige och Tyskland som ingår i civil law familjen. På så sätt belyses olika aspekter från olika rättsfamiljer. USA och Kanada har dessutom jurysystem. Samtliga tre länder har starkare konstitutioner än Sverige, men de utgör ändå intressanta jämförelser.¹⁰⁵ Sett till dessa länder finns lagstiftning på både nationell nivå och på delstatsnivå respektive federalnivå. Presentationen nedan ser enbart på

¹⁰⁵ Se avsnitt 6.1, 6.2 samt 6.3.

nationell nivå. De intressanta delarna är ländernas eventuella reglering och hantering kring avvisning och värdering av otillåtet åtkommen bevisning.

6.2 USA

I amerikansk rätt återfinns reglering kring bevisning både i form av allmänt formulerade stadganden i den amerikanska konstitutionen, samt i en lång rad avgöranden från USA:s högsta domstol (US Supreme Court). Denna bevismodell påminner om den legala bevisteorin. Det råder förbud mot vissa bevismedel och det finns uppställda regler för hur bevis skall värderas. På detta sätt bli det lätt att kontrollera rättens beslut av att tillåta eller avvisa bevisning. Systemet innebär dock även att det skapats en mängd relativt invecklade och i flera fall svårtolkade bevisregler.¹⁰⁶

I USA finns både ”the exclusionary rule”, eller uteslutningsregeln, och exkludering på grund av doktrinen om frukt från det förgiftade trädet. 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.¹⁰⁷

Doktrinen om frukt från det förgiftade trädet innebär att rättsverkan av ett otillåtet bevis kan sträcka sig till att även omfatta bevis som tillkommit i laga ordning i ett senare led.¹⁰⁸ Ett tydligt exempel för att illustrera skillnaderna i bevishantering mellan Sverige och USA är hur vittnesuppgifter baserat på hörsägen beaktas. I Sverige anses sådana vittnesuppgifter vara giltiga bevis, trots att den inte är direkt relaterad till händelsen eller ens bästa möjliga bevisning som kan fås, medans de i den amerikanska bevisrätten typiskt sett exkluderas. Sådana bevis är dock svårbedömbara och ges normalt sätt lägre bevisvärde även i svensk rätt, enligt Ekelöf på grund av teorin om bästa bevisvärde.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 20f.

¹⁰⁷ Se Iontcheva Turner s. 93 f.

¹⁰⁸ Se Lundqvist (2017) s. 554.

¹⁰⁹ Jfr. Ekelöf, Edelstam & Heuman s. 20 f.

I Bill of Rights stadgas flertalet rättigheter av straffprocessrättslig karaktär. Sett till den bevisrättsliga aspekten är fjärde, femte och sjätte tillägget av särskild betydelse. Genom fjärde tillägget säkras rätten att inte utsättas för orimliga eftersökningar och beslag. Femte tillägget innehåller flera rättigheter, avseende bevisexkludering skyddas rätten att inte behöva vittna mot sig själv eller göra självanklagande uttalanden. Om ett erkännande blivit framtvingat anses rätten till en rättvis rättegång ha blivit kränkt. Sjätte tillägget garanterar en rätt till försvarare. Genom rättsfallet *Miranda v. Arizona* tillkom ytterligare en situation som kan föranleda att bevisning utesluts. *Miranda rights* härleds ur rättsfallet och innebär i korthet polisen måste upplysa den misstänkte om dennes rättigheter innan de inleder ett förhör och läsa upp de stadgade rättigheterna i femte och sjätte tillägget.¹¹⁰

Den amerikanska uteslutningsregeln har sin grund i dessa tillägg. Principen har utvecklats i praxis. Det var genom rättsfallet *Weeks v. US* (1914)¹¹¹ som uteslutningsregeln tillkom. Den stadgar att ingen får berövas sin frihet eller utsättas för andra straffprocessuella tvångsåtgärder med avseende på sin person eller egendom med mindre han är på sannolika skäl misstänkt för brott. Bevisning som åtkommit i strid med konstitutionella rättigheter ska avvisas. Det sker inte per automatik utan en bedömning av exempelvis polismannens eventuella goda tro gällande kränkningen måste göras.¹¹² Genom *Mapp v. Ohio* kom landets högsta domstol år 1961 att applicera uteslutningsregeln på statlig nivå.¹¹³

Det finns några undantag till doktrinen om frukt från det förgiftade trädet och från uteslutningsregeln. Om bevisningen som utgör den förgiftade frukten går att få tag på från en annan oberoende källa tillåts den via den oberoende källan men inte via den ursprungliga olagligheten.¹¹⁴ Det finns även undantag när sambandet mellan kränkningen och bevisningen inte är tillräckligt starkt.¹¹⁵

¹¹⁰ Se Iontcheva Turner s. 101 ff.

¹¹¹ Se *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383.

¹¹² Se *Leon v. United States* (1984).

¹¹³ Se *Mapp v. Ohio* (1961).

¹¹⁴ Se *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

¹¹⁵ Se *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

De bakomliggande skyddsintressena är främst att motverka otillåtna polismetoder och att skydda en tilltalad medborgares konstitutionella rättigheter.¹¹⁶

6.3 Kanada

Den tidigare regleringen i The Canadian Bill of Rights¹¹⁷ från 1960, som gällde på federal nivå, nämnde inget om olagligt åtkommen bevisning eller hur sådan i uppkomna fall skulle hanteras. De kanadensiska domstolarna följde istället den engelska common law regeln som innebar att olagligt åtkommen bevisning var tillåten så länge den var relevant.¹¹⁸

I rättsfallet *Hogan v. The Queen* (1975) fastslog högsta domstolen (The Supreme Court of Canada) att bevisning i form av analysen av ett utandningsprov, åtkommen genom ett brott mot the Bill of Rights inte medförde att beviset skulle exkluderas utan att bevisningen godkändes.¹¹⁹ The Canadian Charter of Rights and Freedoms¹²⁰ som antogs år 1982 innehåller däremot en uteslutningsregel. The Canadian Charter of Rights and Freedoms gäller både på statlig och federal nivå, den utgör även en del av Kanadas grundlag då den är upptagen i Kanadas konstitution.¹²¹

Den kanadensiska uteslutningsregeln återfinns i s. 24(2) i Canadian Charter of Rights and Freedoms. Syftet med uteslutningsregeln är att rättsväsendets goda rykte ska bibehållas, inte likt i USA att motverka otillåtna polismetoder, vilket uttalats i bland annat *R. v. Collins* (1987). Huvudregeln är dock fortsatt den generella regeln att relevant bevisning ska tillåtas så länge det inte är fastställt att tillåtandet skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet.

De tre faktorer som används för att bedöma om det är fastställt att kränkningen skulle skapa allvarlig misstro för rättsväsendet är om rättegången varit rättvis, hur allvarlig överträdelsen var och effekten som

¹¹⁶ Se Iontcheva Turner s. 103 f.

¹¹⁷ Se Canadian bill of rights, SC 1960, c 44.

¹¹⁸ Se Department of Justice Canada - The Canadian Constitution.

¹¹⁹ Se *R. v. Hogan* (1975) 2 SCR 574).

¹²⁰ Se Canadian charter of rights and freedoms, part 1 of the constitution act, 1982.

¹²¹ Se Department of Justice Canada - The Canadian Charter of Rights and Freedoms.

uteslutandet skulle ge upphov till. Bedömningen ska ske ur en utomstående förnuftig uppfattar situationen.¹²²

Sambandet mellan kränkningen och bevisningen måste vara tillräckligt nära för att leda till att bevisningen ska uteslutas. I rättsfallet *R. v. Grant* (2009) utvecklades ett test, kallat Grant-testet, som används i fall där sambandet bedöms vara tillräckligt nära. Faktorerna i bedömningen är hur allvarligt statens rättighetskränkande agerande varit, konsekvensen av kränkningen av rättigheten för den tilltalade och samhällets intresse av att fallet avgörs.¹²³ En sammanvägd bedömning av de tre faktorerna ska göras.¹²⁴

6.4 Tyskland

På det straffprocessuella området har Bundesländerna ingen kompetens utan landet styrs utav federala lagar. Den tyska konstitutionen Grundgesetz har en såväl vägledande som korrigerande funktion på det straffrättsliga förfarandet. Straffrättsliga förfaranden måste både i teori och praktik överensstämja med konstitutionen och dess rättighetssystem.¹²⁵

Tyskland har en fri bevisrätt, inkluderat en fri bevisprövning vilket ses som en logisk konsekvens av strävan att nå materiella bevis. Det bakomliggande syftet med straffprocessen betonas vara att utreda den faktiska sanningen, men detta ska inte kunna göras med vilka metoder som helst. Den tyska legalitetsprincipen markerar att staten ska ha självbehärskning när det gäller ingripande i de medborgerliga fri- och rättigheterna. Därmed finns bevis som uttryckligen är otillåtna, både genom lag och genom härledning från konstitutionen.¹²⁶ Rättsstatsprincipen förbjuder polisbrutalitet och bedrägliga metoder både vid bevisanskaffande och förhör. Rättsstatsprincipen innefattar

¹²² Se *R. v. Collins* (1987) 1 SCR 265), Department of Justice Canada - Section 24(2) Exklusion of evidence.

¹²³ Se *R. v. Grant*, [2009] 2 SCR 353, Department of Justice Canada - Section 24(1) Remedies.

¹²⁴ Se *R. v. Harrison*, [2009] 2 SCR 494.

¹²⁵ Se *Van den Wyngaert* s. 137 f.

¹²⁶ Se Grundgesetz art. 20. BGHStE 24 s. 125 (1971), Bradley s. 1034.

även en proportionalitetsprincip som har stor betydelse i tysk konstitutionell rätt och stor praktisk betydelse i författningsdomstolens rättspraxis.¹²⁷

I den tyska strafflagen framgår att domaren ansvarar för att besluta vilka bevis som kommer att presenteras vid domstolen. Åtalet och försvaret kan föreslå ytterligare bevis, men domstolen beslutar om det föreslagna bevisets relevans och tillåtlighet.¹²⁸

Det finns även förbud i form av uttryckliga exkluderingsregler mot vissa förhörsmetoder så som tortyr, utmattning, hot eller vilseledande. Under 2000-talet har ytterligare exkluderingsregler tillkommit för att skydda grundläggande integritetsrättigheter i samband med övervakning av samtal och telekommunikation samt konfidentiellt förhållande mellan en misstänkt och hans eller hennes advokat.¹²⁹

Domstolarna prövar tillåtligheten av bevis i förhållande till konstitutionen i en tvåstegsanalys. I första steget prövas om en överträdelse av rättsstatsprincipen förekommit. I fall där en överträdelse skett ska beviset exkluderas för att behålla renheten i den juridisk processen. Om ingen överträdelse skett i steg ett ska rätten beakta proportionalitetsprincipen. Enligt proportionalitetsprincipen måste metoderna som används i brottsutredande syfte stå i proportion till allvarligheten i brottet och graden av misstanke, liksom till vilka konstitutionella intressen som äventyras. Om rätten bedömer att den tilltalades individuella rättigheter väger tyngre än samhällets intresse ska beviset exkluderas.¹³⁰

Den federala konstitutionella domstolen har framhållit betydelsen av att hitta sanningen och att uteslutning av relevanta bevis därför måste förbli ett undantag.¹³¹

¹²⁷ Se Bull & Wilske, s. 128.

¹²⁸ Se Weigend s. 63 f.

¹²⁹ Se Weigend s. 73.

¹³⁰ Se Bradley s. 1042.

¹³¹ Se BVerfG, Decision of 9 November 2010 – 2 BvR 2101/09.

7 Svensk rätt i förhållande till Europadomstolens praxis/internationell utblick

7.1 Inledning

Kapitlet består av en analys av de tidigare två avsnitten. Analysen fokuserar på den praxis som presenterats samt på de likheter och skillnader som finns i de olika rättsordningarna.

Genom prejudicerande avgöranden från HD har bevisföringen modifierats och härigenom har HD varit med i skapandet av den fria bevisföringens gränser. Europadomstolen har slagit fast vissa minimikrav som ska gälla när nationella domstolar ska bedöma om någon rättighet enligt konventionen kränkts. En borte gräns för den fria bevisprövningen har därmed utvecklats genom EKMR och Europadomstolens praxis. Svensk rättspraxis är inte särskilt omfattande avseende avvisning av otillåtna bevis. Avvikelse godtas från principen om fri bevisprövning endast i undantagsfall, då med hänvisning till EKMR.

Det är sättet som bevisningen åtkommit på och den efterföljande bevisanvändningen står i centrum för prövningen i Europadomstolen av om ett bevisanvändarförbud träder i kraft. Bevisåtkomsten och bevisanvändningen har betydelse för bedömningen om den tilltalade fått en rättvis rättegång eller om konventionen kränkts genom användandet.

7.2 Komparativ utblick

Den komparativa utblicken har en funktion att fylla, nämligen att illustrera olika tankesätt gällande vad den bakomliggande funktionen med en rättsprocess är samt vilka olika sätt det finns att reglera ett bevisförbud. Det tyska bevisförbudet är likt det i USA i den bemärkelsen att det delvis baseras direkt på konstitutionen, men där finns även möjligheten att förbjuda bevisning baserat på vanlig lag. I USA avvisas sådana bevis, i Tyskland görs i grundlagsfallen en prövning av kränkningen i förhållande till brottets allvar.

Det blir därmed i tysk rätt en mer nyanserad proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet. De bevisförbud som baseras på tysk processlag föregås inte av någon intresseavvägning, men de liknar de förfarande av allvarlig karaktär som strider mot artikel 3. Den tyska regeln är dock något mer långtgående. Även i Kanada görs en form av proportionalitetsbedömning, både i förhållande till om agerandet kunnat skapa allvarlig misstro för rättsväsendet och sedan genom Grant-testet.

I Kanada finns uteslutningsregeln nedtecknad i lag och till den finns en rik praxis, medan uteslutningsregeln i USA tillkommit genom praxis och därmed ständigt utvecklas. Länderna har även olika syften bakom regleringen, i Kanadas fall att upprätthålla allmänhetens förtroende för rättsväsendet och i USA att skydda konstitutionella rättigheter och verka preventivt mot olagliga polismetoder.

Om ett fall som NJA 2011 s. 638 hade utspelat sig i USA hade det varit ett typexempel på när doktrinen om frukt från det förgiftade trädet skulle varit tillämplig. Det fanns ett erkännande och fysisk bevisning i form av en kropp. Erkännandet hade inte som i Sverige getts ett lågt bevisvärde utan ansetts förgiftat på grund av provokationen då det kränkt rättigheter som garanteras av den amerikanska konstitutionen. Även bevisning som tillkommit i ett senare led, i ovan nämnda fall kroppen, hade räknats som frukt från det förgiftade trädet. Kroppen hittades som en direkt följd av erkännandet, vilket väcker frågor om relationen mellan olika bevis. Enligt den fria bevisprövningen ska dock varje bevis bedömas enskilt för att sedan vägas samman i den slutliga bedömningen. Erkännandet ansågs ha lågt bevisvärde på grund av provokationen men det skulle enligt HD inte ha någon påverkan på bevisvärdet av den fysiska bevisningen som framkom som ett resultat av erkännandet.

I NJA 2011 s. 638 gav HD erkännandet ett lågt bevisvärde på grund av anskaffningssättet, men den fysiska bevisningen, som blev avgörande för den fällande domen, gavs ett högt bevisvärde. Därmed ansågs bevisning som tillkommit i ett senare led från den otillåtna bevisningen utgöra godkänt underlag för en fällande dom, då i förhållande till artikel 6. I jämförelse med

amerikansk rätt hade dock doktrinen om frukten från det förgiftade trädet inte kunnat aktualiseras om inte det första beviset i kedjan exkluderats. Där hade erkännandet och följdbevisning antagligen avvisats, vilket enligt min uppfattning lett till ett otillfredsställande resultat. Enligt gällande rättsläge i Sverige förefaller doktrinen enbart gälla fall där överträdelse mot artikel 3 förekommit.

7.3 Bakomliggande skyddsintressen

Anledningen till varför ett land tillämpar sådana regler eller ej tycks falla tillbaka på syftet med straffprocessen, om denna är att på ett effektivt sätt bekämpa brott och straffa lagöverträdelser eller om fokus ligger på att garantera ett rättssäkert förfarande. Det är de intressen som är grunden bakom Packers modeller; brottsbekämparmodellen och rättssäkerhetsmodellen. Med den utgångspunkten torde en fri bevisprövning underlätta effektiviteten i brottsbekämpningen samtidigt som det finns en risk för att förutsägbarheten och därmed i förlängningen rättssäkerheten blir lidande. På motsvarande sätt skulle den legala bevisrätten ställa rättssäkerheten först på bekostnad av en effektiv brottsbekämpning. Det är dock inte givet vilken av teorierna som tillgodoser respektive intresse på bästa sätt.

Vidare finns det anledning att stanna upp och fundera över vad som ska innefattas i begreppet effektivitet. Är det enbart hur snabbt en process avverkas eller innefattar det hur effektivt systemet är på att lagföra skyldiga?

En bredare definition av begreppet effektivitet gör att det inte är givet att ett system med legal bevisteori blir mer effektivt då avgörande bevis kan anses vara förbjudna. De två teorierna är således inte nödvändigtvis två motpoler som representerar varsitt intresse.

De bakomliggande intressen som identifierats i denna uppsats handlar rättssäkerhetsintresset för den enskilda individen tillvarata sina rättigheter och ha en rättvis rättegång vägt mot det allmännas intresse för att utreda och lagföra brott på ett effektivt sätt. I begreppet rättssäkerhet kan även ett mer offerinriktat synsätt vägas in, att ingen ska behöva utsättas för brott. Även allmänhetens förtroende för rättsprocessen och att förhindra polisövergrepp

pekas ut som skyddsvärda intressen. Enligt Europadomstolen finns det vissa fall där denna intresseavvägning aldrig får strida mot den enskilda individens rättigheter. Genom bland annat Gäfgen framgår att artikel 3 i konventionen är en absolut rättighet och bevisning som framkommit i strid mot denna får inte användas som grund för en fällande dom. Det allmänna intresset för att utreda brott effektivt kan aldrig anses vara viktigare än de rättigheter som anges i artikeln.

Det svenska rättssystemet utgör en ytterlighet enligt Packers modell, mot brottsbekämparintresset, i alla fall i teorin. Ett system som det amerikanska där konstitutionen har en starkare roll och det finns en tydligt utformad exkluderingsregel utgör istället en yttersta gräns mot rättssäkerhetsintresset. Doktrinen om det förgiftade trädet, där även bevisning i nästkommande led blir otillåten, utgör en av rättssäkerhetens mest långtgående säkerhetsmekanismer för att förhindra regelvidrigt agerande från staten. Tydliga exkluderingsregler är alltså mer förenliga med rättssäkerhetsmodellen. Kanadas och Tysklands rättssystem ligger mer mitt på skalan i avvägningen mellan dessa intressen.

7.4 Regleringen i svensk rätt i ljuset av Europadomstolens praxis

I och med att HD i NJA 2007 s. 1037 yttrade att synsättet endast tog sikte på fall till följd av just brottsprovokation begränsade prejudikatets räckvidd. HD gjorde bedömningen att brottsprovokation utgör ett absolut förbud mot att väcka åtal och om det väckts ska det avvisas. I avgöranden från Europadomstolen har bedömningen huruvida rätten till en rättvis rättegång blivit kränkt i dessa fall gjorts beroende på om infiltratören enbart agerat som infiltratör eller om denne förutom detta provocerat fram ett brott som den tilltalade annars inte skulle ha begått. Vidare tycks det finnas en tillåtlighet för de polisiära provokationerna om en kränkning uppstår först då staten ingriper straffprocessuellt mot de begångna gärningarna som provocerats fram.

Straffreduktion har blivit aktuellt i fall då en rättighet kränkts på ett mindre allvarligt sätt, eller där den bevisning som åtkommit genom en kränkning är relevant för fallet. Straffreduktion medgavs i fallen NJA 1986 s. 489 och NJA 2011 s. 638 då kränkningen inte ansågs vara utav det allvarligare slaget. I senare lagstiftningsarbete har det dock poängterats att det inte är en rimlig lösning. Jag anser inte att straffreduktion är en bra lösning för den enskilde då rättigheten inte återvinns.

Den fria bevisvärderingen tyder på en tillit till domarens förmåga att sälla bland bevisning. Det finns i praktiken möjlighet att tillskriva ett illegalt åtkommet bevis ett högt bevisvärde. Det beror ytterst på om några enskilda fri- och rättigheter blivit kränkta i processen eller inte.

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 juridisk utbildning, vilket medför att ett system med uteslutande av olagligt åtkommen bevisning framstår som mer rimligt. Det är möjligt att juryn riskerar att bli påverkad av den otillförlitliga eller svårbedömda bevisningen på ett sätt som en yrkesdomare kanske inte skulle blivit.

Rätten till rättvis rättegång innehåller i vissa fall ett bevisanvändarförbud med direkt betydelse för förfarandet i brottmål och för de personer som berörs. Gällande artikel 3 görs ingen vidare bedömning om förfarandet anses utgöra tortyr, då en kränkning alltid anses vara allvarlig. Sett till Europadomstolens praxis i förhållande till artikel 6 görs en bedömning mellan mer och mindre allvarliga fall. I samtliga fall rör det en konflikt mellan två intressen. I de mindre allvarliga fallen vägs dessa mot varandra om viss bevisning ska få läggas till grund för en dom eller ej, en form av proportionalitetsbedömning. Enligt min åsikt är det rimligt med en avvägning, marginella kränkningar bör inte automatiskt medföra ett bevisanvändarförbud. Det är dock ett sluttande plan för vilka marginella kränkningar som kan godtas.

HD:s resonemang i NJA 2011 s. 638 visar att det finns ett absolut förbud mot bevisning som inhämtats i strid med artikel 3, bevisningen ska alltid gallras bort och avvisas. Efter att HD konstaterat att artikel 3 inte är tillämplig ser de

på artikel 6. HD kommer till slutsatsen att det centrala blir att bedöma huruvida den tilltalade fått en rättvis rättegången som helhet. Frågan är alltså om det skett en kränkning av artikel 6 i EKMR om rätten till en rättvis rättegång genom bevisprovokationen.

Avgörandet i NJA 2007 s. 1037 visar att HD gör en liknande bedömning gällande brottsprovokation som gjorts i fall som rör överträdelser av artikel 3. Båda överträdelserna anses vara absoluta förbud. Därmed görs ingen avvägning mot värden som konkurrerar, dessa motstående intressen beaktas överhuvudtaget inte. Båda fallen rör synnerliga allvarliga kränkningar. Då torde inte endast bevisförfarandet vara ogiltigt utan hela brottmålsförfarandet. I fallet med bevisprovokation bedömdes materiella förutsättningar saknas, även om alla ansvarsförutsättningar är uppfyllda är det inte tillräckligt för att en brottspåföljd skall kunna ådömas.

Tolkning lämnar utrymme för att lämna åtalet utan bifall även i de fall man godtar bevisningen om bristen ligger i straffbarheten och inte i ansvaret. HD anger att där inte finns något lagstöd för tillämpningen men det finns heller inget hinder att tillgodose kraven som EKMR ställer. HD:s slutsats kan tolkas som en ovilja att göra inskränkningar i den fria bevisprövningen. De bedömer det som bristande materiell straffbarhetsbetingelse för att inte göra någon inskränkning i den fria bevisprövningen. HD:s bedömning i NJA 2011 s. 638 är i en annan riktning, i linje med Europadomstolens praxis.

Det finns teorier i svensk rätt gällande värdering av bevis, till exempel av hörsägenuppgifter. Det grundar sig i principen om det bästa bevismaterialet, genom att minska betydelsen av förrådiska bevis som utgör ett senare led i beviskedjan. Doktrinen om frukt från det förgiftade trädet är dock mer absolut och oförlåtande då bevisen är förgiftade, även i senare led, och därmed utgör otillåten bevisning. HD öppnar upp en möjlighet till att frångå den fria bevisprövningens princip till förmån för exkludering av förgiftade bevis. Hur HD skulle döma i ett sådant fall går bara att spekulera om. En utsträckning av bevisanvändarförbudet till senare led av bevisåtkomst är principiellt antagen av Europadomstolen, i förhållande till just artikel 3 EKMR.

Kraven från Europadomstolens praxis har genomförts i svensk rätt genom att den bevisning som kommit i konflikt med rättigheterna enligt konventionen tillmäts liten eller inget bevisvärde. Därmed kan den otillåtet åtkomna bevisningen inte ensamt läggas till grund för en fällande dom. I de fall som en fällande dom kan meddelas är detta genom en prövning av övrig bevisning.

Hovrätten avvisade i Svea hovrätts mål nr. B 4665–20 bevisningen med beaktande av 35 kap. 7 § 3 RB eftersom beviset uppenbart skulle bli utan verkan. För ett sådant beslut torde det krävas att det står klart att beviset helt kan fränkännas värde, i enlighet med tidigare praxis och uttalanden. Enligt Europadomstolens uttalanden i bland annat målet Allan mot Storbritannien borde hovrätten istället ha tillåtit uppspelningen av filmen för att därefter göra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i målet. Även i RH 2017:38 får resonemanget förstås som att hovrätten avvisade den åberopade bevisningen efter att ha konstaterat att den tillkommit i strid med Europakonventionen.

I dessa avgörande avvisades alltså bevisningen till skillnad från i NJA 2011 s. 638, något som tyder på att praxis är inkonsekvent gällande tillåtligheten av bevisning som tillkommit i strid med EKMR. Det anser jag är besvärligt ur ett rättssäkerhetsperspektiv. En viktig del av rättssäkerhet är att lika fall ska behandlas lika, vilket inte är fallet i domarna från hovrätterna. Svea hovrätts mål nr. B 4665–20 togs under uppsatsens gång upp av HD och resultatet blev, med hänvisning till den fria bevisprövningen och Europadomstolens praxis, att bevisningen inte borde avvisats. HD har därmed än en gång betonat den fria bevisprövningens starka ställning i svensk rätt samt att avvisningsregeln i 35 kap. 7 § RB endast ska användas i uppenbara fall.

Enligt konventionstexten är bevishantering en nationell angelägenhet. Genom Europadomstolens praxis har det dock tillkommit allt högre krav på de nationella domstolarna att tillgodose en rättvis rättegång. Utvecklingen går därmed i riktning mot ett mer rättssäkert förfarande och därmed mot rättssäkerhetsmodellen.

8 De lege ferenda

8.1 Finns det ett behov av att införa bevisförbud eller tydligare reglering ur ett rättssäkerhetsperspektiv?

Till skillnad från ett system med exkluderingsregler skulle den fria bevisvärderingen kunna anses mindre effektiv. Att dra slutsatsen att fri bevisprövning ställer mindre högra krav på rättssäkerheten än system med exkluderingsregler vore att förenkla saker, inte minst när den fria bevisprövningen i Sverige till viss del är inskränkt. Kanske är det så att inslag av den legala bevisteorin behövs inom den fria bevisprövningen för att tillgodose rättssäkerhet. I viss mån har skiftet från en legal bevisteori till en fri bevisprövning resulterat att några rättssäkerhetsproblem byts ut mot några andra.

Frågan i svensk rätt är idag inte i första hand om det finns några inskränkningar i den fria bevisföringen, då dessa redan finns, utan var gränsen ska gå. Det finns vissa brister i förutsägbarhet i och med att gränsen inte är tydlig. En förutsättning för ett korrekt avgörande är att lagen så entydigt som möjligt fastställer under vilka omständigheter den berättigade har rättigheten i fråga. Därmed begränsas godtycke. Att lämna utrymme för skönsbedömning kan dock vara önskvärt från rättvisesynpunkt då omständigheter i det specifika fallet kan tas under beaktande.

Det finns inget sätt att säkra helt materiellt riktiga domar. I förarbetena till RB verkar det enkelt; den fria bevisprövningen i kombination med principer skulle uppnå säkra materiellt riktiga domar. Osäkerheten om vad som faktiskt har hänt i ett brottmål där bedömningsunderlaget ger utrymme för lite tvivel kommer alltid att finnas kvar, oavsett metod.

I arbetet med tillkomsten av RB uttrycktes det viktigaste målet vara att komma till materiellt säkra eller riktiga avgörandet vilket likställdes med sanningen. Sanningen är dock ett svårt begrepp att sträva efter då det är svårt att garantera. Det rör sig snarare om en juridiskt konstruerad sanning eller

rättvisa där målet är att göra en gedigen utredning av sakförhållanden så verklighetsanknutet som möjligt. Att åstadkomma ett resultat med hög kvalitet som är materiellt riktigt. Den fria bevisprövningen öppnar upp för en bredare prövning och kan hävdas tillgodose denna strävan på ett bättre sätt än den legala bevisteorin. Svaret är inte så enkelt som en fri bevisprövning eller en legal bevisteori, det behöver inte vara svart eller vitt.

Som presenterats är praxis angående avvisning av bevis inte särskilt rik, därmed kan frågan om det finns ett behov av tydligare eller striktare reglering väckas då problematiken inte tycks vara särskilt ofta förekommande, en uppfattning som Thomas Ahlstrand presenterade i SvJt. Trots att det finns en begränsad mängd mål väcks diskussionen gång på gång, vilket framgår av sammanställningen från debatt och doktrin. Att problematik och oenighet föreligger är därmed uppenbart, något som innebär en potentiell brist i rättssystemet.

EKMR ställer genom artikel 6 upp grundläggande krav på de nationella domstolsprocesserna. Krav som ibland kan stå emot varandra. Enligt EKMR artikel 6 ska rättegången vara rättvis och samtidigt ske inom skälig tid. Avgörandet för vart gränsen ska gå måste landa i en proportionell avvägning mellan målets vikt och processmaterialets omfattning för att på så sätt respektera EKMR:s princip om proportionalitet. Europadomstolens domar är i princip enbart en bedömning av det enskilda fallet och formellt endast bindande för det land som är part. Därför kan det vara svårt att dra några generella slutsatser av Europadomstolens praxis, den utgör snarare vägledning. Europadomstolens praxis ställer inte krav på bevisförbud vid alla typer av kränkningar mot artikel 6. Det innebär därmed ingen större begränsning för bevisrätten.

Syftet med artikel 6 är ytterst att värna om den tilltalades rättssäkerhet i processen. Genom rättigheterna som ges jämnas maktbalansen mellan parterna ut i viss mån. I förhållande till bevisning som åtkommit i strid mot artikel 3 är Europadomstolen tydliga med att en rättegång aldrig kan vara rättvis. De lämnar dock i Gäfgen ett förvånansvärt stort utrymme till förmån för brottsbekämpning genom att avgränsa förbudet till att bevisningen måste

varit avgörande för en fällande dom. I Gäfgen ansågs det första erkännandet vara utbytt av det nya, frivilliga erkännandet. På då sätt hade det kausala sambandet mellan kränkningen av artikel 3 och det efterföljande utpekandet av kroppen brutits. Därmed bedömde Europadomstolen inte att någon kränkning av artikel 6 skett. Likt de skiljaktiga anser jag att det är anmärkningsvärt att en rättegång kan anses rättvis när sådana metoder tillämpats. Det blir svårt att hävda att processen bedömts i sin helhet.

Sverige har till skillnad från de länder som presenterats ett förhållandevis svagt skydd, såväl konstitutionellt som i processlagstiftningen. Det skydd som domstolarna faller tillbaka på är rättigheterna i EKMR som utvecklats genom Europadomstolens praxis. HD:s och regeringsrättens ledamöter poängterade år 2010 vid ändringen av ordalydelsen av 2 kap. 11 § RF betydelsen av att den nya bestämmelsen skulle vara självständig från EKMR för att inte präglas av praxis från Europadomstolen. Sett till den praxis som presenterats är det dock just EKMR och avgöranden från Europadomstolen som presenteras, istället för hänvisning till RF. Det framstår som logiskt att frågor om fri- och rättigheter i första hand prövas med stöd av bestämmelserna i vår egen grundlag. Sverige bör ha en högre ambition när det gäller de grundläggande fri- och rättigheterna än det minimiskydd som Europakonventionen utgör.

Bevisrätten spelar en stor roll för hur otillåtet åtkommen bevisning hanteras i den svenska straffprocessen. Det förefaller vara en huvudregel att sådan bevisning ska tillåtas vid en rättegång. Även i fall där en rättighet kränkts får den tilltalade inte alltid en återvinning av den rättighet som blivit kränkt, eftersom bevisningen ändå tillåts i domstol. Den tilltalade har i rättsfall från HD kompenseras genom att bevisningen tillskrivs ett lägre bevisvärde, och i vissa något äldre fall genom en straff lindring.

Min slutsats är att vissa inskränkningar krävs i principen för att garantera en godtagbar nivå av rättssäkerhet. Genom att studera direktivet bakom konkurrensskadelagen framkommer en möjlighet att genomföra inskränkningar i lagtext utan att ändra på bestämmelsen i RB. Det går att uppfylla kraven i teorin med gällande reglering då domaren inte är helt fri i

sin prövning av bevisning. I praxis har HD dock vid upprepade tillfällen visat upp en restriktivitet mot att göra avsteg från den fria bevisprövningen, vilket kan vara problematiskt ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

8.2 Ett rättssäkert system

Det finns ett stort antal rättigheter för den enskilde i förhållande till staten. Att staten ska se till att de rättigheterna tillförsäkras var och en är en del av det gällande rättssäkerhetsbegreppet. Ett effektivt rättsskydd också är en förutsättning för att man skulle kunna tala om rättssäkerhet. Då en enskild individ står risken att drabbas av en ingripande påföljd såsom böter eller fängelse i en brottmålsprocess, är frågor om rättssäkerhet särskilt relevanta. Det finns ett långsiktigt värde av ett system där statens makt begränsas genom att inte kunna utnyttja bevis som tillkommit som resultat av ett otillbörligt beteende gentemot en misstänkt brottsling. Det är därmed rimligt att principen om fri bevisprövning inte gäller oinskränkt utan får stå tillbaka för andra grundläggande värden, så som mänskliga fri- och rättigheter.

Att liksom USA ha ett bevisförbud mot all bevisning som åtkommit genom åtgärder som kränkt konstitutionellt skyddade rättigheter är tillfredställande ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Förutsägbarheten är tydlig i en sådan rättsordning. Sett ur ett brottsbekämparperspektiv är det däremot en otillfredsställande lösning. I jämförelse med tysk, kanadensisk och amerikansk rätt ligger den svenska regleringen närmare en brottsbekämparfunktion än de andra länderna. En skillnad mellan Sverige och de nordamerikanska länderna är att det framförallt är rätten till en rättvis rättegång som står i fokus i Sverige.

Enligt min åsikt är det rimligt med en avvägning, marginella kränkningar bör med automatisk medföra ett bevisanvändarförbud. Prövningen huruvida ett otillåtet åtkommet bevis får användas kan bero på den grad av kränkning av en rättighet som den tilltalade blivit utsatt för, genom en proportionalitetsbedömning. Vid allvarliga kränkningar av grundläggande rättigheter bör ett bevisanvändarförbud inträda. En straff lindring är inte tillräckligt för att återvinna den kränkta rättigheten då det står i klar konflikt

till reglerna om rättvis rättegång. Sådan hantering har även blivit kritiserad i senare lagstiftning och i senare rättsfall.

Det är möjligt att rättsläget skulle klarna och bli mer förutsebart både med en reglering lik den kanadensiska och den tyska modellen. Just förutsebarhet är en av de viktigaste delarna för ett rättssäkert system. Den tyska konstitutionen är starkare och otillåtet åtkommen bevisning hanteras på ett betydligt mer nyanserat sätt än i Sverige. Sett till möjligheter att ändra på bestämmelserna skulle den tyska varianten kunna vara ett alternativ. Där är bevisrätten fri så länge ingen konstitutionellt skyddad rättighet kränks. Det förefaller vara en rimlig avvägning för ett starkare förankrat skydd där både brottsbekämpande- och rättssäkerhetsaspekter vägs in. Ett bevisförbud hade då inte blivit absolut likt den amerikanska exkluderingsregeln utan relativt, vilket ligger närmare den svenska rättstraditionen. Det framstår inte som en lika främmande reglering som den amerikanska. Svensk rätt skiljer sig givetvis mot tysk, både konstitutionellt och sett till rättstradition, men en reglering med motsvarande effekt hade enligt mig varit rimligt att införa.

Sett till den kanadensiska lösningen skulle Sverige kunna införa en liknande regel i RF, där huvudregeln skulle vara att olagligt åtkommen bevisning ska tillåtas, för att inte strida mot principen om fri bevisprövning. Bevisprövningen skulle således vara fri så länge ett tillåtande av bevisningen inte oåterkalleligen undergräver den tilltalades rätt till en rättvis rättegång.

De bakomliggande syftena med en fri bevisprövning, att tillgodose ett materiellt riktigt resultat, borde kunna förverkligas genom båda lösningarna. På så sätt hade den enskildes rättigheter säkrats på ett tydligare definierat, och därmed mer förutsebart, sätt när statens agerande bryter mot grundläggande rättigheter på ett icke proportionerligt sätt. Genom att välfärdsstaten har positiva skyldigheter tryggas den enskildes säkerhet från eventuella otillåtna åtgärder från statens sida. Det behöver inte betyda att den fria bevisprövningen är tillintetgjord eller hotad.

I och med Enrochat-bevisningen lär debatten kring den fria bevisföringen i svensk rätt fortsätta. Debatten rör både artikel 6 och artikel 8 i EKMR. Frågan är aktuell och ställer den svenska principen om fri bevisföring på sin spets.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU

SOU 1926:32 Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning, andra delen: rättegången i brottmål.

SOU 1938:44 Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk – Del II – Motiv m.m.

SOU 2001:103 En modernare rättegång.

Propositioner

Prop. 1931:80 Angående huvudgrunderna för en rättegångsreform.

Prop. 2004/05:131 En modernare rättegång – ”reformerings av processen”.

Prop. 2009/10:80 En reformerad grundlag.

Prop. 2016/17:9 Konkurrensskadelag.

Utskottsbetänkande

Bet. 2004/05:JUJ29 En modernare rättegång.

Övrigt riksdagstryck

Mot. 1993/94:Ju706, Sten Söderberg, *Legal bevisprövning*.

Litteratur

Axberger, Hans-Gunnar m.fl. *Felaktigt dömda – rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt*, Justitiekanslern. Stockholm 2006.

Bradley, Craig (1983) *The exclusionary rule in Germany*. Articles by Maurer Faculty. 956.

Bull, Thomas och Wilske, Olof (2020) ’Tyskland’, Jonsson Cornell, Anna (red.). *Komparativ konstitutionell rätt*, tredje upplagan. Uppsala: Iustus Förlag.

Danelius, Hans, ’Europadomstolens domar – tredje kvartalet 2005’. *SvJT* s. 1063–1094. [cit. Danelius (2005)].

- Danelius, Hans (2015) *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, femte upplagan. Stockholm: Norstedts juridik. [cit. Danelius (2015)].
- Dereborg, Anders (1990) *Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess*. Stockholm: Juristförlaget.
- Diesen, Christian (1994) *Bevisprövning i brottmål*. Stockholm: Gotab.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars (2009) *Rättegång IV*, sjunde upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Iontcheva Turner, Jenia (2019), 'Regulating interrogations and excluding confessions in the United States: balancing individual rights and the search for the truth', Gless, Sabine och Richter, Thomas (red.). *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?* Cham, Schweiz, s. 93–132.
- Lambertz, Göran, 'Kvalitetssäkring av bevisprövningen i brottmål'. *SvjT* 2009 s. 1–14.
- Lindell, Bengt (1987), *Sakfrågor och rättsfrågor*. Uppsala: Iustus Förlag.
- Lindkvist, Gustav, 'Bundenhet vid inskränkningar i den fria bevisvärderingen i skatteprocessen'. *Skattenytt 2013 Akademisk årsskrift* s. 3–31.
- Lundqvist, Ulf (1998) *Bevisförbud – en undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång*. Uppsala: Iustus Förlag. [cit. Lundqvist (1998)].
- Lundqvist, Ulf (2017) *Laga och rättvis rättegång i praxis*. Bokbyrån. [cit. Lundqvist (2017)].
- Mellqvist, Mikael, 'SvjT 100 år (festskrift)'. *SvjT* 2016 s. 253–290.
- Nordh, Robert (2019) *Bevisrätt C*, andra upplagan. Uppsala: Iustus förlag.
- Packer, H (1968) *The limits of the Criminal Process*. Stanford: Stanford University Press.
- Sandgren, Claes (2018) *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, fjärde upplagan. Polen: Norstedts juridik.
- Van den Wyngaert (1993) Christine. *Criminal procedure systems in European community*. Butterworth, London.
- Weigend, Thomas (2019) 'The potential to secure a fair trial through evidence exclusion: a German perspective', Gless, Sabine och Richter, Thomas (red.). *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?* Cham, Schweiz, s. 61–92.

Zila, Josef, 'Om rättssäkerhet'. *SvJT* 1990 s. 284–305.

Elektroniska källor

Civil rights defenders, ”*Defence rights in evidentiary proceeding*”. Stockholm 2020-11-13.
<<https://crd.org/wp-content/uploads/2020/12/Diskussionsunderlag-Consultation-Workshop.pdf>>. (Hämtad 2021-03-15).

Department of Justice Canada - Section 24(1)
<<https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art241.html>>. (Hämtad 2021-05-04).

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 2021-05-04).

Department of Justice – The Canadian Charter of Rights and Freedoms
<<https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/index.html>>. (Hämtad 2021-05-04).

Department of Justice – The Canadian Constitution
<<https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/05.html>>. (Hämtad 2021-05-04).

Fitger, Peter m.fl. *Rättegångsbalk m.m.* Juno version 89. Kommentaren till 35 kap. 1 § och till 35 kap. 7 §. Norstedts juridik. (Hämtad 2021-05-07).

Jönsson, Torgny, ”Encrobevisning bör avvisas av svenska domstolar”. *Dagens Juridik Debatt*. Publicerad 2021-03-22.
<<https://www.dagensjuridik.se/debatt/debatt-encrobevisning-bor-avvisas-av-svenska-domstolar/>>. (Hämtad 2021-05-03).

Larsson, Daniel, ”Finns ingen grund att avvisa Encrochat-bevisningen”. *Dagens Juridik Debatt*. Publicerad 2021-03-23.
<<https://www.dagensjuridik.se/debatt/replik-finns-ingen-grund-att-avvisa-encrochat-bevisningen/>>. (Hämtad 2021-05-03).

Riksåklagaren, överklagande av en hovrättsdom och beslut – grovt vapenbrott. Dnr. AMR-4801-20.
< <https://aklagare.se/>>. (Hämtad 2021-03-15).

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1986 s. 489.

NJA 1992 s. 532.

NJA 1998 s. 204.

NJA 2007 s. 1037.

NJA 2009 s. 475 I och II.

NJA 2011 s. 638.

NJA 2015 s. 702.

Högsta domstolen beslut, 21 april 2021 i B 4175–20.

Hovrättsavgöranden

RH 2017:38.

Svea hovrätts dom, 26 juni 2020 i B 4665–20.

Europadomstolen

Case of Lüdi vs. Switzerland, 15 juni 1992, Series A, no. 238.

Case of Teixeira de Castro v Portugal, 9 juni 1998, no. 25829/94.

Case of Khan v. The United Kingdom no. 35394/97, ECHR 2000-V.

Case of Calabro v. Italy and Germany no. 59895/00, ECHR 2002-V.

Case of Ramanauskas v. Lithuania [GC], nr. 74420/01, 5 februari 2008.

Case of Gäfgen v. Tyskland [GC], no 22978/05, ECHR 2000-X. 1 juni 2010.

Case of Goranova-Karaeneva v. Bulgaria, no. 12739/05, 27 november 2012.

Case of Allan v. The United Kingdom [GC], no. 25424/09. ECHR 2002-IX.

Case of Ibrahim and others v. The United Kingdom [GC] nos 50541/08, 50571/08, 50573/08 och 40351/09, ECHR 284. 13 september 2016.

Case of Beuze v. Belgium [GC], no 71409/10, 9 november 2018.

USA

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

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

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

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

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

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. Harrison, [2009] 2 SCR 494.

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

Tyskland

BVerfG, Decision of 9 November 2010 – 2 BvR 2101/09.